

**Faculté de droit et de criminologie**

# **Les droits liés à l'orientation sexuelle en Europe**

**Vers un droit fondamental européen ?**

Auteur : **Nathan COLLART**

Promoteur : **Marc VERDUSSEN**

Année académique 2023-2024

Master en droit, à finalité spécialisée droit public



## **Plagiat et erreur méthodologique grave**

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application des articles 107 à 114 du règlement général des études et des examens de l'Université.

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

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

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



## AVANT-PROPOS

Ce mémoire s'inscrit dans le cadre d'une recherche commune sur le droit et l'orientation sexuelle, menée par Nathan COLLART et Marie VANLOOKE. Elle fut initiée par le constat d'un lien indéniable entre le contexte politique européen et la remise en question de plus en plus fréquente de la protection des personnes homosexuelles. Ces dernières années ont en effet été marquées par la montée des partis populistes, lesquels mobilisent souvent l'orientation sexuelle comme cheval de Troie électoral. Face à cette hostilité grandissante au mouvement LGBTQIA+, nous proposons donc d'examiner l'état actuel des droits des personnes homosexuelles et les remèdes que nous pouvons envisager pour pallier les différents manquements.

À l'issue de cette recherche, deux mémoires ont été rédigés, devant être lus comme un tout. Une première partie, écrite par Nathan COLLART, interroge le statut des droits liés à l'orientation sexuelle et tente de déterminer si ces derniers peuvent, dans leur ensemble, être considérés comme un droit fondamental en Europe. À cet égard, une attention particulière sera portée aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, acteurs particulièrement importants de la protection des droits des minorités sexuelles. En effet, la protection de l'orientation sexuelle s'est développée presque exclusivement à travers la jurisprudence européenne, laquelle mobilise les droits fondamentaux généraux pour établir certaines exigences d'égalité envers les personnes homosexuelles. Ainsi, nous tenterons de dégager une tendance commune cohérente à considérer l'orientation sexuelle comme fondamentale.

Néanmoins, cette protection jurisprudentielle est de plus en plus débattue – le contexte politique se complexifiant. Partant, il sera question, dans une seconde partie rédigée par Marie VANLOOKE, d'évoquer certaines pistes de protection des droits liés à l'orientation sexuelle dans ce contexte spécifique. *Primo*, l'on peut s'interroger sur la possibilité de consacrer textuellement l'orientation sexuelle en tant que droit fondamental. Avoir déterminé le caractère fondamental de l'orientation sexuelle dans la première partie nous permettra d'envisager une telle reconnaissance dans la Constitution belge. *Secundo*, la capture de certaines constitutions par des partis populistes dans divers pays européens nous pousse à ne pas nous limiter à cette première proposition. Le respect de l'État de droit s'étant révélé indispensable à garantir les droits des minorités sexuelles, nous interrogerons les mécanismes destinés à soutenir ce dernier, en particulier ceux développés ces dernières années par l'Union européenne.

Nathan COLLART et Marie VANLOOKE  
Août 2024



Merci à Monsieur Verdussen d'avoir cru en notre proposition de recherche en duo, pour ses précieux conseils, et pour sa disponibilité. Nous n'aurions pu rêver meilleur promoteur.

Merci à Marie d'avoir cru en cette idée de mémoire, et d'avoir partagé cette aventure avec moi. Merci également pour ton soutien indéfectible au cours de ces cinq années d'études, et pour tout ce qu'il reste à venir. L'histoire retiendra que nous serons toujours d'accord sur le fond, mais jamais sur la mise en page.

Merci à mes parents pour leur soutien continu tout au long de mes études, de la rédaction de mon mémoire, et bien au-delà.

Merci enfin à tous mes amis qui ont m'ont soutenu durant ces cinq années d'études, à Louvain-la-Neuve et à Helsinki. En particulier, Merci à Alizée, Laure et Not, et à tous mes compagnons de bibliothèque en cet été 2024.

# TABLE DES MATIERES

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUCTION.....</b>                                                                       | <b>1</b>  |
| <b>CHAPITRE 1. LA DÉFINITION DES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE.</b>                     | <b>5</b>  |
| <b>Section 1. Le rapport entre l'orientation sexuelle et l'identité de genre .....</b>         | <b>5</b>  |
| <b>Section 2. Proposition de définition des « droits liés à l'orientation sexuelle » .....</b> | <b>8</b>  |
| <b>Section 3. La place de l'orientation sexuelle au sein des droits fondamentaux .....</b>     | <b>11</b> |
| §1. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination .....                                      | 11        |
| §2. Le droit au respect de la vie privée et familiale .....                                    | 12        |
| §3. Le droit à l'autonomie personnelle .....                                                   | 14        |
| <b>CHAPITRE 2. LES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE AU CONSEIL DE L'EUROPE .....</b>       | <b>15</b> |
| <b>Section 1. L'approche dominante de la vie privée et familiale par la Cour EDH .....</b>     | <b>16</b> |
| §1. La vie privée des personnes homosexuelles .....                                            | 16        |
| §2. Le droit à la non-discrimination comme concept transversal à la Convention.....            | 18        |
| §3. La vie familiale et le droit au mariage des couples de même sexe .....                     | 19        |
| A. Le mariage des couples de même sexe .....                                                   | 20        |
| B. Le partenariat civil des couples de même sexe .....                                         | 22        |
| C. Les avantages sociaux des couples de même sexe.....                                         | 26        |
| D. L'immigration des couples de même sexe .....                                                | 28        |
| §4. La vie familiale et la parentalité des couples de même sexe .....                          | 28        |
| A. L'adoption par des personnes homosexuelles .....                                            | 29        |
| B. La situation floue des familles homoparentales recourant à la PMA ou à la GPA ..            | 30        |
| <b>Section 2. L'orientation sexuelle dans la sphère publique.....</b>                          | <b>32</b> |
| §1. L'orientation sexuelle et la liberté d'expression .....                                    | 32        |
| §2. L'orientation sexuelle et les libertés de réunion et d'association.....                    | 35        |
| §3. Les violences homophobes constitutives de mauvais traitement.....                          | 37        |
| <b>CHAPITRE 3. LES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE DANS L'UNION EUROPÉENNE.....</b>       | <b>39</b> |
| <b>Section 1. La protection contre les discriminations sur le lieu de travail .....</b>        | <b>40</b> |
| §1. Le cadre législatif européen .....                                                         | 40        |
| §2. La rémunération et les avantages sociaux.....                                              | 41        |
| §3. L'accès au travail et le recrutement.....                                                  | 43        |

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Section 2. La protection contre les discriminations en-dehors du lieu de travail.....</b> | <b>45</b> |
| §1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne .....                            | 45        |
| §2. La proposition de directive relative à l'égalité de traitement.....                      | 49        |
| <b>CHAPITRE 4. À LA RECHERCHE D'UN DROIT FONDAMENTAL EUROPÉEN .....</b>                      | <b>51</b> |
| <b>Section 1. Constat préliminaire .....</b>                                                 | <b>51</b> |
| <b>Section 2. L'orientation sexuelle comme valeur fondamentale .....</b>                     | <b>53</b> |
| §1. Les droits fondamentaux comme objet de la recherche .....                                | 53        |
| §2. Une valeur de laquelle dérive toute une série de droits.....                             | 56        |
| A. Les valeurs de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence.....                   | 56        |
| B. La position des institutions européennes.....                                             | 58        |
| C. La convergence entre les deux Cours européennes.....                                      | 61        |
| D. Le consensus et la marge d'appréciation des États .....                                   | 63        |
| §3. L'orientation sexuelle, plus qu'un simple droit à la non-discrimination.....             | 65        |
| <b>CONCLUSION.....</b>                                                                       | <b>67</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>                                                                   | <b>69</b> |



*« Lorsque les êtres humains s'aiment et se désirent, ils ne se préoccupent guère des normes en vigueur pour décider de ce qu'ils ressentent et envers qui »*

—— M. DORAIS<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> M. DORAIS, *Éloge de la diversité sexuelle*, Montréal, VLB Éditeur, 1999, p. 117.



# Les droits liés à l'orientation sexuelle en Europe

## Vers un droit fondamental européen ?

### INTRODUCTION

1. Tout récemment, le 7 août 2024, la Bulgarie a rejoint la Hongrie et la Russie en adoptant une loi interdisant la ‘propagande de l’homosexualité’ et rendant illégale ‘l’encouragement d’une orientation sexuelle non-traditionnelle’ à l’école. De telles lois sont symptomatiques d’une intolérance persistante d’une frange de la population envers les personnes LGBTQIA+<sup>2</sup>. Selon l’Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne, si la discrimination envers les personnes LGBTQIA+ est en légère diminution – un tiers d’entre elles feraient régulièrement face à de la discrimination –, les actes de violences et de harcèlement sont, eux, en augmentation. De plus, l’Agence indique que seule une personne sur quatre estime que son gouvernement mène une politique de protection efficace contre les discriminations envers les personnes LGBTQIA+<sup>3</sup>.

Face à cette intolérance, comment pouvons-nous mobiliser les droits fondamentaux pour protéger les personnes homosexuelles ? Il ne s’agira pas d’étudier l’homosexualité et son rejet d’un point de vue sociologique, mais bien de s’interroger sur la manière dont les droits fondamentaux – et les décisions politiques y afférentes – interviennent afin de protéger les personnes LGB<sup>4</sup> ; les protéger à la fois contre les attaques homophobes et contre les discriminations issues des différences qui subsistent entre les droits accordés aux personnes hétérosexuelles et les droits accordés aux personnes homosexuelles. Juridiquement, l’homosexualité fait partie de la vie privée, ce qui veut dire qu’elle doit normalement tomber dans « *l’indifférence institutionnelle* »<sup>5</sup>. L’homosexualité d’une personne ne doit pas être un obstacle à l’exercice ou à la jouissance d’un droit ou d’une prérogative. Or, trop souvent, c’est encore le cas – à commencer par la non-accessibilité à l’institution du mariage civil pour les couples homosexuels dans de nombreux pays.

---

<sup>2</sup> Acronyme de « *Lesbiennes, Gays, Bisexuel.le.s, Trans, Queer/Questioning, Asexuel.le.s, et autres* ». Le mouvement homosexuel fait partie d’un plus large mouvement regroupant l’ensemble des mouvements militants des diversités (minorités) sexuelles, qui se sont unifiés dès les années 1950 en réaction à la norme hétérosexuelle et familiale dominante. Au XXI<sup>e</sup> siècle, l’acronyme LGBTQIA+ et ses variantes s’est popularisé afin de désigner ce mouvement, souvent réduit en « mouvement LGBT ». Voy. T. GOGUEL D’ALLONDANS, *Ados LGBTI : Les mondes contemporains des jeunes lesbiennes, gays, bisexuel(le)s, transgenres, intersexes*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2017, pp. 15-18, 29.

<sup>3</sup> Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne, *LGBTIQ Equality at a Crossroads – Progress and Challenges*, LGBTIQ Survey III, Vienne, Office des Publications de l’Union européenne, 2024.

<sup>4</sup> Acronyme de « *Lesbiennes, Gays, Bisexuel.le.s* ». Nous utiliserons indifféremment les termes ‘personne LGB’ et ‘personne homosexuelle’, entendus comme comprenant à la fois les personnes homosexuelles et bisexuelles.

<sup>5</sup> C. BUGNON, « La diversité sexuelle », in *Le concept de diversité en droit de l’Union européenne* (sous la dir. de P. ICARD et J. OLIVIER LEPRINCE), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 44 ; D. BORRILLO et C. MERCARY, *L’homophobie*, Paris, PUF, 2019, p. 5.

2. Ce travail part de plusieurs postulats. Au sein même des pays européens, il existe de grandes disparités entre les droits accordés aux personnes LGB, allant d'une protection très importante comme en Belgique et dans les pays scandinaves, à une protection quasi-inexistante comme en Russie<sup>6</sup> et en Turquie, ou du moins très restreinte comme en Pologne et en Hongrie. Quels éléments peuvent expliquer une telle disparité entre des pays pourtant tous membres du Conseil de l'Europe ? Par ailleurs, nous ne pouvons pas rester insensible à la crise de l'État de droit que l'on peut observer dans de plusieurs pays d'Europe, dont découlent notamment des attaques contre les droits des personnes homosexuelles.

3. L'objet de ce mémoire sera de répondre à la question suivante : Les droits liés à l'orientation sexuelle peuvent-ils être considérés, dans leur ensemble, comme un droit fondamental en Europe ? Cette question est particulièrement importante car, nous le verrons, il n'existe pas de disposition dans les instruments internationaux garantissant un droit fondamental spécifique à l'orientation sexuelle. Plutôt, les droits des personnes LGB découlent de droits fondamentaux généraux, tels que le droit à la vie privée et à la vie familiale, les libertés de réunion et d'association ou encore le droit à la non-discrimination<sup>7</sup>. Cette multitude de fondements nous engage à aller envisager un droit fondamental spécifique, au-delà de ces droits positivement reconnus.

4. Afin de répondre adéquatement à la question que nous avons posée, il sera nécessaire d'établir ce que nous entendons par « *droits liés à l'orientation sexuelle* » en prenant du recul face aux notions que nous mobilisons. Notre décision de ne pas traiter de la question du genre, qui est une problématique distincte, fera également l'objet d'une justification. Enfin, nous évoquerons les différentes approches envisageables pour situer les droits liés à l'orientation sexuelle dans le système des droits fondamentaux (**Chapitre 1**).

Viendra ensuite le temps d'étudier de manière substantielle l'état des droits des personnes LGB en Europe. Pour ce faire, nous examinerons en premier lieu la protection des droits liés à l'orientation sexuelle par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>8</sup>, en particulier à travers la jurisprudence foisonnante de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>9</sup> en la matière (**Chapitre 2**). Ensuite, nous analyserons ce qu'il en est dans

---

<sup>6</sup> La Russie a été exclue du Conseil de l'Europe le 16 février 2022 en raison de l'invasion de l'Ukraine, mais nous considérons qu'elle fait partie de l'espace européen que nous examinons, en raison de son appartenance passée.

<sup>7</sup> Voy. de manière similaire la définition des droits sexuels proposée par l'Organisation Mondiale de la Santé, accessible sur <[https://www.who.int/fr/health-topics/sexual-health#tab=tab\\_2](https://www.who.int/fr/health-topics/sexual-health#tab=tab_2)>.

<sup>8</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028. Ci-après 'CEDH'.

<sup>9</sup> Ci-après 'Cour EDH'.

l'Union européenne, à travers les dispositions substantielles de droit européen – telle que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>10</sup> – mais aussi la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>11</sup> (**Chapitre 3**).

Ces étapes accomplies, nous serons en mesure de déterminer la portée fondamentale des droits liés à l'orientation sexuelle. Nous évoquerons brièvement la notion – équivoque – de droit fondamental, pour ensuite avoir égard à différents arguments qui nous amèneront à évoquer la position des différentes institutions européennes – non-juridictionnelles – sur la question. Ce sera également l'occasion d'aborder l'impact que peuvent avoir les valeurs de l'Union européennes, reconnues à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne<sup>12</sup>, ainsi que les convergences qui existent entre la Cour EDH et la CJUE (**Chapitre 4**).

5. Nous posons le choix de nous concentrer sur l'espace juridique européen, car il a l'avantage de regrouper deux ordres juridiques distincts mais qui présentent tous les deux une importance particulière pour la protection des droits fondamentaux des individus. Tous deux sont dotés d'une juridiction supranationale à la légitimité et à l'impact importants, et les droits fondamentaux respectivement protégés sont réputés avoir le même sens et la même portée [art. 52 (3) CDFUE]. De plus, même si l'espace géographique couvert par le Conseil de l'Europe – 46 États membres – l'Union européenne – 27 États membres – est différent, tous les États membres du second sont également membres du premier.

Nous n'aborderons cependant pas notre situation nationale, à savoir celle de la Belgique. Nous sommes à la recherche d'une position européenne commune, nous n'aurons donc pas égard aux législations nationales qui ne sont pas toujours en accord avec les exigences supranationales – positivement ou négativement. Dans le cas particulier de la Belgique, l'intérêt resterait très relatif, le pays étant leader en matière de protection des personnes LGBT<sup>13</sup>. La Belgique a été le deuxième pays au monde à autoriser le mariage pour les couples de même sexe, en 2003, et la protection n'a cessé de progresser depuis lors, pour aujourd'hui dépasser de très loin les exigences européennes – notamment en matière de parentalité des couples de même sexe.

---

<sup>10</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, p. 389. Ci-après 'CDFUE'.

<sup>11</sup> Ci-après 'CJUE'.

<sup>12</sup> Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, *Errat.*, *J.O.U.E.*, 28 octobre 2016, C 400. Ci-après 'TUE'.

<sup>13</sup> Voy. notamment les classements établis par ILGA-Europe, « *Rainbow Europe Map* ». ILGA-Europe est une association internationale visant à promouvoir les droits LGBTQIA+, travaillant avec la Commission européenne et le Conseil de l'Europe. Sur l'histoire d'ILGA, voy. not. D. PATERNOTTE et H. SECKINELGIN, « Lesbian and gay rights are human rights », in *The Ashgate Research Companion to Lesbian and Gay Activism* (sous la dir. de D. PATERNOTTE et M. TREMBLAY), London, Routledge, 2015, pp. 209-224.



# CHAPITRE 1. LA DÉFINITION DES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE

Ce premier chapitre vise à circonscrire le sujet de recherche, en précisant la distinction à opérer entre l'orientation sexuelle et l'identité de genre (**Section 1**), et à définir la notion de « *droits liés à l'orientation sexuelle* » (**Section 2**). Enfin, nous traiterons des différents ancrages envisageables pour traiter de l'orientation sexuelle dans le système des droits fondamentaux (**Section 3**).

## Section 1. Le rapport entre l'orientation sexuelle et l'identité de genre

6. L'orientation sexuelle « *fait référence à la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* »<sup>14</sup>. D'un point de vue sociologique, l'orientation sexuelle « *peut désigner en somme les affinités identitaires, les désirs ou les conduites sexuelles d'une personne selon son sexe et le sexe de ses partenaires* »<sup>15</sup>. Elle peut porter sur les personnes du sexe/genre opposé (hétérosexualité), du même sexe/genre (homosexualité) ou les deux (bisexualité)<sup>16</sup>. Notons toutefois que l'orientation sexuelle d'un individu peut être variable, évoluer au fil de la vie, et que d'autres catégories pourraient être ajoutées, telles que la pansexualité, l'ambisexualité, voir même l'asexualité<sup>17</sup>.

7. L'orientation sexuelle ne doit pas être confondue avec l'identité de genre, entendue comme « *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* »<sup>18</sup>. Le genre, relevant de l'expression sociale, est usuellement opposé au sexe, relevant de la réalité biologique et naturelle<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Principes de Jogjakarta, *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 26 mars 2007, préambule.

<sup>15</sup> M. DORAIS, « Repenser le sexe, le genre et l'orientation sexuelle », *Santé mentale au Québec*, 2015, p. 42.

<sup>16</sup> D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, p. 58.

<sup>17</sup> P. CANNOT, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: the Case of Belgium*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2022, p. 50 ; M. DORAIS, « Repenser le sexe, le genre et l'orientation sexuelle », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>18</sup> Principes de Jogjakarta, *op. cit.*, préambule.

<sup>19</sup> A. GREAR, « 'Sexing the matrix': Embodiment, disembodiment and the law – towards the re-gendering of legal rationality », in *Gender, Sexualities and Law* (sous la dir. de R. ANNE FENTON, A. GREAR, J. JONES et K. STEVENSON), Abingdon, Routledge, 2011, p. 40.

8. L'identité de genre, le sexe et l'orientation sexuelle sont trois concepts différents envisagés comme un ensemble de construction sociale à trois pôles<sup>20</sup>. J. BUTLER parle de « *compulsory heterosexuality* », qui présuppose qu'il y a en premier un lieu un sexe, exprimé à travers l'identité de genre, et puis exprimé à travers la sexualité<sup>21</sup>. Toutefois, dans le cadre de cette recherche juridique, nous traiterons uniquement de la question de l'orientation sexuelle, et en particulier de l'homosexualité, que celle-ci soit exclusive ou non. Ainsi, nous prendrons position en contrepoint de l'approche prônée notamment par O. TODTS, qui est d'envisager les droits à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre comme un seul et même droit<sup>22</sup>. Nous ne souscrivons pas à un tel postulat pour la simple raison que la réalité sociale et les implications de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre sont différentes<sup>23</sup>.

Si ces deux droits partagent certes des intérêts et combats similaires, ils partagent des revendications bien souvent différentes, propres à leurs situations<sup>24</sup>. Les deux droits ont d'ailleurs connu une évolution différente qui n'est pas équivalente en termes de reconnaissance et ils ne sont pas abordés de la même manière par les principales Cours supranationales. Si l'on prend l'exemple des discriminations, la CJUE a reconnu qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe était équivalente à une discrimination fondée sur le sexe, alors qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'était pas protégée par l'interdiction de discrimination sur le fondement du sexe<sup>25</sup>. Cela n'enlève rien aux enseignements que l'on pourrait tirer d'une analyse en parallèle ou comparée de ces deux droits, mais cela ne permet pas de dire qu'il s'agit d'un seul et même droit. Pour une raison de clarté et d'exhaustivité nous nous limiterons donc à étudier le cas de l'orientation sexuelle.

---

<sup>20</sup> P. CANNOT, *op. cit.*, p. 67.

<sup>21</sup> J. BUTLER, « Imitation and Gender Insubordination », in *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories* (sous la dir. de D. FUSS), New York, Routledge, 1991, pp. 28-29.

<sup>22</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A. D. L.*, 2013, p. 141. Voy. également E. HEINZE, *Sexual Orientation : A Human Right – An Essay on International Human Rights Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 48.

<sup>23</sup> Voy. sur la nécessité de distinguer l'étude de la sexualité de l'étude du genre G. RUBIN, « Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality », in *Culture, Society and sexuality : A Reader* (sous la dir. de R. PARKER et P. AGGLETON), Londres, Routledge, 2006, p. 170 ; E. KOSOFSKY SEDGWICK, *Epistemology of the Closet*, Londres, Penguin Book, 1994, pp. 27-35.

<sup>24</sup> F. LEMAIRE, « Propos introductifs », in *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre* (sous la dir. de D. BORRILLO et F. LEMAIRE), Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 12-13.

<sup>25</sup> J. MULDER, *EU non-discrimination law in the courts: approaches to sex and sexualities discrimination in EU law*, Oxford, Hart, 2017, pp. 48-49.

9. Par ailleurs, cette recherche s'inscrit dans le contexte plus général du mouvement LGBTQIA+, qui est lui-même traversé par des contestations et des controverses doctrinales. Nombreux sont les auteurs qui contestent le fondement conceptuel même des notions de sexe, de genre, et d'orientation sexuelle<sup>26</sup>. À ce titre, les approches de *Queer Theory*, fondées sur les travaux de M. FOUCAULT<sup>27</sup> et de J. BUTLER<sup>28</sup>, « [intend] *to continuously question the identities constructed through binary oppositions that result in the system of two mandatory sexes, two consequential genders, and one normal sexuality* »<sup>29</sup>. C'est en particulier la binarité du genre homme/femme comme outil de classification juridique qui est remise en cause<sup>30</sup>. En conséquence, le système binaire d'hétérosexualité et d'homosexualité fondé sur son propre genre et celui du partenaire désiré est lui aussi à repenser, afin notamment d'y inclure des dimensions bisexuelles et *queer*<sup>31</sup>.

10. Nous ne nous aventurerons pas davantage dans ces nombreuses études en tension entre le droit et la sociologie. Comme nous le verrons, l'état actuel des droits fondamentaux ne permet pas d'aborder l'homosexualité autrement que par la notion d'orientation sexuelle, aussi critiquable soit-elle. Les normes juridiques sont construites autour de catégories, le genre et la sexualité n'y font pas exception<sup>32</sup>. L'utilisation de catégories exclusives est problématique car de nombreuses personnes peuvent ne pas s'y retrouver ou s'y sentir enfermées, là où notre attirance sexuelle est susceptible d'évoluer. Rappelons que chaque individu ne souhaite pas nécessairement s'auto-étiqueter comme hétérosexuel, homosexuel, ou autre. Il existe de nombreuses manières de vivre son homosexualité, elle peut être vécue ou non, être publique ou non, et le fait d'avoir des rapports homosexuels n'est pas nécessairement constitutif d'une identité<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> Voy. not. M. DORAIS, « Repenser le sexe, le genre et l'orientation sexuelle », *op. cit.*, p. 42 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights : A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford, Hart, 2019 ; M. WAITES, « Critique of 'sexual orientation' and 'gender identity' in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles », *Contemporary Politics*, 2009, 15:1, pp. 137-156 ; L. WESTBROOK, « Trans categories and the sex/gender/sexuality system : How transforming understandings of sex and gender can shift sexuality », in *Introducing the New Sexuality Studies* (sous la dir. de N. L. FISCHER, L. WESTBROOK et S. SEIDMAN), Londres, Routledge, 2022, pp. 25-34.

<sup>27</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I : La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

<sup>28</sup> J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New-York, Routledge 1999.

<sup>29</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 18.

<sup>30</sup> Voy. not. D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité* (sous la dir. de N. GALLUS), Limal, Anthemis, 2012, pp. 7-24 ; A. GREAR, *op. cit.*, pp. 39-52.

<sup>31</sup> M. WAITES, *op. cit.*, p. 150.

<sup>32</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 23.

<sup>33</sup> M. DORAIS, *Éloge de la diversité sexuelle*, Montréal, VLB Éditeur, 1999, pp. 127-133.

## Section 2. Proposition de définition des « droits liés à l'orientation sexuelle »

Comme indiqué *supra*, notre recherche porte sur la question des droits liés à l'orientation sexuelle – un concept qu'il s'agit ici de définir –, et plus précisément sur l'homosexualité.

11. En premier lieu, lorsqu'il est question de sexualité, on peut s'interroger sur la prédominance du critère du genre afin de définir la sexualité d'une personne. Cet élément a été soulevé par E. KOSOFSKY SEDGWICK qui a indiqué que « *it is a rather amazing fact that, of the very many dimensions along which the genital activity of one person can be differentiated from that of another [...], precisely one, the gender of object of choice, emerged from the turn of the century and has remained, as the dimension denoted by the now ubiquitous category of 'sexual orientation'* »<sup>34</sup>. Néanmoins, l'identité sexuelle est issue d'une construction culturelle et idéologique. Cela a conduit à la catégorisation des individus dans des catégories binaires d'hétérosexualité et d'homosexualité basées sur le genre, et il est difficile d'en sortir<sup>35</sup>. Notons que l'orientation sexuelle ne permet pas de prendre en compte la diversité possible de sexualités et de préférences sexuelles des personnes<sup>36</sup>. Chaque identité est personnelle et construite sur base de la notion de différence avec autrui<sup>37</sup>.

12. Un second phénomène nécessite d'être abordé. En effet, la construction de la catégorie de l'homosexualité implique la catégorie de l'hétérosexualité. Les deux concepts sont dans une opposition binaire et la compréhension de l'un ne peut pas aller sans l'autre<sup>38</sup>. Cette construction binaire est asymétrique, l'un étant considéré normal, l'autre étant considéré déviant<sup>39</sup>. Cela a d'importantes conséquences pour les personnes homosexuelles<sup>40</sup>, voyant les comportements sexuels régulés entre acceptés et interdits<sup>41</sup>.

Historiquement, l'homosexualité a été – et parfois est toujours – contrôlée et traitée afin de protéger la société dans son ensemble<sup>42</sup>. L'homosexualité est associée à quelque chose de mal, un problème de moralité publique et doit être éloignée des enfants et des jeunes<sup>43</sup>. Au-delà de l'interdiction de la sodomie, les homosexuels sont considérés non seulement comme des criminels

---

<sup>34</sup> E. KOSOFSKY SEDGWICK, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>35</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> E. KOSOFSKY SEDGWICK, *op. cit.*, pp. 22-27.

<sup>37</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 17.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 16 ; E. KOSOFSKY SEDGWICK, *op. cit.*, p. 10.

<sup>39</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>41</sup> E. KOSOFSKY SEDGWICK, *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>42</sup> D. GREENBERG, *The Construction of Homosexuality*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, pp. 418-421; B. MACDOUGALL, *Queer Judgments. Homosexuality, Expression, and the Courts in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 18.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 21.

mais également comme des perversis<sup>44</sup>. L'homosexualité est vue, d'un point de vue scientifique et médical, comme organiquement ou moralement inférieure, justifiant une discrimination tolérée et menée par l'État<sup>45</sup>. L'homophobie est quant à elle parfois justifiée de manière théologique<sup>46</sup>. L'homophobie peut être définie comme une attitude hostile envers les personnes homosexuelles, ou plus généralement comme « *une manifestation arbitraire qui consiste à désigner l'autre comme contraire, inférieur ou anormal* »<sup>47</sup>.

**13.** Ainsi, selon E. HEINZE, la société contemporaine a développé un 'paradigme normatif hétérosexuel' (ou hétéronormativité) dans son organisation. L'institutionnalisation de l'hétéronormativité peut être entendue comme « *the institutions, structures of understanding, and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent – that is, organized as a sexuality – but also privileged* »<sup>48</sup>. Il s'agit de considérer l'hétérosexualité comme étant le standard normatif et légitime de l'organisation sociale<sup>49</sup>. En effet, l'hétérosexualité est représentée partout comme étant naturelle, et de nombreuses règles concourent à s'y conformer<sup>50</sup>.

Le paradigme normatif hétérosexuel a été progressivement adopté par le droit international des droits humains en préférant une structure familiale traditionnelle<sup>51</sup>. De fait, la Cour EDH a adopté le modèle de classification de la sexualité tel qu'il a été développé par la culture européenne, avec une hétérosexualité qui est la norme<sup>52</sup>. Dans sa jurisprudence, notamment dans l'affaire *Dudgeon*<sup>53</sup> (*infra*, n°28), l'individu homosexuel est considéré comme 'l'autre', renforçant le sujet hétérosexuel comme étant la norme, le vrai sujet des droits de l'homme<sup>54</sup>. Dans l'arrêt *Smith et Grady* (n°30), la Cour EDH reconnaît l'orientation sexuelle comme une « *caractéristique personnelle innée* »<sup>55</sup>. Pour P. JOHNSON, la Cour EDH a été indispensable dans la construction juridique de l'homosexualité. Elle aurait, au travers de sa jurisprudence, déterminé les caractéristiques et véritablement créé le sujet de droit de 'personne homosexuelle'<sup>56</sup>.

---

<sup>44</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 59.

<sup>45</sup> E. Heinze, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 34, 38-40.

<sup>47</sup> D. Borrillo et C. Mercary, *op. cit.*, p. 3.

<sup>48</sup> L. Berlant et M. Warner, « Sex in public », *Critical Inquiry*, 1998, pp. 547-548.

<sup>49</sup> C. Ingraham, « The Heterosexual Imaginary: Feminist Sociology and the Theories of Gender », *Sociological Theory*, 1994, pp. 203-204.

<sup>50</sup> P. Cannoot, *op. cit.*, p. 51.

<sup>51</sup> E. Heinze, *op. cit.*, pp. 33-34. Voy. par exemple l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>52</sup> D. Gonzalez-Salzburg, *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>53</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.

<sup>54</sup> D. Gonzalez-Salzburg, *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>55</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, §93.

<sup>56</sup> P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 41-42.

L'hétéronormativité institutionnalisée a amené la création de minorités sexuelles, ne disposant pas des mêmes droits que les personnes hétérosexuelles<sup>57</sup>. Le différentiel de droit entre hétérosexuels et homosexuels se concentre sur les relations, la conjugalité et l'idéalisation du couple hétérosexuel<sup>58</sup>. *De facto*, l'hétéronormativité ne se limite pas à déterminer une sexualité prescriptive, mais un mode de vie tout entier<sup>59</sup>. Ces éléments indiquent également que le critère de l'orientation sexuelle est incontournable pour étudier les droits des personnes homosexuelles. L'existence de différentes catégories de personnes – et donc de minorités – est une question de faits mais les critères de distinction peuvent être arbitraires<sup>60</sup>.

14. Dans ce contexte, l'orientation sexuelle peut être comprise « *as encompassing sexual acts or preferences either sufficiently conforming to the normative-heterosexual paradigm to avoid discrimination, or sufficiently derogating from the normative-heterosexual paradigm to prompt discrimination. [...] The term 'sexual orientation' should be understood to correspond to 'being' as well as 'doing'; that is, to any possible source of discrimination. [...] Discrimination on the basis of sexual orientation can be defined, in general terms, as invidious treatment made, in law or practice, on the basis of actual or imputed derogation from the normative-heterosexual paradigm* »<sup>61</sup>.

15. À la lumière de ces éléments, nous pouvons proposer de définir la notion de « *droits liés à l'orientation sexuelle* » comme étant l'ensemble des droits reconnus à la minorité ne se conformant pas suffisamment au paradigme normatif hétérosexuel, plus exposée à des situations de discrimination que la majorité s'y conformant. *In concreto*, ce sont l'ensemble des droits reconnus à la minorité homosexuelle, qui visent à avoir des droits similaires aux personnes hétérosexuelles, qu'il s'agisse de droits établissant une égalité ou une protection particulière.

Nous distinguons l'expression « *droits liés à l'orientation sexuelle* » de l'expression « *droit à l'orientation sexuelle* ». La seconde est vue comme un fondement – le droit à vivre librement la relation intime ou sexuelle avec l'individu de son choix – alors que la première vise une catégorie plus étendue de droit – tous les droits qui peuvent découler de cette relation.

---

<sup>57</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, p. 37.

<sup>58</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 57.

<sup>59</sup> P. CANNOT, *op. cit.*, p. 52.

<sup>60</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, p. 51.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 59-60.

### Section 3. La place de l'orientation sexuelle au sein des droits fondamentaux

Trois approches différentes peuvent être proposées afin d'interroger la place de l'orientation sexuelle dans le système actuel des droits fondamentaux. Largement prônées par la Cour EDH et la CJUE, les approches au travers du droit à l'égalité et à la non-discrimination (§1) ainsi que du droit à la vie privée et familiale (§2) soutiendront l'ensemble de notre recherche. Une troisième approche à travers le droit à l'autodétermination (§3) est envisageable mais reste marginale, elle sera mentionnée dans un souci d'exhaustivité et d'ouverture.

#### §1. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination

16. L'égalité et la non-discrimination – deux termes fréquemment utilisés de manière équivalente en droit européen<sup>62</sup> – sont des droits portant une valeur juridique<sup>63</sup>. En droit, la non-discrimination provient d'un idéal d'égalité entre les individus, proclamé à l'article 1 de la Charte des Nations Unies<sup>64</sup>. Il s'agit d'un principe général de droit reconnu dans de nombreux instruments internationaux<sup>65</sup>, notamment par les articles 14 de la CEDH, 20 et 21 de la CDFUE et 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>66</sup>, ainsi que par le Protocole n°12 à la CEDH<sup>67</sup>. Au contraire d'autres droits fondamentaux, le droit à l'égalité et à la non-discrimination est souvent entendu comme n'étant pas doté d'un contenu propre, mais ayant vocation à s'appliquer au service de l'ensemble des droits fondamentaux, afin d'en accroître la protection<sup>68</sup>. Il s'agit d'un principe directeur utilisé en articulation avec un autre droit, afin de déterminer si un droit a été utilisé ou méconnu de manière discriminatoire<sup>69</sup>. C'est un droit

---

<sup>62</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, LGDJ, 2015, p. 13.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>64</sup> D. SHELTON, « Prohibited Discrimination in International Human Rights Law », in *The Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (sous la dir. de A. CONSTANTINIDES et N. ZAIKOS), Leiden, Nijhoff, 2009, p. 264.

<sup>65</sup> E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, « Non-discrimination », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* (sous la dir. de F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK), 2<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 591-592.

<sup>66</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 16 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806. Ci-après 'PIDCP'.

<sup>67</sup> Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant interdiction générale de la discrimination, signé à Rome le 4 novembre 2000, non ratifié par la Belgique. Ci-après 'Protocole n°12'. X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, PUF, 2022, pp. 11487-488 ; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7<sup>e</sup> ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 442.

<sup>68</sup> J. CLIFFORD, « Equality », in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (sous la dir. de D. SHELTON), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 421 ; X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, p. 485 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 570.

<sup>69</sup> M. BRILLAT, *op. cit.*, pp. 8-9.

essentiel car il justifie l'organisation du système de droits fondamentaux, en établissant des standards et en guidant la manière dont les différents droits doivent être appliqués<sup>70</sup>.

17. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination dispose que « *la règle de droit soit la même pour tous et que nul ne soit moins bien traité à raison de telle ou telle de ses caractéristiques propres* »<sup>71</sup>. Il repose sur de nombreux critères variables, relevant de la liberté ou de l'identité de l'individu, tel que l'orientation sexuelle, le sexe, l'origine ethnique ou encore la religion<sup>72</sup>. Toutefois, il ne s'agit pas d'une égalité de traitement stricte. En effet, cela ne vaut qu'entre individus se trouvant dans une situation identique ou comparable. De plus, le traitement différencié sera accepté si la mesure est proportionnelle avec une justification qui est objective et raisonnable<sup>73</sup>.

18. Les instruments internationaux distinguent en particulier la discrimination directe et la discrimination indirecte<sup>74</sup>. La discrimination directe constitue une simple différence de traitement entre différentes personnes sans justification acceptable<sup>75</sup>. La discrimination indirecte, en revanche, repose sur une mesure ou situation d'apparence neutre, mais qui engendre un effet préjudiciable pour une catégorie de personnes définie sur un critère de différenciation. Il faut pour cela que la mesure ou situation n'ait pas pour but de créer une discrimination entre deux ou plusieurs groupes de personnes et qu'elle ne soit pas justifiable par un objectif légitime<sup>76</sup>.

## **§2. Le droit au respect de la vie privée et familiale**

19. Le droit au respect de la vie privée et familiale dispose que chaque individu est libre d'organiser sa vie personnelle comme il le souhaite, sans contraintes extérieures ou ingérences publiques et privées<sup>77</sup>. Il est reconnu de manière similaire dans de nombreux instruments internationaux, en premier lieu par les articles 8 de la CEDH, 7 de la CDFUE et 17 du PIDCP, ainsi que comme principe général du droit de l'Union européenne<sup>78</sup>. Notons que le droit à la vie privée et le droit à la vie familiale sont *a priori* deux droits différents qui ont été réunis en un seul

---

<sup>70</sup> J. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 444.

<sup>71</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, pp. 491-492.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 504.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 492 ; D. SHELTON, *op. cit.*, p. 288.

<sup>74</sup> Pour plus de développement, voir M. BRILLAT, *op. cit.* ; J. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 438.

<sup>75</sup> E. ELLIS et P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2<sup>e</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 145.

<sup>76</sup> M. BRILLAT, *op. cit.*, p. 51 ; X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, p. 492.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 339 ; H. OBERDORFF, *op. cit.*, pp. 376, 382.

<sup>78</sup> N. CARIAT, « Respect de la vie privée et familiale », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* (sous la dir. de F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK), 2<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 186.

par la CEDH. Cette approche est critiquée<sup>79</sup> mais l'on ne peut négliger qu'il existe de nombreuses interactions et rapprochements entre les deux, réduisant la frontière qui les sépare<sup>80</sup>.

**20.** Il n'existe pas de définition exhaustive de la vie privée et familiale. Il s'agit d'un droit peu défini, avec un champ d'application très étendu qui couvre de nombreux droits et intérêts des individus<sup>81</sup>. Les concepts sont autonomes et dépendent de l'interprétation qui en est donnée<sup>82</sup>, ce qui a permis à la Cour EDH d'étendre progressivement ses domaines d'application afin de protéger des droits qui ne sont pas inscrits comme tels dans la Convention<sup>83</sup> – notamment en ce qui concerne les relations sentimentales<sup>84</sup>.

**21.** L'on rattache au droit au respect de la vie privée et familiale le droit au respect de l'identité, en ce compris l'orientation sexuelle. Dans *Dudgeon* (n°28), la Cour EDH a jugé l'orientation sexuelle comme étant « *un aspect des plus intimes de la vie privée* »<sup>85</sup>. Le droit de développer des relations avec autrui, en particulier sur le plan sentimental et de la liberté sexuelle, est également protégé par le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>86</sup>. Dans l'arrêt *KA et AD c. Belgique* (2005), la Cour EDH établit ce droit de développer des relations avec autrui « *en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée* »<sup>87</sup>.

**22.** La liberté sexuelle entretient un lien étroit avec la vie privée, dont elle est une composante<sup>88</sup>. Il s'agit de laisser à l'individu le libre choix de sa sexualité, dans son type et ses modalités, à condition de ne pas porter atteinte aux droits des tiers ou à la société<sup>89</sup>. La liberté sexuelle protège les individus de mesures discriminatoires qu'ils pourraient subir en raison de leur orientation sexuelle<sup>90</sup> et s'oppose aux législations incriminant les relations homosexuelles<sup>91</sup>.

---

<sup>79</sup> Voy. J.-L. RENCHON et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie familiale », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1037-1042.

<sup>80</sup> F. SUDRE, « Rapport Introductif : La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme* (sous la dir. de F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 17-19.

<sup>81</sup> K. LEMMENS, « Le droit au respect de la vie privée », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 905-906.

<sup>82</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4<sup>e</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 501.

<sup>83</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, p. 340.

<sup>84</sup> H. OBERDORFF, *op. cit.*, pp. 376, 382.

<sup>85</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, §52 ; F. CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010, p. 7.

<sup>86</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, p. 340 ; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 504.

<sup>87</sup> Cour eur. D.H., arrêt *KA et AD c. Belgique* du 17 février 2005, §83. Voy. dans le même sens : Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, précité, §89.

<sup>88</sup> H. OBERDORFF, *op. cit.*, pp. 382-383.

<sup>89</sup> F. CABALLERO, *op. cit.*, p. 9 ; X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, p. 354.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>91</sup> H. OBERDORFF, *op. cit.*, p. 542.

23. En ce qui concerne le respect de la vie familiale, ce sont à la fois les liens et relations familiales de droit et de fait qui sont protégés<sup>92</sup>. Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* (*infra*, n°36), la Cour EDH a jugé que les couples homosexuels se trouvent dans « *une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation* »<sup>93</sup>. La protection n'est donc pas limitée aux relations traditionnelles, tel que le mariage, mais bien ouverte aux couples non-mariés et aux couples de même sexe<sup>94</sup>.

### §3. Le droit à l'autonomie personnelle

24. L'autonomie personnelle permet à l'individu de « *décider, sans entrave, des choix à opérer pour la construction de sa personnalité et de les revendiquer afin qu'ils soient reconnus et protégés juridiquement dans le cadre de ses relations à autrui* »<sup>95</sup>. Il s'agit d'un droit développé par le Cour EDH comme une extension du droit à la vie privée. Il n'est pas expressément prévu par la convention mais il a été déduit des droits protégés, et en particulier de l'article 8<sup>96</sup>.

Une troisième approche, que nous n'approfondirons pas, consiste à considérer l'identité sexuelle comme corollaire au concept d'autonomie personnelle. En effet, la vie privée et l'identité – dont l'orientation sexuelle est un aspect – sont liés à l'autonomie personnelle. P. CANNOOT propose la création d'un droit constitutionnel à l'autonomie personnelle vis-à-vis de l'identité sexuelle<sup>97</sup>. Dans ce contexte, le droit à l'autonomie personnelle doit être entendu comme « *a right to be free from oppressive socially constructed normative expectations regarding sexual identity* »<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> J.-L. RENCHON et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 1042.

<sup>93</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, §99. Voy. dans le même sens : Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, §165.

<sup>94</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 505.

<sup>95</sup> H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 32.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 137, 141 ; P. CANNOOT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 280 et s.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 274.

## CHAPITRE 2. LES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE AU CONSEIL DE L'EUROPE

26. Grâce à son mandat de protection des droits civils et politiques, la Cour EDH est, depuis les années 1980, la principale source européenne de protection des droits des personnes LGB, devançant la CJUE<sup>99</sup>. La CEDH ne contient pourtant aucune disposition spécifique à l'orientation sexuelle, mais fait l'objet d'une réinterprétation constante par la Cour EDH à la lumière des développements sociaux et légaux de la société – notamment en matière de famille et de sexualité<sup>100</sup>. Au contraire du droit de l'Union européenne, où l'orientation sexuelle est majoritairement étudiée par le prisme de la non-discrimination, la Cour EDH mobilise également des dispositions substantielles comme source de protection des personnes LGB<sup>101</sup>.

La protection des droits liés à l'orientation sexuelle par la Cour EDH se veut toutefois très graduelle car elle repose notamment sur la marge d'appréciation et le consensus des États membres, au risque de voir les droits des minorités subordonnés aux opinions de la majorité. Ces deux critères sont ambivalents quand ils sont mobilisés par la Cour EDH en matière de droits LGB. En effet, l'orientation sexuelle touche à un aspect intime de la vie privée, ce qui induit une marge d'appréciation limitée. Mais l'absence de consensus entre les États membres incite la Cour EDH à augmenter la marge d'appréciation et à limiter son contrôle. Il peut dès lors être reproché à la Cour de choisir l'une ou l'autre approche selon le résultat qu'elle souhaite obtenir<sup>102</sup>.

Ce chapitre explorera dans quelle mesure la Cour EDH a permis de développer les droits liés à l'orientation sexuelle, en particulier au travers de l'article 8 de la Convention protégeant la vie privée et familiale (**Section 1**). Ensuite, nous aborderons l'orientation sexuelle lorsqu'elle se présente dans la sphère publique et la manière dont la Cour peut mobiliser la liberté d'expression et la liberté de réunion pour étendre son arsenal de protection des personnes LGB (**Section 2**). Le droit à la non-discrimination protégé par l'article 14 de la Convention sera quant à lui abordé de manière transversale, intervenant à différentes étapes de notre compte-rendu de la jurisprudence strasbourgeoise.

---

<sup>99</sup> P. DUCOULOMBIER, « The Protection of Sexual Minorities in European Law », in *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework* (sous la dir. de F. IPPOLITO et S. IGLESIAS SANCHEZ), Oxford, Hart, 2015, pp. 202-203.

<sup>100</sup> C. DRAGHICI, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law: 'Living Instrument' or Extinguished Sovereignty?*, Oxford, Hart, 2017, p. 187.

<sup>101</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 204.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 207.

## Section 1. L'approche dominante de la vie privée et familiale par la Cour EDH

Nous traiterons d'abord de la vie privée et des développements initiaux visant à dépénaliser l'homosexualité (§1) et à établir l'orientation sexuelle comme fondement de discrimination (§2). La vie familiale suivra, à travers la question du couple (§3) et de la parentalité (§4).

### §1. La vie privée des personnes homosexuelles

27. Entre 1955 et 1980, de nombreuses demandes furent soumises à la Commission EDH – qui, jusqu'en 1998, servait d'antichambre à la Cour EDH sur les questions d'admissibilité – vis-à-vis de la répression de l'homosexualité. Toutes furent déclarées irrecevables, sauf une<sup>103</sup>.

La première décision, *W.B. c. République Fédérale d'Allemagne* (1955)<sup>104</sup>, a posé les bases de la jurisprudence future en établissant que la criminalisation des actes homosexuels entraînait dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention<sup>105</sup>. En reconnaissant qu'il s'agissait d'une interférence dans la vie privée de l'individu, la Commission a clarifié le fondement juridique pertinent pour les requêtes subséquentes – ainsi que l'approche, toujours dominante, de la vie privée en matière d'orientation sexuelle. La requête fut toutefois déclarée irrecevable par la Commission car le droit à la vie privée et familiale peut souffrir d'ingérence étatique dans un but de protection de la santé et de la morale publique. Les États étaient par conséquent autorisés à légiférer pour criminaliser l'homosexualité<sup>106</sup>.

Dans *X c. République Fédérale d'Allemagne* (1975)<sup>107</sup>, outre la reconnaissance de la sexualité comme un aspect important de la vie privée, la Commission a statué qu'un âge de majorité sexuelle différent pour les relations hétérosexuelles et homosexuelles était justifié dans une politique de dissuasion<sup>108</sup>. Dans *X. c. Royaume-Uni* (1977)<sup>109</sup>, la première requête relative à l'homosexualité déclarée recevable, la Commission a *in fine* statué qu'une majorité sexuelle plus élevée pour les relations homosexuelles était nécessaire afin de protéger le développement psychologique des jeunes hommes<sup>110</sup>. Malgré un résultat décevant, les requêtes reçues ont permis aux requérants de se faire entendre afin de remettre en question la position dominante de la société hostile envers l'homosexualité<sup>111</sup>.

---

<sup>103</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>104</sup> Comm. eur. D.H., déc. *W.B. c. République Fédérale d'Allemagne* du 17 décembre 1955.

<sup>105</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 205.

<sup>106</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 19-25.

<sup>107</sup> Comm. eur. D.H., déc. *X c. République Fédérale d'Allemagne* du 30 septembre 1975.

<sup>108</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>109</sup> Comm. eur. D.H., déc. *X. c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1977.

<sup>110</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 36-39.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 43-45.

28. La Cour EDH fut toutefois amenée à se prononcer en 1981 avec l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981)<sup>112</sup>. En reconnaissant que le droit des adultes à avoir des relations sexuelles est un aspect intime de la vie privée, la Cour condamna les législations criminalisant les relations homosexuelles entre adultes – alors encore en vigueur en Irlande du Nord – en ce qu'elles étaient contraires à l'article 8 de la Convention<sup>113</sup>. Malgré la forte opposition morale et religieuse de la population nord-irlandaise aux comportements homosexuels, la Cour précisa que cela ne peut justifier une telle atteinte à la vie privée des personnes homosexuelles<sup>114</sup>. Seules des mesures peuvent être prises, selon la Cour, pour protéger des groupes vulnérables tels que les mineurs<sup>115</sup>.

Dans *Dudgeon*, la Cour note une plus grande tolérance des comportements homosexuels dans les États membres du Conseil de l'Europe, qui ne justifie plus une criminalisation<sup>116</sup>. Un nombre croissant d'États au sein du Conseil de l'Europe ayant dépénalisé les relations homosexuelles, la pénalisation était devenue une position minoritaire<sup>117</sup>. La position de la Cour fut réitérée dans les arrêts *Norris c. Irlande* (1988)<sup>118</sup> et *Modinos c. Chypre* (1993)<sup>119</sup>, où la cour statua que les considérations morales relatives à l'homosexualité ne doivent pas donner une marge d'appréciation plus importante aux gouvernements<sup>120</sup>.

29. La Cour EDH dut ensuite se prononcer sur la pénalisation des relations homosexuelles entre plusieurs hommes dans *A.D.T. c. Royaume-Uni* (2000)<sup>121</sup>. Elle conclut à une violation de l'article 8, en indiquant que des relations sexuelles consenties entre plusieurs hommes dans un cadre privé ne peuvent pas faire l'objet de sanctions pénales<sup>122</sup>. Le caractère privé des relations sexuelles a joué un rôle fondamental dans la décision de la Cour<sup>123</sup>.

30. Plusieurs affaires sont également parvenues à la Cour EDH concernant le licenciement de militaires homosexuels de l'armée britannique sur le seul fondement de l'orientation sexuelle<sup>124</sup>.

---

<sup>112</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.

<sup>113</sup> *Ibid.*, §§60-62.

<sup>114</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, pp. 177-178 ; R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 93, 106.

<sup>115</sup> P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence: A Practical Guide to the Article 8 Case-Law of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 148-149.

<sup>116</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, §60.

<sup>117</sup> F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9<sup>e</sup> ed., Paris, PUF, 2019, p. 538.

<sup>118</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988.

<sup>119</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993.

<sup>120</sup> R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>121</sup> Cour eur. D.H., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet 2000.

<sup>122</sup> P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 151 ; F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 538.

<sup>123</sup> Dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997 concernant des pratiques sadomasochistes en groupe ayant entraîné des blessures, la Cour EDH n'a pas trouvé de violation de l'article 8 dans l'ingérence étatique en raison du caractère public des relations sexuelles. Voy. P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>124</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Perkins et R. c. Royaume-Uni* du 22 octobre 2002 et Cour eur. D.H., arrêt *Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni* du 22 octobre 2002.

Dans *Lustig Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (1999)<sup>125</sup>, le licenciement immédiat de plusieurs militaires sans égard à leur conduite ou parcours militaire exemplaire<sup>126</sup> a été jugé contraire à l'article 8 car il n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Dans *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (1999)<sup>127</sup>, la Cour précisa que l'exclusion des personnes homosexuelles de l'armée était une position très minoritaire en Europe<sup>128</sup>. Dans les deux affaires, la Cour trouva également une violation de l'article 8 en ce que les enquêtes intrusives menées sur la vie privée des requérants continuèrent même après la reconnaissance publique de leur homosexualité – sans toutefois statuer sur le caractère contraire à la vie privée de telles enquêtes<sup>129</sup>.

## §2. Le droit à la non-discrimination comme concept transversal à la Convention

31. L'article 14 de la CEDH interdit toute discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention. Cela suppose une différence de traitement – ou son absence – dans la jouissance d'un droit et l'absence de justification objective et raisonnable<sup>130</sup>. *In concreto*, l'article 14 ne s'applique qu'en combinaison avec les autres dispositions de la Convention, il ne connaît pas d'application autonome. Il ne s'agit donc pas d'une disposition générale interdisant toute forme de discrimination, mais, si un État étend sa protection au-delà de la Convention, il doit le faire en respectant la non-discrimination<sup>131</sup>. Le Protocole n°12 à la Convention étend la protection prévue à l'article 14 en établissant une interdiction générale de discrimination à tous les droits prévus par la loi [art. 1], mais il souffre d'un nombre restreint de ratifications<sup>132</sup>.

32. Bien que l'article 14 ne vise pas expressément le critère de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination, son caractère non-exhaustif a permis d'étendre la protection à l'orientation sexuelle dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni*<sup>133</sup> (n°33). Dans *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* (n°54), la Cour EDH a indiqué que les termes « toute autre situation » couvraient également l'orientation sexuelle<sup>134</sup>. Il a par ailleurs été précisé dans les travaux préparatoires du Protocole n°12 que l'orientation sexuelle n'avait délibérément pas été incluse dans la liste des fondements de l'article 1, afin de ne pas induire une interprétation *a contrario* de l'article 14 de la Convention en ce qu'il n'inclurait pas ce fondement<sup>135</sup>.

---

<sup>125</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Lustig Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

<sup>126</sup> *Ibid.*, §§84-86.

<sup>127</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

<sup>128</sup> *Ibid.*, §104 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 152.

<sup>129</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>130</sup> Cour eur. D.H. (plén.), *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, §10, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, pp. 103 et s.

<sup>131</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, pp. 767-768.

<sup>132</sup> 20 États membres sur 46 ont ratifiés le Protocole n°12 en 2024.

<sup>133</sup> Comm. eur. D.H., rapport *Sutherland c. Royaume-Uni* du 1<sup>er</sup> juillet 1997, §§50-51 ; P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 124.

<sup>134</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, §28.

<sup>135</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 122.

33. La question de la majorité sexuelle a été le point de départ d'une nouvelle approche de la discrimination des personnes de même sexe. Dans la décision *Sutherland c. Royaume-Uni* (1997)<sup>136</sup>, la Commission EDH a jugé la législation anglaise, qui prévoyait un âge de majorité sexuelle différent pour les relations hétérosexuelles et les relations homosexuelles, contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8<sup>137</sup>. La Commission s'est appuyée sur le droit de la majorité des États membres qui prévoyait un âge égal<sup>138</sup>. La Cour s'est quant à elle prononcée dans les arrêts *L. et V. c. Autriche* (2003)<sup>139</sup> et *S. L. c. Autriche* (2003)<sup>140</sup> en requérant des raisons particulièrement 'convaincantes et solides' pour justifier une majorité sexuelle plus élevée pour les relations homosexuelles. En l'espèce, la Cour a rappelé les conclusions de la Commission dans *Sutherland* et a reconnu que l'existence d'un âge de majorité sexuelle différent constituait une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle<sup>141</sup>.

34. La portée de l'article 14 dépasse toutefois largement la seule question de la majorité sexuelle. Si la Cour EDH n'a pas une jurisprudence constante, en déclinant parfois de se prononcer sur la violation de l'article 14 lorsque la violation d'une autre disposition substantielle a été établie<sup>142</sup>, la non-discrimination trouve à s'appliquer dans de nombreux domaines. Nous poursuivrons donc une analyse transversale de la non-discrimination dans la jurisprudence européenne, à la fois dans et hors de la vie privée.

### §3. La vie familiale et le droit au mariage des couples de même sexe

35. Dans un premier temps, la Commission EDH a considéré dans les décisions *X. et Y. c. Royaume-Uni* (1983)<sup>143</sup> et *S. c. Royaume-Uni* (1985)<sup>144</sup> qu'une relation homosexuelle stable ne relevait pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8<sup>145</sup>. Dans un second temps, dans une décision relative aux personnes transgenres, *Parry c. Royaume-Uni* (2006)<sup>146</sup>, la Cour EDH a considéré que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dépendait de la vision propre des États.

---

<sup>136</sup> Comm. eur. D.H., rapport *Sutherland c. Royaume-Uni*, précité, §§63-66.

<sup>137</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 128 ; C. DRAGHICI, *op. cit.*, p. 193.

<sup>138</sup> F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, pp. 538-539.

<sup>139</sup> Cour eur. D.H., arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003.

<sup>140</sup> Cour eur. D.H., arrêt *S. L. c. Autriche* du 9 janvier 2003.

<sup>141</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 129 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 82. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *B.B. c. Royaume-Uni* du 10 février 2004 et Cour eur. D.H., arrêt *RH c. Autriche* du 19 janvier 2006.

<sup>142</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 123.

<sup>143</sup> Comm. eur. D.H., déc. *X et Y c. Royaume-Uni* du 3 mai 1983.

<sup>144</sup> Comm. eur. D.H., déc. *S. c. Royaume-Uni* du 26 août 1985.

<sup>145</sup> C. Draghici, *op. cit.*, p. 189.

<sup>146</sup> Cour eur. D.H., déc. *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006.

36. C'est en 2010 que la Cour EDH a finalement dû se prononcer sur le mariage des couples de même sexe, dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*<sup>147</sup>. Les requérants contestaient l'interdiction du mariage homosexuel en Autriche en ce qu'elle emportait une violation de l'article 12 – dont le texte n'exclut pas une interprétation évolutive favorable aux couples de même sexe – ainsi qu'une discrimination entre couples hétérosexuels et homosexuels emportant violation de l'article 14 combiné avec l'article 8<sup>148</sup>. Cependant, la Cour EDH n'a trouvé aucune violation des articles précités. En arguant qu'il n'existe pas de consensus au sein des États membres pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe, la Cour a interprété la Convention comme n'imposant pas aux États d'autoriser le mariage entre personnes de même sexe<sup>149</sup>.

La Cour a considéré les relations homosexuelles comme ressortant de la vie familiale, et ce même en l'absence de lien marital. Un couple homosexuel cohabitant peut donc jouir de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, au même titre qu'un couple hétérosexuel<sup>150</sup>. Cet *obiter dictum* n'eut toutefois pas d'impact sur l'issue de l'affaire car l'analyse de la discrimination sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 8 ne fut pas poursuivie par la Cour<sup>151</sup>. Dans un souci d'harmonie de la Convention, considérant que l'article 12, en tant que disposition spécifique au mariage, laisse une pleine marge d'appréciation aux États, les articles 14 et 8, en tant que dispositions générales, ne peuvent pas être interprétées comme imposant le mariage homosexuel<sup>152</sup>.

#### A. Le mariage des couples de même sexe

37. L'arrêt *Schalk et Kopf* pose la question de l'application de l'article 12 aux couples de même sexe. L'article 12 garantit à l'homme et la femme (en anglais '*men and women*') le droit de se marier et de fonder une famille. Initialement interprété comme visant uniquement la forme traditionnelle du mariage hétérosexuel dans *Rees c. Royaume-Uni* (1986)<sup>153</sup>, la Cour EDH a étendu la protection de l'article 12 aux personnes transgenres dans *Christine Goodwin c.*

---

<sup>147</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

<sup>148</sup> P. JOHNSON et S. FALCETTA, « Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 96 ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La vie familiale des personnes homosexuelles », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (sous la dir. de N. DANDOY et G. WILLEMS), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 585-587.

<sup>149</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §§ 54-64 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 122.

<sup>150</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §99.

<sup>151</sup> C. DRAGHICI, *op. cit.*, p. 200 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 123 ; H. J. LIESKER, « Caught in a balancing act : The European Court of Human Rights and the Road to Recognition for Sexual Minorities », *Olso Law Review*, 2017, 189.

<sup>152</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §101 ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 588. Cette approche est toutefois contestée, voy. D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 123-124.

<sup>153</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 ; Voy. aussi Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990.

Royaume-Uni (2002)<sup>154</sup> suite à l'impossibilité de contracter un mariage entre personnes de sexe opposé une fois le changement de sexe effectué<sup>155</sup>. Dans *Schalk et Kopf*, la Cour EDH a maintenu l'interprétation traditionnelle de l'article 12 en se référant à la période de rédaction de la Convention dans les années 1950 où l'insertion des termes '*men and women*' ne peut être interprétée que comme un choix délibéré de limiter l'accès au mariage aux couples de sexe opposé<sup>156</sup>. P. JOHNSON et S. FALCETTA s'opposent à cette thèse en indiquant que ces termes proviennent directement de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dont les travaux préparatoires indiquent un objectif clair de reconnaître l'égalité de l'accès au mariage entre les sexes, afin que les femmes puissent avoir des droits identiques à ceux des hommes, et non d'exclure les couples de même sexe<sup>157</sup>.

38. Toutefois, la Cour EDH n'a pas exclu toute application de l'article 12 aux couples de même sexe. Pour ce faire, la Cour s'est fondée sur l'article 9 de la CDFUE, dont la rédaction est plus récente et qui reconnaît le droit au mariage sans référence au sexe des individus. Ainsi, l'article 12 de la CEDH interprété à la lumière de l'article 9 de la CDFUE ne se limite pas aux couples de même sexe même si cela relève exclusivement de la juridiction des États membres<sup>158</sup>. Selon P. JOHNSON et S. FALCETTA, une telle interprétation rend l'article 12 *formellement* applicable, mais toute application serait *factuellement* inefficace puisqu'elle autorise n'importe quel État à interdire totalement le mariage homosexuel<sup>159</sup>. Ils montrent également une contradiction entre la jurisprudence générale relative au mariage et la jurisprudence relative aux couples de même sexe. Dans l'affaire *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* (2010)<sup>160</sup>, la Cour EDH a statué qu'un État ne peut pas priver entièrement une personne ou une catégorie de personnes de sa capacité légale à contracter un mariage avec la personne de son choix. Or, elle ne trouve aucune violation de l'article 12 dans l'exclusion du droit de se marier avec une personne du même sexe<sup>161</sup>.

39. La Cour EDH a réitéré le caractère traditionnel du mariage tel que protégé par l'article 12 dans plusieurs affaires, dont *Hämäläinen c. Finlande* (2014)<sup>162</sup> et *Oliari et autres c. Italie* (n°42)<sup>163</sup>. Dans l'arrêt *Chapin et Charpentier c. France* (2016)<sup>164</sup>, la Cour a rejeté l'argument

---

<sup>154</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

<sup>155</sup> P. JOHNSON et S. FALCETTA, *op. cit.*, p. 95.

<sup>156</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §§54-55.

<sup>157</sup> P. JOHNSON et S. FALCETTA, *op. cit.*, p. 94.

<sup>158</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §61 ; P. JOHNSON et S. FALCETTA, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pp. 97-99.

<sup>160</sup> Cour eur. D.H., arrêt *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, §83.

<sup>161</sup> P. JOHNSON et S. FALCETTA, *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>162</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014, §96. Concerne une personne transgenre souhaitant changer de sexe en conservant les liens du mariage, devenant *de facto* conclu entre personnes de même sexe.

<sup>163</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, §194.

<sup>164</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016 §§36-40.

selon lequel l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe constituerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle vis-à-vis des couples de sexe opposé (article 14 combiné avec l'article 12)<sup>165</sup>.

À travers ces différents arrêts, la Cour EDH a maintenu une vision hétéronormative du mariage. En se refusant à confronter les arguments des États réfractaires au mariage homosexuel, là où elle requiert en principe une justification particulièrement forte lorsqu'il s'agit de discrimination basée sur la sexualité, la Cour semble s'être contentée de trouver un équilibre entre les États membres du Conseil de l'Europe. En laissant aux États une pleine marge d'appréciation, il peut être reproché à la Cour de ne pas avoir été à la hauteur de son rôle d'interprétation et de défense des droits protégés par la Convention<sup>166</sup>.

### ***B. Le partenariat civil des couples de même sexe***

40. Outre l'article 12, la Cour EDH ayant reconnu les relations homosexuelles comme ressortant de la vie familiale dans *Schalk et Kopf*, plusieurs arrêts impliquant des couples homosexuels ont été portés devant la Cour sur le fondement de l'article 8. S'est notamment posée la question d'un statut conjugal alternatif au mariage, le partenariat civil/enregistré.

41. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Vallianatos et autres c. Grèce* (2013)<sup>167</sup>, la Cour EDH a considéré que la création par les autorités grecques d'un statut conjugal alternatif au mariage, réservé aux couples hétérosexuels, était en violation des articles 14 et 8 pris en combinaison. Il ne s'agit pas d'imposer aux états la création d'un partenariat civil pour les couples homosexuels, mais de reconnaître une discrimination en cas d'exclusion des couples de même sexe si un tel partenariat est introduit<sup>168</sup>. Si la décision a eu une portée limitée due à la situation spécifique visée, cela a été l'occasion pour la Cour de contester la justification liée à la famille traditionnelle et à la protection des enfants proposée par le Gouvernement grec et de rappeler que les couples homosexuels sont capables de développer une vie familiale stable – même en l'absence de cohabitation<sup>169</sup>. À l'inverse, dans l'arrêt *Ratzenböck et Seydl c. Autriche* (2017)<sup>170</sup>, la Cour n'a pas considéré discriminatoire l'accès à un partenariat enregistré aux seuls couples homosexuels, car il existe d'autres alternatives – tel que le mariage – pour les couples hétérosexuels<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 587 ; P. JOHNSON et S. FALCETTA, *op. cit.*, pp. 98-10.

<sup>166</sup> *Ibid.*, pp. 101-102 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, pp. 218-219 ; H. J. LIESKER, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>167</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013.

<sup>168</sup> *Ibid.*, §92.

<sup>169</sup> *Ibid.*, §73 ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 592 ; C. DRAGHICI, *op. cit.*, pp. 203-205 ; H. J. LIESKER, *op. cit.*, pp. 190-191.

<sup>170</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Ratzenböck et Seydl c. Autriche* du 26 octobre 2017.

<sup>171</sup> P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 160.

42. En 2015, la Cour EDH s'est à nouveau prononcée sur le partenariat civil dans l'arrêt *Oliari et autres c. Italie*<sup>172</sup>, en statuant que le manquement du législateur italien à prévoir une forme de reconnaissance légale des couples de même sexe entraînait une violation de l'article 8<sup>173</sup>. La Cour s'est basée sur la progression du consensus européen sur la reconnaissance légale des couples homosexuels pour restreindre la marge d'appréciation des États membres<sup>174</sup>. En l'occurrence, dans le cas de l'Italie, la Cour EDH a relevé les appels répétés de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation à reconnaître ces unions, l'évolution de l'opinion publique italienne sur le sujet, ainsi que le manque de justification convaincante de l'État italien pour constater la violation de la Convention<sup>175</sup>. La Cour s'étant limitée à la situation italienne, il ne s'agit pas de reconnaître l'obligation à tous les États membres de prévoir une reconnaissance légale des couples de même sexe<sup>176</sup>. Le jugement indique cependant une volonté claire de resserrer le contrôle porté sur les différences de traitement des couples de même sexe<sup>177</sup>.

43. Une nouvelle étape a été franchie par la Cour EDH, avec l'arrêt de Grande Chambre *Fedotova et autres c. Russie* (2023)<sup>178</sup>. Levant toute ambiguïté sur l'application de la décision *Oliari*<sup>179</sup>, la Cour a considéré que les États membres « *sont tenus, en vertu des obligations positives leur incombant sur le fondement de l'article 8 de la Convention, d'offrir un cadre juridique permettant aux personnes de même sexe de bénéficier d'une reconnaissance et d'une protection adéquates de leurs relations de couple* »<sup>180</sup>. Conformément à sa jurisprudence précédente, la Cour a rejeté la requête fondée sur l'article 12 et l'institution du mariage. Elle s'est limitée à imposer la reconnaissance juridique des couples de même sexe dans les États membres, en justifiant une marge d'appréciation 'particulièrement réduite' sur cette question par le caractère 'essentiel ou particulièrement important de l'identité' d'un individu<sup>181</sup>. Selon F. KRENC, *Fedotova* marque en outre un tournant dans l'approche de la Cour, où la question de l'orientation sexuelle

---

<sup>172</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie*, précité.

<sup>173</sup> *Ibid.*, §§185-187. Notons qu'ayant reconnu la violation de l'article 8, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'article 14 et a rappelé le caractère hétérosexuel du mariage protégé par l'article 12 [§§191-194].

<sup>174</sup> *Ibid.*, §178.

<sup>175</sup> *Ibid.*, §§180-184.

<sup>176</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 592-594 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 159.

<sup>177</sup> H. J. LIESKER, *op. cit.*, p. 191. Pour une critique de l'approche de la Cour, voy. C. DRAGHICI, *op. cit.*, pp. 205-207.

<sup>178</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 17 janvier 2023. L'arrêt de Grande Chambre fait suite à l'appel de la Russie contre Cour eur. D.H., arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 13 juillet 2021. Notons que la Russie n'est plus membre du Conseil de l'Europe depuis le 16 février 2022. Voy. aussi POPPELWELL-SCEVAK C., « 'Until social norms say I do' : How the Grand Chamber taketh and giveth away in Fedotova and others v. Russia », *Strasbourg Observers*, 12 avril 2023, et VIKARSKÁ Z., « The many troubles of the Fedotova judgment », *Verfassungsblog on matters constitutional*, 24 janvier 2023.

<sup>179</sup> N. PALAZZO, « Fedotova and Others v. Russia : Dawn of a new era for European LGBTQ families? », *Maastricht Law Journal*, 2023, p. 217.

<sup>180</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §178.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. §§183-190 ; N. PALAZZO, *op. cit.*, p. 218.

n'est plus appréciée uniquement sous l'angle de la vie privée d'un individu, mais également sous l'angle de la vie privée d'un couple<sup>182</sup>.

La Cour évoque une « *tendance nette et continue au sein des États parties en faveur de la reconnaissance légale de l'union de personnes de même sexe (par l'institution du mariage ou d'une forme de partenariat), une majorité de trente États parties ayant légiféré en ce sens* »<sup>183</sup>, se départant du traditionnel 'consensus européen' qu'elle observait naître dans les affaires *Schalk et Kopf* et *Oliari*<sup>184</sup>. Elle observe toutefois une absence de consensus dans la forme que devrait prendre cette reconnaissance juridique et se contente de requérir une protection 'adéquate' et non 'illusoire'. Les États conservent donc, conformément au principe de subsidiarité, une certaine marge d'appréciation dans les mesures à mettre en place pour garantir ce droit – la Cour EDH n'imposant pas un régime juridique précis<sup>185</sup>. Elle se limite à indiquer certaines questions « *matérielles (alimentaires, fiscales ou successorales) ou morales (droits et devoirs d'assistance mutuelle) [...] qui gagneraient à être réglementées* »<sup>186</sup>. Une telle approche est critiquable car l'amendement de dispositions légales spécifiques pourrait suffire pour obtenir une protection adéquate, au détriment d'un cadre juridique exhaustif prévoyant un statut pour les couples de même sexe<sup>187</sup>.

La Russie a opposé à la Cour EDH l'absence d'opinion publique favorable, rappelant les conclusions de *Oliari*. La Cour toutefois rappelé 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 individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante* »<sup>188</sup>. La démocratie implique, toujours selon la Cour, des valeurs de tolérance, d'ouverture et de pluralisme et « *rejette toute stigmatisation fondée sur l'orientation sexuelle* »<sup>189</sup>. L'intérêt public, avancé par la Russie, de protéger les formes familiales traditionnelles n'a pas non plus été favorablement accueilli par la Cour, qui a précisé que la reconnaissance des couples de même sexe n'était pas de nature à nuire ou à compromettre l'intégrité des couples de sexe opposé, ni à affaiblir leurs droits<sup>190</sup>.

---

<sup>182</sup> F. KRENC, *Une convention et une Cour les droits fondamentaux, la démocratie et l'État de droit en Europe*, Limal, Anthémis, 2023, p. 43.

<sup>183</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §175.

<sup>184</sup> *Ibid.*, §§166-177.

<sup>185</sup> *Ibid.*, §§189-190 ; N. PALAZZO, *op. cit.*, p. 220.

<sup>186</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §190.

<sup>187</sup> N. PALAZZO, *op. cit.*, p. 222.

<sup>188</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §216.

<sup>189</sup> *Ibid.*, §§179-180.

<sup>190</sup> *Ibid.*, §212 ; N. PALAZZO, *op. cit.*, p. 221.

44. L'arrêt *Buhuceanu et autres c. Roumanie* (2023)<sup>191</sup> a réitéré les enseignements de *Fedotova*, en reconnaissant le caractère insuffisant de la législation roumaine sur la reconnaissance des couples de même sexe, induisant une violation de l'article 8<sup>192</sup>. De simples accords contractuels ne permettant pas une reconnaissance adéquate, la Cour a reconnu aux requérants un intérêt particulier à entrer dans une forme d'union civile ou de partenariat enregistré<sup>193</sup> – tout en laissant à la Roumanie une marge d'appréciation quant à la forme de la reconnaissance<sup>194</sup>. Peu après, l'arrêt *Maymulakhin et Markiv c. Ukraine* (2023)<sup>195</sup> a jugé que l'absence de reconnaissance légale des couples de même sexe, contrairement aux couples de sexe opposé, constituait une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle. Le gouvernement n'établissant pas de justification suffisante pour justifier cette différence de traitement, la Cour a établi une violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8<sup>196</sup>.

45. Enfin, dans l'arrêt *Przybyszewska et autres c. Pologne* (2023)<sup>197</sup>, la Cour a évalué la législation polonaise. Selon les arguments du gouvernement polonais, elle offrait suffisamment de protections pour les couples de fait, de même sexe ou non, par arrangement contractuel. La Cour a toutefois constaté qu'en l'absence d'un véritable cadre législatif de reconnaissance, les couples de même sexe étaient incapables de régler certains aspects fondamentaux de leur vie, en violation de leur droit à la vie privée et familiale<sup>198</sup>. Les arguments concernant le caractère traditionnel du mariage ont également été rejetés, la requête concernant la reconnaissance légale des couples de même sexe et non le droit au mariage homosexuel<sup>199</sup>.

46. S'est également posée la question de la reconnaissance des mariages contractés à l'étranger dans l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie* (2017)<sup>200</sup>. Tout en rappelant que chaque État était libre d'ouvrir ou non l'institution du mariage aux couples de même sexe<sup>201</sup>, la Cour EDH a jugé que l'Italie ne pouvait pas refuser toute forme de reconnaissance des mariages étrangers sans violer l'article 8 de la Convention. La reconnaissance du mariage peut toutefois se faire sous forme d'une union civile afin de satisfaire aux exigences de l'article 8<sup>202</sup>. Dans une jurisprudence consolidée

---

<sup>191</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Buhuceanu et autres c. Roumanie* du 23 mai 2023.

<sup>192</sup> *Ibid.*, §83.

<sup>193</sup> N. PALAZZO, *op. cit.*, p. 222.

<sup>194</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Buhuceanu et autres c. Roumanie*, précité, §§81-82.

<sup>195</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Maymulakhin et Markiv c. Ukraine* du 1<sup>er</sup> juin 2023.

<sup>196</sup> *Ibid.*, §§78-81.

<sup>197</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Przybyszewska et autres c. Pologne* du 12 décembre 2023.

<sup>198</sup> *Ibid.*, §§97-124.

<sup>199</sup> D. L. CROWE-URBANIAK, « State obligation to recognize and protect same-sex relationships », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2024, pp. 130-132.

<sup>200</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017.

<sup>201</sup> *Ibid.*, §192. La Cour n'a pas examiné la violation alléguée de l'article 12, s'en référant à sa jurisprudence antérieure.

<sup>202</sup> *Ibid.*, §§194-195, 210-211 ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 595.

par *Fedotova*, la Cour EDH a réitéré sa position dans l'arrêt *Koilova et Babulkova c. Bulgarie* (2023), en statuant que la Bulgarie avait violé l'article 8 de la Convention en « *manqu[ant] à son obligation positive de veiller à ce que les requérantes disposent d'un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection de leur union en tant que personnes de même sexe* »<sup>203</sup>.

### C. Les avantages sociaux des couples de même sexe

47. La Cour EDH a, à plusieurs reprises, jugé acceptable une différence de traitement concernant les avantages liés à l'accès au mariage entre les couples de sexe opposé et de même sexe. Dans la décision *Mata Estevez c. Espagne* (2001)<sup>204</sup>, la Cour a jugé irrecevable la requête d'un homme homosexuel contre le refus de versement d'une pension de survie à la suite du décès de son partenaire de fait. Cette pension, réservée aux époux, lui a été refusée alors même que les couples de même sexe n'avaient pas la possibilité de se marier<sup>205</sup>. Similairement, les affaires *Courten c. Royaume-Uni* (2008)<sup>206</sup> et *M.W. c. Royaume-Uni* (2009)<sup>207</sup> ont été déclarées irrecevables, car les requérants (qui réclamaient des bénéfices d'impôts et de sécurité sociale reconnus aux couples mariés) formaient des couples de fait, ce qui les plaçait dans une situation différente des couples mariés – alors que le mariage leur était inaccessible<sup>208</sup>. À travers ces décisions, la Cour paraît entrer dans une jurisprudence circulaire, où les requérants « *were different because they were not married, and could not marry because they were different* »<sup>209</sup>.

48. Cependant, dans *M.W.*, comme dans *Burden c. Royaume-Uni* (2008)<sup>210</sup>, la Cour a reconnu les couples de même sexe engagés dans une union civile comme se trouvant dans une situation similaire aux couples mariés<sup>211</sup>. À l'inverse, dans *Manenc c. France* (2010)<sup>212</sup>, la requête d'un homme homosexuel – *pacsé* – contestant le refus d'une pension de réversion à la suite du décès de son compagnon a été déclarée irrecevable. Le PACS, selon la Cour, est une institution différente du mariage et cela relève de la marge d'appréciation de l'État<sup>213</sup>. Il semble également ressortir de l'arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne* (2016)<sup>214</sup> que refuser l'accès rétroactif à une pension de survie

<sup>203</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Koilova et Babulkova c. Bulgarie* du 5 septembre 2023, §65.

<sup>204</sup> Cour eur. D.H., déc. *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001.

<sup>205</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 598.

<sup>206</sup> Cour eur. D.H., déc. *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008.

<sup>207</sup> Cour eur. D.H., déc. *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009.

<sup>208</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 102.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>210</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008.

<sup>211</sup> *Ibid.*, §65 ; P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>212</sup> Cour eur. D.H., déc. *Manenc c. France* du 21 septembre 2010.

<sup>213</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 598.

<sup>214</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne* du 14 juin 2016, §§90-91.

au compagnon d'une personne homosexuelle décédée avant la légalisation du mariage homosexuel ne viole pas la Convention<sup>215</sup>.

49. Si nous estimons que certains arrêts précités ne seraient plus jugés de la même manière, à la lumière notamment des arrêts *Schalk et Kopf* (n°36), *Fedotova* (n°43) et *Taddeucci* (*infra*, n°52), la jurisprudence en matière de protection économique des couples de même sexe s'avère inconstante et manque de clarté<sup>216</sup>. Se pose particulièrement la question de certains privilèges sociaux, associés au mariage, qui sont refusés à d'autres statuts légaux – dès lors considérés comme inférieurs. Cette différence entre les couples mariés et non-mariés peut se traduire, dans des pays où le mariage n'est pas accessible aux couples de même sexe à une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle. Or, cette discrimination a quelquefois été négligée par la Cour EDH<sup>217</sup>.

50. Toutefois, une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 a été trouvée dans l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* (2010)<sup>218</sup> concernant le refus d'étendre le bénéfice d'une assurance maladie et accident au compagnon homosexuel d'un fonctionnaire bénéficiaire, là où une telle extension était possible pour des couples hétérosexuels<sup>219</sup>. Une approche similaire a été suivie par la Cour dans les affaires *Karner c. Autriche* (2003)<sup>220</sup> et *Kozak c. Pologne* (2010)<sup>221</sup>. Les deux affaires concernaient la succession d'un bail qu'un partenaire homosexuel s'était vu refuser à la suite du décès de son compagnon, preneur du bail. Les législations nationales ne permettaient qu'au partenaire survivant d'un couple hétérosexuel de succéder au bail, ce qui a été jugé discriminatoire par Strasbourg<sup>222</sup>. Si la protection de la famille dans sa forme traditionnelle peut en principe être un objectif légitime pour justifier une différence de traitement, l'État ne dispose que d'une faible marge d'appréciation lorsque que la différence de traitement est fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle<sup>223</sup>.

---

<sup>215</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 599 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 157. La Cour est parvenue à une décision analogue en déclarant irrecevable Cour eur. D.H., déc. *Zanola c. Italie* du 21 novembre 2023.

<sup>216</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 139.

<sup>217</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, pp. 103-104.

<sup>218</sup> Cour eur. D.H., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010.

<sup>219</sup> *Ibid.*, §§33-42 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, pp. 156-157 ; P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 136.

<sup>220</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003.

<sup>221</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010.

<sup>222</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 596.

<sup>223</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Karner c. Autriche*, précité, §§37-40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne*, précité, §§92-99 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 107.

#### ***D. L'immigration des couples de même sexe***

51. Dans *Pajić c. Croatie* (2016)<sup>224</sup>, la Cour a reconnu une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Les requérantes, un couple de même sexe non-marié, s'étaient vues refuser un permis de séjour pour réunification familiale sur le fondement de leur orientation sexuelle. Un couple de sexe opposé pouvant obtenir la réunification familiale même s'ils ne sont pas mariés, il s'agissait d'une différence de traitement entre couples hétérosexuels et homosexuels non-mariés, fondée uniquement sur l'orientation sexuelle<sup>225</sup>.

52. Toutefois, c'est l'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* (2016)<sup>226</sup> qui a apporté un véritable changement de paradigme dans la jurisprudence de la Cour. Un couple de même sexe s'est vu refuser le regroupement familial en Italie, le national italien et son compagnon néo-zélandais n'étant pas mariés. En effet, la législation italienne réserve le regroupement familial aux seuls couples mariés. Selon la Cour, il s'agit toutefois d'un traitement discriminatoire, les couples de même sexe n'ayant pas accès au mariage. L'Italie a donc violé l'article 14 combiné avec l'article 8, en omettant de traiter différemment les couples hétérosexuels et les couples de même sexe<sup>227</sup>. Se départant de l'approche formelle des jugements *Mata Estevez* et *Manenc* notamment, la Cour prend cette fois en compte l'impossibilité des couples de même sexe – ne pouvant se marier – de se placer dans une situation similaire aux couples de sexe opposé – pouvant se marier – afin de bénéficier de certains avantages associés au mariage<sup>228</sup>.

#### **§4. La vie familiale et la parentalité des couples de même sexe**

53. La jurisprudence concernant les familles homoparentales est diffuse et aucune tendance nette ne peut en être dégagée. D'autant qu'en matière de parentalité, l'intérêt de l'enfant est primordial dans l'analyse de la Cour EDH. S'il est clair que l'article 8 ne protège pas un droit à fonder une famille ou à adopter, la Cour a reconnu que des couples de même sexe et leurs enfants pouvaient jouir de la vie familiale même en l'absence de lien de filiation<sup>229</sup>.

---

<sup>224</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Pajić c. Croatie* du 23 février 2016.

<sup>225</sup> *Ibid.*, §§69-86 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 157.

<sup>226</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016.

<sup>227</sup> *Ibid.*, §§95-98.

<sup>228</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 598-599 ; D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, pp. 104-106 ; N. KOFFEMAN, « Taddeucci and McCall v. Italy : Welcome novelty in the ECtHR's case-law on equal treatment of same-sex couples », *Strasbourg Observers*, 27 juillet 2016.

<sup>229</sup> P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 245 ; A. TRYFONIDOU, « The parenting rights of same-sex couples under European law », *Marriage, Families and Spirituality*, 2020, p. 180.

54. Dans *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* (1999)<sup>230</sup>, la Cour EDH s'est prononcée pour le maintien de l'autorité parentale d'un parent homosexuel envers un enfant issu d'une précédente union hétérosexuelle. Constituait une différence de traitement injustifiée le fait pour les juridictions nationales de retirer au père la garde de son enfant, sur le motif qu'il allait de l'intérêt de l'enfant qu'il ne soit pas éduqué par un père cohabitant avec un autre homme<sup>231</sup>. Une décision similaire a été prise par la Cour dans *X. c. Pologne* (2021) où une femme homosexuelle s'était vue retirer la garde de son enfant en raison de son orientation sexuelle<sup>232</sup>.

Ces affaires concernaient des situations où la filiation biologique était déjà établie. Toutefois la majorité des affaires concerne l'établissement de cette filiation, question autrement plus sensible pour la Cour. En outre, la réalité biologique des couples de même sexe impliquant parfois de recourir à des mécanismes de PMA et de GPA, la jurisprudence européenne n'est pas étrangère à ces situations. Cependant, cela appellerait à des développements allant bien au-delà de notre sujet de recherche – ces pratiques ne sont pas limitées aux couples de même sexe et soulèvent de nombreuses considérations légales et morales. Nous limiterons donc notre recherche aux principaux enseignements de la Cour en matière de filiation homoparentale, sans prendre position sur ces questions.

#### *A. L'adoption par des personnes homosexuelles*

55. La problématique de l'adoption s'est présentée à plusieurs reprises devant la Cour EDH. Dans l'arrêt *Fretté c. France* (2002)<sup>233</sup>, la Cour n'a pas jugé discriminatoire de refuser l'adoption à un homme homosexuel célibataire, jugeant qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté par une personne homosexuelle<sup>234</sup>. La Cour a précisé que l'article 8 ne protégeait pas un droit à l'adoption ou à fonder une famille, et qu'il n'y a pas d'opinion convergente entre les États membres sur cette question<sup>235</sup>. Toutefois, la jurisprudence a évolué dans *E.B. c. France* (2008)<sup>236</sup>. La requérante, homosexuelle, s'est vue refuser l'adoption sur le fondement de son orientation sexuelle. Les juridictions françaises avaient pointé l'absence de figure paternelle dans son entourage, alors que l'adoption était autorisée pour les personnes seules<sup>237</sup>. Ainsi, selon la Cour, cette différence de traitement fondée uniquement sur l'orientation sexuelle de la requérante

---

<sup>230</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999.

<sup>231</sup> C. DRAGHICI, *op. cit.*, pp. 215-214.

<sup>232</sup> Cour eur. D.H., arrêt *X. c. Pologne* du 16 septembre 2021, §§34-36. P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 155.

<sup>233</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002.

<sup>234</sup> *Ibid.*, §42 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 220

<sup>235</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, précité, §36 ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 622-623 ; C. DRAGHICI, *op. cit.*, pp. 217-218.

<sup>236</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008.

<sup>237</sup> *Ibid.*, §§70-73.

engendre une violation des articles 14 et 8 combinés<sup>238</sup>. Conformément à *Fretté*, l'article 8 ne reconnaît pas de droit à l'adoption, mais il s'appliquait en l'espèce puisque la France avait prévu un tel droit – qu'elle doit donc appliquer sans discrimination suivant l'article 14 (*supra*, n°31)<sup>239</sup>.

**56.** Concernant l'adoption par une personne homosexuelle de l'enfant de son partenaire de même sexe, aucune discrimination n'a été trouvée dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* (2012)<sup>240</sup> où une femme désirait adopter l'enfant de sa compagne, né par PMA<sup>241</sup>. Une telle adoption étant uniquement ouverte aux couples mariés, les couples homosexuels non-mariés n'étaient donc pas discriminés vis-à-vis des couples hétérosexuels non-mariés<sup>242</sup>. La décision ayant été rendue avant l'arrêt *Taddeucci* (n°52), la Cour n'a pas pris en compte l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier<sup>243</sup>. Néanmoins, dans *X et autres c. Autriche* (2013)<sup>244</sup>, il était discriminatoire de refuser à une femme l'adoption de l'enfant de sa compagne sur le fondement de son orientation sexuelle<sup>245</sup>. À la différence de *Gas et Dubois*, la législation autrichienne autorisait l'adoption coparentale dans les couples mariés, mais aussi dans les couples hétérosexuels non-mariés. C'est ce second élément qui a été considéré discriminatoire par la Grande Chambre, jugeant les couples homosexuels et hétérosexuels non-mariés dans une situation comparable<sup>246</sup>.

**57.** En revanche, la Cour a déclaré inadmissible l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* (2013)<sup>247</sup> qui contestait le refus des autorités d'établir la filiation au regard des règles ordinaires – alors que l'adoption était possible. En effet, la Cour a jugé que la présomption de paternité (bien que ne se limitant pas aux filiations biologiques) ne peut s'appliquer aux couples de même sexe, considérant qu'on ne peut jamais y établir une filiation biologique<sup>248</sup>.

### ***B. La situation floue des familles homoparentales recourant à la PMA ou à la GPA***

**58.** La PMA a soulevé de nombreuses questions devant la Cour EDH. Dans *Gas et Dubois* (n°56), la Cour a précisé qu'un couple de même sexe et un couple hétérosexuel infertile n'étaient pas dans une situation comparable vis-à-vis de l'accès à la PMA. La Cour a également déclaré

---

<sup>238</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France*, précité, §§94-98 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 221 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 252.

<sup>239</sup> C. DRAGHICI, *op. cit.*, p. 218.

<sup>240</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012.

<sup>241</sup> *Ibid.*, §§64-73.

<sup>242</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 221 ; P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 253.

<sup>243</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, p. 154.

<sup>244</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013.

<sup>245</sup> *Ibid.*, §§146-153.

<sup>246</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 222 ; A. TRYFONIDOU, « The parenting rights of same-sex couples... », *op. cit.*, p. 181.

<sup>247</sup> Cour eur. D.H., déc. *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* du 7 mai 2013.

<sup>248</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 634.

irrecevable la requête *Charron et Merle-Montet c. France* (2018)<sup>249</sup>, un couple lesbien s'étant vu refuser l'accès à la PMA, pour non-épuisement des voies de recours interne<sup>250</sup>. La Cour n'a donc imposé ni l'accès à la PMA, ni la reconnaissance d'une double filiation pour les couples de même sexe.

**59.** La Commission a, dès 1992, laissé aux États le soin de reconnaître ou non les liens de parentés d'un enfant né par PMA<sup>251</sup>. Dans *Hallier et autres c. France* (2017)<sup>252</sup>, il n'était pas discriminatoire de refuser un congé parental de naissance à la compagne de la mère biologique, celui-ci étant réservé au père (biologique ou non) de l'enfant. Dans *Bonnaud et Lecoq c. France* (2018)<sup>253</sup>, la Cour a validé la décision nationale de refuser le partage de l'autorité parentale à l'égard des deux enfants d'un couple lesbien, l'absence d'un tel partage n'enfreignant pas leur droit à la vie familiale. Enfin, les affaires *Honner c. France* (2020)<sup>254</sup> et *C.E. et autres c. France* (2022)<sup>255</sup> concernaient le maintien de la relation avec un enfant, lors de la séparation de la mère biologique et de la compagne. Aucune violation de la Convention n'a été constatée par la Cour, qui s'en remet à la marge d'appréciation de l'État – réduite en l'espèce en raison de l'intérêt de l'enfant<sup>256</sup>.

**60.** Concernant la situation des couples de même sexe ayant recours à la GPA, la Cour reste très prudente. Dans *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* (2021)<sup>257</sup>, elle a estimé que le refus de reconnaître un lien de filiation formel entre un enfant né par GPA aux États-Unis et un couple de même sexe relevait de la marge d'appréciation de l'État<sup>258</sup>. Dans *Mennesson c. France* (2014)<sup>259</sup> et *D.B. et autres c. Suisse* (2022)<sup>260</sup>, la Cour a reconnu que le refus de reconnaître la filiation d'un enfant né à l'étranger par GPA envers ses parents d'intention constituait une violation de la vie privée, mais dans le chef de l'enfant et non des parents<sup>261</sup>.

---

<sup>249</sup> Cour eur. D.H., déc. *Charron et Merle-Montet c. France* du 16 janvier 2018.

<sup>250</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 626-627.

<sup>251</sup> Voy. Comm. eur. D.H., déc. *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* du 19 mai 1992 ; C. DRAGHICI, *op. cit.*, p. 218.

<sup>252</sup> Cour eur. D.H., déc. *Hallier et autres c. France* du 12 décembre 2017.

<sup>253</sup> Cour eur. D.H., déc. *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018.

<sup>254</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France* du 12 novembre 2020.

<sup>255</sup> Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France* du 24 mars 2022.

<sup>256</sup> M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 630-633.

<sup>257</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021.

<sup>258</sup> Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017 (sur un couple hétérosexuel).

<sup>259</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014 (sur un couple hétérosexuel). Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014.

<sup>260</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse* du 22 novembre 2022.

<sup>261</sup> P. TAPIERO, « La gestation pour autrui », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (sous la dir. de N. DANDOY et G. WILLEMS), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 364.

## Section 2. L'orientation sexuelle dans la sphère publique

61. Au regard des premiers arrêts rendus par la Cour EDH, la protection ne concernait que les aspects intimes de la vie privée, qui ne ressortaient pas de la vie publique<sup>262</sup>. Certains arrêts relatifs à l'expulsion de migrants vers l'Iran et l'Irak, tels que *F. c. Royaume-Uni* (2004)<sup>263</sup>, *I.I.N. c. Pays-Bas* (2004)<sup>264</sup> et *M.K.N. c. Suède* (2013)<sup>265</sup>, furent critiqués. La Cour ne trouva pas de violation de l'article 3 de la Convention dans le risque allégué des requérants d'être persécutés en raison de leur orientation sexuelle car le risque était moindre tant qu'ils se montraient discrets<sup>266</sup>. Dans *Smith et Grady* (n°30), les requérants avaient argués une violation de l'article 10, en ce que l'obligation de cacher leur orientation sexuelle afin d'éviter une exclusion de l'armée britannique constituait une violation de leur liberté d'expression. La Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur cette question en raison du caractère privé et intime de l'orientation sexuelle, et s'est limitée à l'analyse de la violation de l'article 8<sup>267</sup>.

Toutefois, la Cour EDH a eu depuis l'occasion de se prononcer sur l'expression de l'orientation sexuelle dans l'espace public, et en premier lieu vis-à-vis de la liberté d'expression [art. 10] et de la liberté de réunion et d'association [art. 11]. La jurisprudence prolifique de la Cour sur ces questions nous obligera cependant à limiter notre analyse aux décisions les plus marquantes. Nous évoquerons ensuite la jurisprudence de la Cour relative aux mauvais traitements [art. 3] dont peuvent être victimes les personnes homosexuelles – et en particulier la réaction des autorités face aux violences homophobes.

### §1. L'orientation sexuelle et la liberté d'expression

62. L'arrêt majeur rendu par la Cour EDH en matière de liberté d'expression – protégée par l'article 10 – dans le contexte de l'orientation sexuelle est l'arrêt *Bayev et autres c. Russie* (2017)<sup>268</sup>. Les requérants s'étaient vu infliger des amendes pour promotion de l'homosexualité dans le cadre des 'lois sur la propagande gay' qui interdisent de promouvoir les relations sexuelles non-traditionnelles auprès des mineurs, alors qu'ils manifestaient contre ces mêmes lois. La Cour a jugé qu'en raison du « caractère vague de la terminologie employée et leur champ d'application potentiellement illimité, ces dispositions risquent de donner lieu à des abus dans des cas

---

<sup>262</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, pp. 208-209.

<sup>263</sup> Cour eur. D.H., déc. *F. c. Royaume-Uni* du 22 juin 2004.

<sup>264</sup> Cour eur. D.H., déc. *I.I.N. c. Pays-Bas* du 9 décembre 2004.

<sup>265</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.K.N. c. Suède* du 27 juin 2013.

<sup>266</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, pp. 210-211 ; P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>267</sup> *Ibid.*, pp. 173-174.

<sup>268</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie* du 20 juin 2017. Voy. P. CANNOOT, « ECTHR finds Russia's gay propaganda law discriminatory in strong-worded judgment », *Strasbourg Observers*, 11 juillet 2017.

*individuels* » et a finalement conclu à une violation de l'article 10 et de l'article 14 combiné avec l'article 10<sup>269</sup>. Elle a également ajouté que ces lois « *accentuent la stigmatisation et les préjugés et encouragent l'homophobie, ce qui est incompatible avec les notions d'égalité, de pluralisme et de tolérance qui sont indissociables d'une société démocratique* »<sup>270</sup>.

Les justifications de la Russie n'ont pas réussi à démontrer que la liberté d'expression des personnes homosexuelles était de nature à affecter défavorablement les valeurs familiales traditionnelles<sup>271</sup>. En particulier, la Cour a rappelé qu'elle a « *toujours refusé d'avaliser des politiques et des décisions qui incarnent un préjugé de la part d'une majorité hétérosexuelle à l'encontre d'une minorité homosexuelle* » et que les attitudes négatives de la population ne sauraient à elles seules justifier de telles mesures<sup>272</sup>. Faisant référence à l'arrêt *Alekseyev* (*infra*, n°67), elle souligne « *qu'il existe en Europe un consensus manifeste pour reconnaître le droit des individus à se désigner ouvertement comme gays, lesbiens ou membres de toute autre minorité sexuelle et à militer pour leurs propres droits et libertés* »<sup>273</sup>.

**63.** Dans un contexte où certains abusent de la liberté d'expression pour attaquer et insulter les minorités sexuelles, la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 10 dans *Vejdeland et autres c. Suède* (2012)<sup>274</sup> où le requérant s'était vu condamner pour avoir distribué des tracts homophobes dans une école<sup>275</sup>. À l'inverse, une violation de l'article 10 a bien été établie dans l'arrêt *Macaté c. Lituanie* (2023)<sup>276</sup>. La décision des autorités lituanienes de limiter la diffusion d'un livre pour enfant représentant un mariage homosexuel, dans le but de « *limiter l'accès des enfants à des contenus représentant des relations homosexuelles comme essentiellement équivalentes aux relations hétérosexuelles, en qualifiant ces contenus de nuisibles* » ne poursuivait pas de but légitime selon la Cour<sup>277</sup>. Dans sa justification, la Grande Chambre s'est appuyée sur les conclusions de l'arrêt *Bayev* (*supra*), qu'elle a confirmées<sup>278</sup>.

---

<sup>269</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie*, précité, §83.

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 638.

<sup>272</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie*, précité, §68-71.

<sup>273</sup> *Ibid.*, §66.

<sup>274</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vejdeland et autres c. Suède* du 9 février 2012.

<sup>275</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 209. Des restrictions à la liberté d'expression dans le cadre de propos homophobes ont également été acceptées dans Cour eur. D.H., déc. *Lilliendhal c. Islande* du 12 mai 2020 ; Cour eur. D.H., arrêt *C8 (Canal 8) c. France* du 9 février 2023 ; et Cour eur. D.H., déc. *Lenis c. Grèce* du 27 juin 2023. Dans le dernier cas, la Cour a par ailleurs appliqué l'article 17 de la Convention interdisant l'abus de droit.

<sup>276</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Macaté c. Lituanie* du 23 janvier 2023. Voy. I. MILKAITE, « Open minds, open hearts: Macaté v. Lithuania on restricting and labelling a children's book that depicts same-sex families in a positive light », *Strasbourg Observers*, 31 mars 2023. Voy également, concernant un magazine relatif à la pornographie homosexuelle, Cour eur. D.H., arrêt *Kaos GL c. Turquie* du 22 novembre 2016.

<sup>277</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Macaté c. Lituanie*, précité, §217.

<sup>278</sup> *Ibid.*, §202.

64. Plusieurs affaires relatives à la liberté d'expression ont également été abordées sous l'angle de l'article 8 (mis en balance avec l'article 10), renforçant l'approche de l'orientation sexuelle par le biais de la vie privée<sup>279</sup>. L'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie* (2020)<sup>280</sup> concernait un couple de même sexe ayant posté une photo sur *Facebook* où tous deux s'embrassaient, entraînant de nombreux commentaires homophobes et violents. Les autorités avaient refusé d'enquêter et de poursuivre les auteurs des propos haineux et des menaces à l'intégrité physique, la population étant attachée aux valeurs familiales traditionnelles lithuaniennes<sup>281</sup>. La Cour EDH a *in fine* considéré que les requérants ont été victime de discrimination dans la protection de leur vie privée<sup>282</sup>, et a reconnu une violation des articles 14 et 8 combinés, ainsi que de l'article 13, pour refus de recours effectif<sup>283</sup>.

Cette décision insiste sur une obligation positive des États à garantir les droits protégés par la Convention par des dispositions effectives, et ce sans discrimination<sup>284</sup>. Dans les décisions subséquentes *Association ACCEPT et autres c. Roumanie* (2021)<sup>285</sup> et *Nepomnyashchiy et autres c. Russie* (2023)<sup>286</sup>, la Cour a établi que l'échec des autorités à réagir effectivement contre des propos homophobes tenus à l'encontre des requérants entraînait dans leur chef une violation des articles 14 et 8 combinés. Dans les deux cas, la Cour a précisé que ce n'est pas l'existence mais bien l'application défectueuse et discriminatoire de dispositions pénales à la situation en raison de leur orientation sexuelle qui entraînait une violation. Cette obligation positive issue de l'article 14 a également été mobilisée dans l'arrêt *Stoyanova c. Bulgarie* (2022)<sup>287</sup> relatif à un meurtre homophobe. Les autorités bulgares n'ont pas reconnu l'hostilité envers l'orientation sexuelle de la victime comme circonstance aggravante, entraînant une violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 (droit à la vie).

---

<sup>279</sup> Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Sousa Goucha c. Portugal* du 22 mars 2016.

<sup>280</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie* du 14 janvier 2020.

<sup>281</sup> *Ibid.*, §21.

<sup>282</sup> *Ibid.*, §129.

<sup>283</sup> P. HIRVELÄ et S. HEIKKILÄ, *op. cit.*, p. 154. Voy. également I. MILKAITE, « A picture of a same-sex kiss on Facebook wreaks havoc : Beizaras and Levickas v. Lithuania », *Strasbourg Observers*, 7 février 2020.

<sup>284</sup> D. VOORHOOF, « European Court of Human Rights : Beizaras and Levickas v. Lithuania », *IRIS*, 2020, pp. 9–11. La Cour EDH a d'ailleurs jugé que la Lituanie avait correctement appliqué les enseignements de *Beizaras* dans Cour eur. D.H., arrêt *Valaitis c. Lituanie* du 17 janvier 2023.

<sup>285</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Association ACCEPT et autres c. Roumanie* du 1<sup>er</sup> juin 2021, §§125-128.

<sup>286</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Nepomnyashchiy et autres c. Russie* du 30 mai 2023, §§80-85.

<sup>287</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Stoyanova c. Bulgarie* du 14 juin 2022, §§73-76.

## §2. L'orientation sexuelle et les libertés de réunion et d'association

65. L'article 11 de la Convention protège à la fois le droit à la liberté de réunion pacifique et le droit à la liberté d'association. Concernant la liberté d'association, la Cour EDH s'est prononcée dans l'arrêt *Zhdanov et autres c. Russie* (2019)<sup>288</sup> qui contestait le refus d'enregistrement de plusieurs associations pro-LGBT par les autorités russes. Considérant que l'objet des associations, qui était de promouvoir les droits LGBTQIA+, a été déterminant dans la décision des autorités russes, la Cour a reconnu une violation de l'article 11 et des articles 14 et 11 combinés<sup>289</sup>.

66. A propos de la liberté de réunion, de nombreuses affaires concernent l'organisation de rassemblements LGBTQIA+, avec en point de mire les *gay prides*. Deux questions doivent être abordées : en premier les interférences directes des autorités publiques visant à empêcher la tenue de tels rassemblements, et ensuite l'échec des autorités à assurer la protection des participants aux rassemblements – lorsqu'ils sont la cible de contre-manifestants violents<sup>290</sup>.

67. L'arrêt *Alekseyev c. Russie* (2010)<sup>291</sup> concernait les interdictions répétées des autorités publiques moscovites contre l'organisation de *gay prides*. Les motifs invoqués par les autorités étaient en premier lieu liés à la sécurité et à la défense de l'ordre et en second lieu à la 'propagande pour l'homosexualité' et la protection de la morale. Concernant la sécurité, la Cour a estimé que les autorités n'ont pas procédé à un examen adéquat, et que cela ne nécessitait pas une interdiction totale. Il s'agissait, en outre, d'une considération secondaire pour les autorités russes<sup>292</sup>. L'élément déterminant était la protection de la morale, mais ce n'était pas de nature, selon la Cour, à justifier l'interdiction des rassemblements<sup>293</sup> dont l'objet « *était de promouvoir le respect des droits de l'homme et des libertés et d'appeler à la tolérance envers les minorités sexuelles*<sup>294</sup> ». Au terme de son analyse, la Cour a établi une violation des articles 11, 13 et 11 combinés, ainsi que 14 et 11 combinés<sup>295</sup>.

Pour justifier l'interdiction, le Gouvernement russe a revendiqué une large marge d'appréciation, en l'absence de consensus européen sur le traitement des minorités sexuelles. Toutefois, pour la Cour, « *le fait de reconnaître aux personnes homosexuelles des droits matériels est fondamentalement différent du fait de leur reconnaître la liberté de militer pour ces droits. Il*

---

<sup>288</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Zhdanov et autres c. Russie* du 16 juillet 2019.

<sup>289</sup> *Ibid.*, §§164-165 ; 180-183.

<sup>290</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 184.

<sup>291</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010.

<sup>292</sup> *Ibid.*, §77.

<sup>293</sup> *Ibid.*, §§78-80 ; P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 189.

<sup>294</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie*, précité, §82.

<sup>295</sup> Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Genderdoc-M c. Moldavie* du 12 juin 2012 et Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev et autres c. Russie* du 27 novembre 2018.

*n'existe aucune ambiguïté quant au fait que les autres États 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*<sup>296</sup> ». Il n'est pas, non plus, recevable pour la Cour de vouloir restreindre l'homosexualité à la sphère privée, en la soustrayant du débat public<sup>297</sup>.

**68.** Précédemment à *Alekseyev*, la Cour s'était déjà prononcée sur une question similaire dans *Bączkowski et autres c. Pologne* (2007)<sup>298</sup> mais s'était limitée à apprécier l'interdiction du rassemblement d'un point de vue purement légal<sup>299</sup>. Dans *Alekseyev*, la Cour n'a pas examiné la légalité et le but de l'interdiction de la mesure, mais a directement établi qu'elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique<sup>300</sup>. Enfin, dans *Lashmankin et autres c. Russie* (2017)<sup>301</sup>, la Cour a également reconnu la Russie coupable de violations de l'article 11 lorsque les autorités imposaient des changements non-justifiés de lieu, de temps et de mode de rassemblement – notamment lors de manifestations organisées par des associations LGBTQIA+<sup>302</sup>.

**69.** Comme la Cour l'a également rappelé dans *Lashmankin*, il revient également à l'État de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour s'assurer que les rassemblements se déroulent de manière pacifique, et que les manifestants ne fassent pas l'objet de violences<sup>303</sup>. Il s'agit d'une obligation positive qui repose sur les États afin de garantir de manière effective la liberté de réunion<sup>304</sup>. Cette obligation a été abordée dans l'arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* (2015)<sup>305</sup> où les autorités géorgiennes n'ont pas agi adéquatement pour contenir des contre-manifestants homophobes et violents lors d'un rassemblement en l'honneur de la Journée mondiale contre l'homophobie. Les autorités ont tardé à intervenir, entraînant une violation de l'article 14 combiné avec l'article 11. Dans son jugement, la Cour précise que les autorités auraient dû anticiper de tels débordements – compte tenu de l'opinion publique géorgienne – en prenant publiquement position pour le respect de la manifestation et en prévoyant un meilleur dispositif

---

<sup>296</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie*, précité, §84.

<sup>297</sup> *Ibid.*, §86.

<sup>298</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007.

<sup>299</sup> P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 187.

<sup>300</sup> *Ibid.* ; Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie*, précité, §69.

<sup>301</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie* du 7 février 2017.

<sup>302</sup> *Ibid.*, §§407-409.

<sup>303</sup> *Ibid.*, §425.

<sup>304</sup> Voy. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 686.

<sup>305</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Association ACCEPT et autres c. Roumanie*, précité.

policier<sup>306</sup>. La Cour est parvenue à une conclusion similaire dans *Berkman c. Russie* (2020)<sup>307</sup>, en précisant que les manifestants appartenaient à une minorité vulnérable, stigmatisée en Russie, ce qui entraînait une obligation de protection d'autant plus forte<sup>308</sup>.

### §3. Les violences homophobes constitutives de mauvais traitement

70. Dans une jurisprudence autrement plus consensuelle, la Cour EDH s'est prononcée à plusieurs reprises sur des violations de l'article 3 – à la fois dans son aspect matériel et son aspect procédural – prohibant la torture et les traitements inhumains ou dégradants dans le cadre de comportements homophobes. Dans l'arrêt *Romanov et autres c. Russie* (2023)<sup>309</sup>, la Cour a notamment conclu que l'échec des autorités russes à protéger efficacement les requérants contre des agressions homophobes constituait un manquement à l'article 3 combiné avec l'article 14<sup>310</sup>. *Romanov* visait notamment des cas de violences homophobes, constituant une violation de l'article 3, dans le cadre de manifestations dont la protection n'avait pas été adéquatement assurée par les autorités<sup>311</sup>. Des violations similaires ont été constatées dans l'arrêt *Identoba* (n°69)<sup>312</sup>.

71. Dans *Lapunov c. Russie* (2023)<sup>313</sup>, la Cour a même reconnu une violation de l'article 3 pour des faits de torture commis par les autorités tchéchènes envers le requérant, en raison de son orientation sexuelle<sup>314</sup>. L'arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie* (2020)<sup>315</sup>, concernant un cas de violence policière, a également permis à la Cour de préciser que l'article 3 ne s'appliquait pas uniquement à la violence physique mais aussi à la violence psychologique, dans la mesure où cette dernière « *causes in its victim feelings of fear, anguish and inferiority, if it humiliates or debases an individual [...] or if it shows a lack of respect for, or diminishes, human dignity* »<sup>316</sup>.

72. Dans l'ensemble des arrêts précités, ainsi que dans les arrêts *M.C. et C.A. c. Roumanie* (2016)<sup>317</sup>, *Sabalić c. Croatie* (2021)<sup>318</sup> et *Oganezova c. Arménie* (2022)<sup>319</sup>, la Cour EDH a reconnu une violation de l'article 3 dans son volet procédural, combiné avec l'article 14, en ce que les

---

<sup>306</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie*, précité, §§99-100 ; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES et C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 687.

<sup>307</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Berkman c. Russie* du 1<sup>er</sup> décembre 2020.

<sup>308</sup> *Ibid.*, §55.

<sup>309</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Romanov et autres c. Russie* du 12 septembre 2023.

<sup>310</sup> *Ibid.*, §72.

<sup>311</sup> *Ibid.*, §68.

<sup>312</sup> *Ibid.*, §§70-71.

<sup>313</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Lapunov c. Russie* du 12 septembre 2023.

<sup>314</sup> *Ibid.*, §§110 ; 119-121.

<sup>315</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie* du 8 octobre 2020.

<sup>316</sup> *Ibid.*, §42.

<sup>317</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.C. et C.A. c. Roumanie* du 12 avril 2016.

<sup>318</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Sabalić c. Croatie* du 14 janvier 2021. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Beus c. Croatie* du 21 mars 2023.

<sup>319</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Oganezova c. Arménie* du 17 mai 2022.

autorités n'avaient pas mené d'enquête effective sur les mauvais traitements allégués. En particulier, dans *Aghdgomelashvili*, la Cour a établi que traiter des cas de violences motivés par un motif discriminatoire de la même manière que des cas de violences où un tel motif est absent constitue une violation de l'article 14 de la Convention<sup>320</sup>. Il en ressort que le caractère homophobe du mauvais traitement doit être pris en compte par les autorités dans le traitement de la situation.

**73.** L'article 3 est également mobilisé par la Cour dans le contexte de l'immigration, l'orientation sexuelle pouvant être un motif de non-refoulement en cas de risque de mauvais traitement. Nous n'approfondirons pas cette situation très spécifique, mais notons toutefois que la Cour EDH a reconnu pour la première fois une violation de l'article 3 dans l'arrêt *B. et C. c. Suisse* (2020)<sup>321</sup>. Le requérant, menacé de déportation vers la Gambie, aurait en effet été à risque de subir des traitements inhumains ou dégradants si son orientation sexuelle était découverte<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*, précité, §44.

<sup>321</sup> Cour eur. D.H., arrêt *B. et C. c. Suisse* du 17 novembre 2020.

<sup>322</sup> *Ibid.*, §§58-63.

## CHAPITRE 3. LES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE DANS L'UNION EUROPÉENNE

74. La protection des droits liés à l'orientation sexuelle au sein de l'Union européenne se fait sous le prisme de la non-discrimination. La politique de lutte contre les discriminations est mise en œuvre par l'article 19 du TFUE (anciennement art. 13 TCE) qui donne à l'Union européenne la compétence de combattre les discriminations, notamment sur le fondement de l'orientation sexuelle<sup>323</sup>. L'article 10 du TFUE prévoit également que l'Union européenne cherche à lutter contre les discriminations dans la mise en œuvre de ses politiques. Ces deux articles se limitent toutefois à permettre l'action des institutions et n'ont pas d'effet direct pour les particuliers, qui ne peuvent pas s'en prévaloir<sup>324</sup>. Par ailleurs, un principe général de non-discrimination, reconnu par la CJUE, peut être dégagé du droit de l'Union européenne<sup>325</sup>.

Certains instruments juridiques ont également été adoptés, au premier plan desquels se trouve la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Directive 2000/78/CE. Grâce à la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit de ses États membres et à l'effet direct de certains instruments, l'Union européenne joue un rôle important pour la protection des droits des personnes LGB<sup>326</sup>. Même si son rôle reste plus marginal que celui de la Cour EDH, la CJUE a développé une jurisprudence intéressante et audacieuse. Nous examinerons en premier lieu le cadre législatif et la jurisprudence de la CJUE lorsque les discriminations ont lieu sur le lieu de travail (**Section 1**), pour ensuite aborder l'impact du droit de l'Union lorsque les discriminations ont lieu en dehors du lieu de travail (**Section 2**).

---

<sup>323</sup> H. MEENAN, *Equality Law in an enlarged European Union : Understanding Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 316 ; D. SCHIEK et V. CHEGE, *European Union non-discrimination law : comparative perspectives on multidimensional equality law*, Londres, Routledge, 2009, p. 33.

<sup>324</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE : La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, coll. droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 41.

<sup>325</sup> N. FOSTER, *Foster on EU Law*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 109 ; K. SHORAKA, *Human Rights and Minority in the European Union*, Abingdon, Routledge, 2010, p. 125.

<sup>326</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 203.

## Section 1. La protection contre les discriminations sur le lieu de travail

Dans un premier temps, nous aborderons le cadre législatif interdisant les discriminations sur le lieu de travail (§1), avant d'étudier la jurisprudence de la CJUE en la matière, en traitant d'abord de la rémunération et des avantages sociaux (§2) et ensuite du recrutement (§3).

### §1. Le cadre législatif européen

75. La Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>327</sup> – ci-après 'FED'<sup>328</sup> – a été adoptée en application de l'article 19 du TFUE. Elle interdit la discrimination directe et indirecte pour des motifs religieux, de croyance, d'invalidité, d'âge, et d'orientation sexuelle dans les domaines du travail et de l'emploi [art. 1]<sup>329</sup>. Cette Directive vise à établir un principe d'égalité de traitement minimum des individus dans tous les États membres<sup>330</sup> – qui doivent la transposer au sein de leur ordre juridique national<sup>331</sup>. Les États sont toutefois encouragés à développer davantage de mesures de protection, et à tout le moins de maintenir les législations plus avantageuses éventuellement en vigueur [art. 7 et art. 8].

La FED met en place une interdiction générale de discrimination sur le lieu de travail mais prévoit tout de même plusieurs exceptions<sup>332</sup>. Une discrimination peut être justifiée par une mesure d'ordre public [art. 2 (5)], ou lorsque la nécessité du travail l'impose, en raison de sa nature ou des conditions de son exercice. La discrimination doit néanmoins être justifiée et proportionnée [art. 4 (1)]. Concernant la charge de la preuve, s'il revient à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination<sup>333</sup>, il appartient dans certains cas à la partie demanderesse de prouver son orientation sexuelle<sup>334</sup> – notamment en cas de discrimination par supposition<sup>335</sup> –, ce qui pourrait être critiquable quant au respect de la vie privée<sup>336</sup>.

---

<sup>327</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, 2 décembre 2000, L 303, pp. 16 à 22.

<sup>328</sup> Pour « *Framework Equality Directive* ».

<sup>329</sup> La Directive 2000/78/CE complète la Directive 2000/43/CE prohibant les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique.

<sup>330</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (sous la dir. de U. BELAVUSAU et K. HENRARD), Oxford, HART, 2019, p. 235.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> Voy. M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 114.

<sup>333</sup> L. PAPADOPOULOU, « Sexual Orientation and Gender Identity Law in the European Union and its Court of Justice », in *The Oxford Handbook of International LGBTI Law* (sous la dir. de A. ZIEGLER, M. FREMUTH et B. HERNÁNDEZ-TRUYOL), Oxford, Oxford University Press, 2024 (à paraître), p. 16.

<sup>334</sup> Directive 2000/78/CE, précitée, considérant 31.

<sup>335</sup> Voy. arrêt *Asociația Accept*, *infra* n°82.

<sup>336</sup> M. BELL, *op. cit.*, p. 114 ; E. ELLIS et P. WATSON, *op. cit.*, p. 42.

76. Par ailleurs, la notion d'orientation sexuelle n'est pas définie dans la Directive et sa portée est laissée à l'appréciation de la CJUE<sup>337</sup>. Il a également été établi par la Cour, notamment dans les arrêts *Grant* (1998)<sup>338</sup> et *P D et Suède* (2001)<sup>339</sup> que l'orientation sexuelle n'était pas, en droit de l'Union, protégée par l'interdiction de discrimination sur base du sexe<sup>340</sup>. L'affaire *Grant* concernait le refus d'octroyer des réductions à la compagne d'une employée des chemins de fer anglais, alors qu'il était coutume d'octroyer de telles réductions aux compagnes de ses collègues masculins.

## §2. La rémunération et les avantages sociaux

77. L'arrêt *Maruko* (2008)<sup>341</sup> a été l'occasion pour la CJUE de se prononcer pour la première fois sur un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, en application de la FED<sup>342</sup>. Le requérant contestait le refus de lui verser une pension de survie à la suite du décès de son compagnon, sur le motif que la pension était réservée aux couples mariés et ne s'appliquait pas aux unions civiles alors reconnues en Allemagne<sup>343</sup>. Or, le mariage n'étant pas accessible aux couples de même sexe, la CJUE a reconnu un cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle<sup>344</sup>. L'élément déterminant était que l'Allemagne reconnaissait l'union civile pour les couples homosexuels comme équivalente au mariage dans l'accès à certains avantages sociaux. C'est donc uniquement dans l'affirmative, si un État fait le choix de reconnaître les deux institutions comme équivalentes mais qu'il les traite différemment, qu'il y a un cas de discrimination sur base de l'orientation sexuelle<sup>345</sup>.

Si le jugement a été critiqué car la CJUE laisse une entière marge de manœuvre aux États membres sur la reconnaissance des couples de même sexe – ce qui relève de leur compétence –, la reconnaissance d'une discrimination directe rend une différence de traitement ultérieure plus difficile à justifier<sup>346</sup>. La CJUE a par ailleurs suivi une approche identique dans *Römer* (2011)<sup>347</sup> où elle a considéré que le versement de pensions de retraites complémentaires différentes selon

---

<sup>337</sup> H. MEENAN, *op. cit.*, p. 320.

<sup>338</sup> CJUE, arrêt *Grant/South-West Trains* du 17 février 1998, C-249/96.

<sup>339</sup> CJUE, arrêt *P D et Suède/Conseil* du 31 mai 2001, C-122/99 et C-129/99 ; J. MULDER, *op. cit.*, p. 49.

<sup>340</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 233.

<sup>341</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* du 1<sup>er</sup> avril 2008, C-267/06.

<sup>342</sup> C. O'CINNEIDE, « The Constitutionalization of Equality Within the EU Legal Order: Sexual Orientation as a testing ground », *M.J.*, 2015, p. 387.

<sup>343</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, précité, points 21-22.

<sup>344</sup> *Ibid.*, point 80 (1).

<sup>345</sup> *Ibid.*, point 80 (2).

<sup>346</sup> A. TRYFONIDOU, « Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity », in *General Principles of Law : European and Comparative Perspectives* (sous la dir. de S. VOGENAUER et S. WEATHERILL), Oxford, Hart, 2017, pp. 382-383.

<sup>347</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg* du 10 mai 2011, C-147/08

que le prestataire soit marié ou dans une union civile homosexuelle était discriminatoire, les deux institutions étant considérées comme juridiquement équivalentes et comme plaçant les époux dans des situations similaires<sup>348</sup>.

**78.** Dans le jugement *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime* (2013)<sup>349</sup>, la CJUE a évalué elle-même si le PACS français équivalait au mariage, plutôt que de s'en remettre aux juridictions nationales comme dans *Maruko* et *Römer*<sup>350</sup>. En concluant par l'affirmative, elle a considéré que pour les questions de rémunération et de conditions de travail, les couples de même sexe *pacsés* se trouvaient dans une situation similaire aux couples mariés. Le non-paiement de bénéfices – relatifs à la situation familiale – à un couple homosexuel constitue donc une discrimination directe. Les arguments selon lesquels le PACS est également accessible aux couples hétérosexuels et ne prévoit pas des droits et obligations aussi étendus que le mariage n'ont pas été jugés pertinents par la CJUE<sup>351</sup>.

**79.** Ces trois arrêts sont intéressants en ce qu'ils touchent à la question de la reconnaissance légale des couples de même sexe, qui est une compétence souveraine des États et dans laquelle l'Union européenne ne peut pas intervenir<sup>352</sup>. Cependant, la CJUE parvient, sans prendre position, à s'immiscer dans cette compétence nationale en rattachant systématiquement le litige à la question de l'emploi, via les notions de rémunération et de bénéfices sociaux, afin de le faire rentrer dans le champ de la FED<sup>353</sup>.

**80.** Toutefois, ces décisions concernent des États où il existe déjà une forme de reconnaissance légale des couples de même sexe. Un même raisonnement ne pourrait pas être appliqué dans un État qui n'offre aucun cadre juridique aux couples homosexuels<sup>354</sup>. En effet, la CJUE adopte une position très prudente lorsqu'il s'agit d'unions de personnes de même sexe. Dans l'arrêt *Parris* (2016)<sup>355</sup>, la CJUE a conclu que « *les États membres sont ainsi libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes du même sexe ou une forme alternative de reconnaissance légale de leur relation, ainsi que, le cas échéant, de prévoir la date à partir de laquelle un tel mariage ou une telle forme alternative produira ses effets* »<sup>356</sup>.

---

<sup>348</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, précité, point 67 ; C. O'CINNEIDE, *op. cit.*, p. 387.

<sup>349</sup> CJUE, arrêt *Hay/Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* du 12 décembre 2013, C-267/12.

<sup>350</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 239.

<sup>351</sup> C. O'CINNEIDE, *op. cit.*, p. 388 ; L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 23.

<sup>352</sup> A. TRYFONIDOU, « The Léger Ruling as Another Example of the ECJ's Disappointingly Reticent Approach to the Protection of the Rights of LGB Persons under EU Law », *E.L.Rev.*, 2016, p. 101.

<sup>353</sup> C. BUGNON, *op. cit.*, p. 52.

<sup>354</sup> C. O'CINNEIDE, *op. cit.*, p. 388.

<sup>355</sup> CJUE, arrêt *David L. Parris/Trinity College Dublin et autres* du 24 novembre 2016, C-443/15.

<sup>356</sup> *Ibid.*, point 59.

M. Parris s'était vu refuser une pension de survie au décès de son compagnon, à laquelle il pouvait prétendre s'il constituait une union civile avant l'âge de 60 ans. La législation irlandaise n'a toutefois autorisé les unions civiles pour les couples de même sexe qu'à partir de 2011, soit après les 60 ans de M. Parris<sup>357</sup>. Cependant, la Cour n'a pas établi de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou sur l'âge car le droit de l'Union n'entraînait aucune obligation pour l'Irlande de prévoir une union civile pour les couples de même sexe avant 2011<sup>358</sup> – au contraire de l'Avocat Général pour qui il s'agissait d'une discrimination indirecte<sup>359</sup>. Une autre conclusion aurait *in fine* amené la CJUE à imposer aux États de reconnaître les bénéfices du mariage à tous les couples de même sexe incapables de contracter une union légale, s'exposant ainsi aux critiques et aux réticences de certains<sup>360</sup>.

81. Notons également que dans le jugement *E.B. c. BVA* (2019)<sup>361</sup>, la CJUE a considéré qu'une différence de traitement subie par un policier homosexuel dans une décision disciplinaire de renvoi en 1975, et qui a eu des conséquences dans le calcul de sa pension en 2008 – soit après l'entrée en vigueur de la FED –, pouvait constituer une discrimination directe sur le fondement de l'orientation sexuelle. Les juridictions autrichiennes ont donc dû déterminer le montant de la pension allouée dans la situation où le policier n'avait pas été victime de discrimination lors de son renvoi<sup>362</sup>.

### §3. L'accès au travail et le recrutement

82. D'autres arrêts ont néanmoins permis à la CJUE d'étendre le champ d'application de la FED. Dans le domaine de la discrimination à l'embauche, la Cour s'est prononcée dans *Asociația Accept* (2013)<sup>363</sup>, arrêt qui a permis d'augmenter sensiblement la protection offerte aux personnes LGB<sup>364</sup>. L'ONG *Accept* reprochait aux autorités roumaines de ne pas avoir agi adéquatement contre le dirigeant d'un club de football après qu'il eut publiquement exclu d'engager un joueur qu'il pensait gay<sup>365</sup> – des propos constitutifs de discrimination.

---

<sup>357</sup> CJUE, arrêt *David L. Parris/Trinity College Dublin et autres*, précité, points 15 à 27.

<sup>358</sup> *Ibid.*, point 83.

<sup>359</sup> Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. CJUE, arrêt *David L. Parris/Trinity College Dublin et autres* du 24 novembre 2016, C-443/15.

<sup>360</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 25.

<sup>361</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *E.B./Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA* du 15 janvier 2019, C-258/17.

<sup>362</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>363</sup> CJUE, arrêt *Asociația Accept/Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* du 25 avril 2013, C-81/12.

<sup>364</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 238.

<sup>365</sup> U. BELAVUSAU, « A penalty card for homophobia from EU non-discrimination law : comment on *Asociația Accept* (C-81/12) », *Col. J. Eur. L.*, 2015, pp. 356-359, 368.

Ce jugement est révolutionnaire à deux égards. *Primo*, la Cour a considéré l'ONG compétente pour agir<sup>366</sup> sans qu'elle doive identifier nommément la personne victime de la discrimination, permettant aux personnes victimes de discrimination d'agir à travers des associations sans avoir à subir les effets négatifs liés à la publicité du jugement<sup>367</sup>. Cela indique également la volonté de ne pas limiter l'analyse de la discrimination « *to a consideration of whether a specific person has been discriminated against in comparison to another person in similar circumstances at a particular instance* »<sup>368</sup>. *Secundo*, le champ d'application de la FED a été étendu aux cas de discrimination par supposition<sup>369</sup>. Dans le cas présent, le doute planait sur l'orientation sexuelle du joueur et le refus était basé sur des rumeurs. Il s'est par la suite déclaré hétérosexuel, mais la CJUE a maintenu la discrimination, les propos du dirigeant ayant été tenus<sup>370</sup>.

83. Une seconde décision, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* (2020)<sup>371</sup> a confirmé les enseignements de *Associația Accept*. Un avocat avait tenu des propos homophobes dans une émission radio, en indiquant qu'il ne voudrait jamais engager ou collaborer avec un avocat homosexuel dans son cabinet. Une association d'avocats ayant pour but de promouvoir les droits des personnes LGBTQIA+ avait saisi les autorités, amenant *in fine* la Cour de cassation italienne à saisir la CJUE par question préjudicielle sur la portée de la FED<sup>372</sup>. La CJUE a confirmé que l'association était compétente pour agir en vertu du droit européen, simplement par le fait de son objet<sup>373</sup>, et qu'il s'agissait de discrimination à l'emploi en vertu de l'article 3 de la Directive. Le fait qu'aucune procédure de recrutement ne soit en cours dans le cabinet en question ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une discrimination<sup>374</sup>.

Ce jugement confirme que les propos homophobes relèvent bien du champ d'application de la FED, tout en ne requérant pas aux personnes directement victimes de la discrimination de se présenter devant la Cour, afin d'assurer une protection adéquate<sup>375</sup>. L'on peut toutefois s'interroger sur la mise en balance effectuée par la Cour entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la non-discrimination. Pour A. TRYFONIDOU, même si la CJUE a reconnu que l'ingérence

---

<sup>366</sup> La Cour a adopté le même raisonnement que dans l'arrêt *Feryn*, un cas de discrimination raciale. Voy. CJUE, arrêt *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma Feryn NV* du 10 juillet 2008, C-54/07.

<sup>367</sup> U. BELAVUSAU, *op. cit.*, pp. 369-370 ; H. MEENAN, *op. cit.*, p. 339. ; A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 239. Voy. dans le même sens l'arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie* (n°64).

<sup>368</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 239.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>370</sup> Pour un compte rendu détaillé des faits et des propos tenus, voy. U. BELAVUSAU, *op. cit.*

<sup>371</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* du 23 avril 2020, C-507/18, point 27.

<sup>372</sup> *Ibid.*, point 18.

<sup>373</sup> *Ibid.*, point 66 (2).

<sup>374</sup> *Ibid.*, point 66 (1) ; L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 28.

<sup>375</sup> A. TRYFONIDOU, « Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford: homophobic speech and EU anti-discrimination law », *M.J.*, p. 518.

dans la liberté d'expression de l'avocat était justifiée, cela ne va pas assez loin. Rappelant le jugement *Vejdeland* (n°63) de la Cour EDH, il ne devrait y avoir aucune tolérance pour les discours haineux – en ce compris homophobes – dans une société démocratique, même sous couvert de la liberté d'expression. Il conviendrait que les discours homophobes soient donc exclus de la protection de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux afin d'éviter cette mise en balance des intérêts<sup>376</sup>.

**84.** Enfin, la CJUE a également étendu la protection de FED aux travailleurs indépendants dans *J.K. c. TP S.A.* (2023)<sup>377</sup>. Dans le cas d'espèce, un travailleur indépendant avait conclu une série de contrats de courte durée avec une entreprise de télévision publique polonaise. Toutefois, ses prestations ont été suspendues après qu'il eut publié une vidéo de soutien aux couples de même sexe sur *YouTube*, et il n'a plus jamais été réengagé malgré des évaluations positives<sup>378</sup>. La CJUE a considéré que le travail indépendant tombait dans le champ d'application de la FED, s'il s'agissait d'une réelle occupation professionnelle et pas simplement de la fourniture de biens ou de service – le dernier n'étant pas couvert par la Directive. La conclusion (ou son refus) et l'exécution de nouveaux contrats sont aussi protégées contre la discrimination<sup>379</sup>. Si la Cour s'en remet à la juridiction nationale pour juger le cas d'espèce, elle précise que refuser un contrat à un travailleur indépendant sur le fondement de son orientation sexuelle est prohibé par la Directive<sup>380</sup>.

## **Section 2. La protection contre les discriminations en-dehors du lieu de travail**

Lorsque l'on sort du champ d'application de la FED, la CDFUE s'impose comme le principal instrument à disposition des personnes homosexuelles (§1). Une nouvelle directive, qui vise à étendre la protection contre les discriminations, est néanmoins en discussion au Conseil (§2).

### **§1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

**85.** Dans un objectif de voir les droits fondamentaux européens plus accessibles et lisibles, les États membres ont adoptés la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>381</sup>. Si initialement elle n'avait aucune valeur juridique contraignante, elle a acquis la même valeur que

---

<sup>376</sup> A. TRYFONIDOU, « Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI... », *op. cit.*, pp. 519-520.

<sup>377</sup> CJUE, arrêt *J.K./TP S.A.* du 12 janvier 2023, C-356/21.

<sup>378</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 29.

<sup>379</sup> Pour une analyse détaillée, voy. A. ALOISI, « J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift? », *Industrial Law Journal*, 2023, pp. 977-996.

<sup>380</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 30.

<sup>381</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202. Voy. E. ELLIS et P. WATSON, *op. cit.*, p. 117.

les traités après la modification de l'article 6 (1) du TUE, par le Traité de Lisbonne en 2009<sup>382</sup>. Depuis lors, son caractère obligatoire permet aux citoyens européens de s'en prévaloir devant la CJUE lorsque leurs droits fondamentaux sont menacés, en cas de manquement du droit européen ou des droits nationaux implémentant le droit européen<sup>383</sup>.

Bien que la CDFUE ne peut s'appliquer que dans les domaines de compétences de l'Union européenne [art. 6 (1) TUE], la CJUE interprète l'article 51 de la Charte de manière large afin d'appliquer le droit à la non-discrimination dès que la situation touche au droit européen et de pallier le champ d'application restreint de la FED<sup>384</sup>. Concernant les personnes LGB, ce sont d'ailleurs les articles 20 – consacrant l'égalité – et 21 – consacrant la non-discrimination – qui peuvent s'avérer les plus protecteurs en établissant l'interdiction de la discrimination sur base de l'orientation sexuelle. L'article 21 combiné à d'autres articles permet également d'appliquer la non-discrimination à des domaines qui ne sont pas propres au droit européen, comme en le combinant avec le respect de la vie familiale à travers les articles 7 et 9.

**86.** La CJUE a appliqué la CDFUE dans l'affaire *Léger* (2015)<sup>385</sup>. Les faits concernent la législation française qui interdisait aux hommes ayant eu une relation sexuelle homosexuelle de réaliser un don de sang. La Cour a reconnu qu'une telle interdiction « *pourrait* » constituer une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle en violation de l'article 21 de la CDFUE. Il revenait cependant aux juridictions françaises de déterminer si l'interdiction pouvait être justifiée sur base de l'article 52, la CJUE n'ayant pas tranché sur le fond<sup>386</sup>.

Si cet arrêt montre à quel point la CJUE applique le droit européen dans de nombreux domaines, il n'est pas absent de critiques<sup>387</sup>. La Cour n'a pas tranché afin de laisser aux États la liberté de légiférer sur les questions de sexualité, qui demeurent sensibles, alors qu'elle aurait valablement pu juger que cette mesure était discriminatoire et ne pouvait en aucun cas être justifiée par des questions de santé publique et de moralité. D'autant que l'interdiction s'avère être moins basée sur des faits médicaux que sur des préjugés homophobes, les hommes hétérosexuels et les femmes pouvant tout autant avoir un comportement sexuel à risque. Il n'existe en effet aucune justification

---

<sup>382</sup> C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 7.

<sup>383</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 243 ; R. WINTEMUTE, « European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation », in *Same-Sex Relationships and Beyond : Gender Matters in the EU* (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS), 3<sup>e</sup> ed., Cambridge, Intersentia, 2017, p. 189.

<sup>384</sup> J. MULDER, *op. cit.*, p. 2.

<sup>385</sup> CJUE, arrêt *Léger/Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits de femmes et Établissement français du sang* du 29 avril 2015, C-528/13.

<sup>386</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 245.

<sup>387</sup> C. O'CONNOR, *op. cit.*, pp. 389-391.

médicale pour exclure – à vie – tous les hommes ayant eu une relation sexuelle avec un homme du don de sang, et non d'autres personnes, alors que les progrès scientifiques permettent des analyses sanguines précises<sup>388</sup>.

87. Concernant la reconnaissance des couples de même sexe, l'Union européenne ne peut rien imposer aux États membres, qui sont compétents. Cependant, lorsqu'ils légifèrent dans ce domaine, ils doivent respecter le droit européen<sup>389</sup>. Dans l'affaire *Coman* (2018)<sup>390</sup> qui concernait un couple de même sexe, la CJUE a tenu un raisonnement strictement basé sur la libre circulation. Les faits concernaient un citoyen roumain, M. Coman, qui s'était marié en Belgique avec son compagnon américain, M. Hamilton. Toutefois, ce dernier s'est vu refuser le droit de résidence en Roumanie, le mariage y étant réservé aux couples de sexe opposé<sup>391</sup>.

La Directive 2004/38/CE<sup>392</sup> prévoit le droit, pour un citoyen européen, d'être accompagné par les membres de sa famille proche quelle que soit leur nationalité lorsqu'il se déplace ou séjourne dans un pays de l'Union européenne. Se posait dès lors la question de savoir si le terme « conjoint » de la Directive, interprétée à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la CDFUE, devait être compris comme incluant le conjoint de même sexe. La CJUE a répondu par l'affirmative, en indiquant qu'il s'agit d'un terme neutre au niveau du genre<sup>393</sup>. Si la Cour a précisé que la Directive 2004/38 ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce – puisque M. Coman demandait le regroupement familial dans son propre pays –, l'article 21 du TFUE qui reconnaît le droit à la libre circulation pouvait s'appliquer de manière analogue, en ce compris pour la protection familiale.

Ainsi, un État ne peut pas s'opposer à la réunification familiale d'un couple de même sexe, légalement marié dans un autre État membre, sans faire obstacle à la liberté de mouvement. Les États sont donc tenus de reconnaître les mariages de même sexe valablement conclus dans un autre État, à tout le moins pour ce qui relève du regroupement familial – ce qui ne requiert pas de prévoir la reconnaissance des couples de même sexe dans son ordre juridique interne<sup>394</sup>. La CJUE précise également que refuser le regroupement familial dans de telles circonstances serait de toute

---

<sup>388</sup> C. O'CINNEIDE, *op. cit.*, p. 390 ; L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 31 ; A. TRYFONIDOU, « The Léger Ruling... », *op. cit.*, p. 101 ; A. TRYFONIDOU, « Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation... », *op. cit.*, p. 391.

<sup>389</sup> A. TRYFONIDOU, « The parenting rights of same-sex couples... », *op. cit.*, p. 189.

<sup>390</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne* du 5 juin 2018, C-673/16.

<sup>391</sup> A. TRYFONIDOU, « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: The Coman ruling », *E.L.Rev.*, 2019, pp. 664-665.

<sup>392</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.U.E.*, 30 avril 2004, L 158, pp. 77 à 123.

<sup>393</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, pp. 39-44 ; A. TRYFONIDOU, « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely... », *op. cit.*, pp. 664-665.

<sup>394</sup> *Ibid.* ; M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 602.

façon contraire à l'article 7 de la CDFUE reconnaissant le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>395</sup>. Rappelant la jurisprudence de la Cour EDH, la CJUE précise que « *la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de 'vie privée' ainsi que de celle de 'vie familiale' au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation* »<sup>396</sup>.

**88.** Dans *Coman*, la CJUE ne fait que statuer sur la libre circulation et ne se prononce pas sur le statut du mariage homosexuel au sein des États. Le droit de l'Union ne peut offrir qu'une protection dans un champ limité, à savoir celui de ses compétences<sup>397</sup>. Certains citoyens européens pourraient ainsi se retrouver confrontés à des discriminations plus ou moins importantes selon l'État où ils se trouvent, dès que le droit européen ne trouve plus à s'appliquer<sup>398</sup>. Reste à voir dans quelle mesure la jurisprudence peut encore évoluer, afin d'éventuellement étendre les garanties limitées reconnues dans *Coman*<sup>399</sup>. La CJUE a par ailleurs été saisie en novembre 2023 d'une question préjudicielle sur la compatibilité du refus des autorités polonaises de reconnaître le mariage contracté par un couple de même sexe dans un autre État membre avec les articles 20 et 21 du TFUE lus à la lumière des articles 7 et 21 de la CDFUE ainsi qu'avec la Directive 2004/38. Les requérants – un citoyen polonais et un citoyen européen – arguent que ce refus les empêche d'exercer leur liberté de circulation sous le statut de couple et sous un nom commun<sup>400</sup>.

**89.** Enfin, en ce qui concerne le droit à la parentalité des couples de même sexe, la Cour ne s'est pas encore prononcée, et l'on peut supposer qu'elle n'interviendra pas – tout comme pour le mariage – dans la compétence nationale des États en la matière. Cependant, en application de la libre circulation, deux affaires présentant un lien de connexité ont été rendues, *Pancharevo*<sup>401</sup> et *Rzecznik Praw Obywatelskich*<sup>402</sup>. Elles concernent le refus des autorités bulgares et polonaises de reconnaître le certificat de naissance, établi en Espagne, d'un enfant doté de deux mères. La reconnaissance du certificat de naissance est toutefois un prérequis à la délivrance d'un passeport, ce qui, en l'espèce, empêche l'enfant de jouir de son droit à la libre circulation. En application des articles 20 et 21 du TFUE lus à la lumière des articles 7, 24 et 45 de la CDFUE, ainsi que de la

---

<sup>395</sup> A. TRYFONIDOU, « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely... », *op. cit.*, pp. 664-665.

<sup>396</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Relu Adrian Coman*, précité, point 51. La CJUE se réfère à Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, précité, §73 (n°41) et Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, précité, §143 (n°46).

<sup>397</sup> C. BUGNON, *op. cit.*, p. 53.

<sup>398</sup> A. TRYFONIDOU, « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely... », *op. cit.*, p. 667 ; R. WINTERMUTE, « European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation », *op. cit.*, p. 191.

<sup>399</sup> Voy. à ce sujet M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 602, et A. TRYFONIDOU, « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely... », *op. cit.*, pp. 672 et s.

<sup>400</sup> CJUE, Demande de décision préjudicielle *JC-T, MT/Wojewoda Mazowiecki* présentée par le Naczelny Sąd Administracyjny (Pologne) le 23 novembre 2023, C-713/23.

<sup>401</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *V.M.A./Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »* du 14 décembre 2021, C-490/20.

<sup>402</sup> CJUE, ordonnance *Rzecznik Praw Obywatelskich* du 21 juin 2022, C-2/21.

Directive 2004/38, la CJUE a *in fine* établi que l'État dont un enfant mineur est ressortissant est obligé de lui émettre un passeport sans requérir l'établissement d'un acte de naissance, et de reconnaître le document établi par un autre État membre permettant à l'enfant d'exercer son droit à la liberté de circulation accompagné de ses deux mères<sup>403</sup>.

## §2. La proposition de directive relative à l'égalité de traitement

90. Depuis son adoption, la Directive 2000/78/CE fait l'objet de critiques en raison de son champ d'application restreint, notamment comparé à la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique<sup>404</sup>. Cette dernière Directive, adoptée à la même époque, a un champ d'application social étendu, car elle n'est pas limitée à l'environnement du travail<sup>405</sup>. Pour y remédier, la Commission a proposé en 2008 une directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle<sup>406</sup>, en application de l'article 19 du TFUE<sup>407</sup>. Cette directive permettrait de compléter les lacunes laissées par la FED et d'uniformiser la politique de non-discrimination de l'Union européenne<sup>408</sup>.

Son principal objectif est d'imposer aux États membres l'adoption d'une législation interdisant la discrimination dans d'autres domaines – tant publics que privés – que celui du travail et de l'emploi, à savoir dans la protection sociale (sécurité sociale, aide sociale, logement social et santé), dans le domaine de l'éducation ainsi que dans l'accès et la fourniture de biens et services, en ce compris le logement<sup>409</sup>. Cela permettrait de supprimer toute idée de hiérarchie dans les différentes formes de discrimination en rejoignant le champ d'application de la Directive 2000/43/CE, d'apporter plus de clarté dans la législation européenne et d'uniformiser la législation des États membres. Enfin, cela éviterait de devoir se référer à la CDFUE<sup>410</sup>. L'avantage principal de la directive face à la Charte est qu'elle requiert des États qu'ils promulguent des lois nationales, permettant à l'Union de protéger les individus dans tous les domaines cités, « *even in*

---

<sup>403</sup> L. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>404</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, 19 juillet 2000, L 180, pp. 22 à 26 ; A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 235.

<sup>405</sup> M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 114.

<sup>406</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, *C.O.M.* (2008) 426 final, Bruxelles, 2 juillet 2008.

<sup>407</sup> D. SCHIEK et V. CHEGE, *op. cit.*, p. 34.

<sup>408</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 246.

<sup>409</sup> Proposition de directive du Conseil, *C.O.M.* (2008) 426 final, précitée, art. 3.

<sup>410</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 246.

*situations that are entirely unrelated to [EU law] and thus fall outside [its] scope* »<sup>411</sup>. Certaines exceptions restent néanmoins prévues, notamment que la directive ne doit pas s'appliquer en préjudice des lois nationales sur le mariage, la famille et la reproduction<sup>412</sup>. Cela signifie que les États ne seront, par exemple, pas tenus de reconnaître légalement les couples de même sexe<sup>413</sup>.

**91.** La proposition de directive n'est toujours pas en vigueur et fait toujours l'objet de discussions au Conseil depuis 2008. Une mesure fondée sur l'article 19 du TFUE nécessite l'unanimité pour être adoptée, unanimité qui n'a encore jamais pu être atteinte<sup>414</sup>. La proposition est néanmoins revenue au premier plan de l'agenda européen lors de la présidence belge du Conseil au premier semestre 2024. Un nouveau texte révisé, répondant aux préoccupations exprimées des États membres, a été proposé<sup>415</sup>. Cependant, il ressort des dernières réunions tenues sur la question que si 24 États membres soutiennent l'adoption de la directive, trois délégations maintiennent des réserves, à savoir l'Allemagne, l'Italie et la Tchéquie<sup>416</sup>. Les deux principaux motifs de réserves exprimés sont le coût financier – argument contesté par de nombreux États en faveur – et la subsidiarité, la Tchéquie arguant qu'une telle protection contre les discriminations est plus adéquate au niveau national<sup>417</sup>.

---

<sup>411</sup> A. TRYFONIDOU, « The impact of the Framework Equality Directive... », *op. cit.*, p. 247.

<sup>412</sup> Proposition de directive du Conseil, C.O.M. (2008) 426 final, précitée, art. 3 (2).

<sup>413</sup> E. ELLIS et P. WATSON, *op. cit.*, p. 377.

<sup>414</sup> A. TRYFONIDOU, « Law and sexual minority rights in the EU: navigating a political minefield », in *Research Handbook on the Politics of EU Law* (sous la dir. de P. J. CARDWELL et M.-P. GRANGER), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 215.

<sup>415</sup> Conseil de l'Union européenne, note de la présidence aux Comité des représentants permanents sur la Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, doc. 8616/24/1, Bruxelles, 24 avril 2024.

<sup>416</sup> Conseil de l'Union européenne, rapport de la présidence au Conseil sur l'état des travaux de la Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement (article 19), doc. 10817/24, Bruxelles, 14 juin 2024.

<sup>417</sup> Réunions du Conseil EPSCO du 7 mai 2024 et du COREPER du 14 juin 2024.

## CHAPITRE 4. À LA RECHERCHE D'UN DROIT FONDAMENTAL EUROPÉEN

Tâchons maintenant de répondre à notre question de recherche : Est-ce que les droits liés à l'orientation sexuelle peuvent être considérés comme un droit fondamental en Europe ? Cette question d'apparence simple appelle toutefois à une réponse nuancée, en deux temps.

### Section 1. Constat préliminaire

92. Au regard de notre développement précédent nous ne pourrions légitimement soutenir que les « *droits liés à l'orientation sexuelle* » peuvent être, dans leur ensemble, considérés comme un droit fondamental au niveau européen. Selon nous, seuls certains droits liés à l'orientation sexuelle peuvent être considérés comme des droits fondamentaux, alors que d'autres non.

93. Ceux qui peuvent être considérés comme fondamentaux dérivent des droits fondamentaux déjà existants et reconnus, qui ne sont pas propres à l'orientation sexuelle<sup>418</sup>. En effet, hormis le droit à ne pas être discriminé sur le fondement de son orientation sexuelle – explicitement reconnu dans l'Union européenne et couvert par la Cour EDH depuis l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta* (n°54) – aucun instrument de droit international ne vise spécifiquement l'orientation sexuelle. En conséquence, les droits liés à l'orientation sexuelle souffrent de la multitude de leurs fondements : il est sans cesse nécessaire de se référer à un droit fondamental plus général, tel le droit à la vie privée et à la vie familiale ou aux libertés de réunion et d'expression.

D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour EDH illustre très bien ce phénomène. Deux grands blocs de jurisprudences peuvent être dégagés, le premier visant la sphère privée et mettant en œuvre l'article 8, et le second visant la sphère publique et mettant en œuvre les articles 3, 10 et 11. De plus, cette approche est rendue inévitable par le caractère limité de la non-discrimination sous la CEDH, l'article 14 ne s'appliquant qu'en combinaison avec un autre article de la Convention<sup>419</sup>.

94. D'autres droits, tel que la parentalité pour les couples de même sexe, ne sont pas des droits fondamentaux. En effet, il n'existe pas de 'droit à devenir parent' reconnu<sup>420</sup>, quelle que soit la composition familiale (seul, hétérosexuel, homosexuel ou autre). Tout au plus, la Cour EDH a

---

<sup>418</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>419</sup> R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 91-97.

<sup>420</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, précité, §32 (n°55) ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France*, précité, §41 (n°55) ; CJUE (gde ch.), arrêt *V.M.A./Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, précité, point 52 (n°89).

établi que « *les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention* »<sup>421</sup>. En définitive, la Cour n'a fait que rappeler le principe général de non-discrimination, les États restant libres de prévoir si deux personnes de même sexe peuvent légalement devenir les parents d'un enfant<sup>422</sup> – que ce soit par l'adoption, la PMA, ou la GPA en ce qui concerne les couples homosexuels.

95. Sur ce sujet, ainsi que sur le sujet du mariage, force est de constater que les États européens ne partagent pas une position commune. Dans *Alekseyev* (n°67), la Cour EDH a noté « [qu'] *il n'y a pas encore de consensus au niveau européen, par exemple en ce qui concerne l'autorisation d'adoption pour les couples homosexuels [...] ou le droit au mariage, et la Cour a confirmé que sur ces questions les autorités internes disposaient d'une ample marge d'appréciation* »<sup>423</sup>. C'est pourquoi les deux cours européennes hésitent encore à prendre une position ferme sur certains droits. En 2024, sur l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe<sup>424</sup>, 21 États ont ouvert le mariage aux couples de même sexe<sup>425</sup>, et 9 autres prévoient au moins une forme de reconnaissance légale des couples de même sexe<sup>426</sup>. À l'inverse, 19 États réservent constitutionnellement le mariage aux couples de sexe opposé<sup>427</sup>. L'adoption est quant à elle ouverte aux couples de même sexe dans 23 pays<sup>428</sup>.

96. La disparité des protections dans les différents États européens est accentuée par les attaques répétées contre les droits LGBTQIA+ menées par les mouvements populistes et d'extrême droite – qui se rapprochent sans cesse du pouvoir. Au nom de la défense des valeurs traditionnelles, de la moralité et de certains discours religieux, les minorités sexuelles subissent en première ligne la politisation de leur existence. Leurs droits se voient également particulièrement menacés dans certains États, tels que la Hongrie et la Russie, où les attaques contre la démocratie libérale sont les plus fortes<sup>429</sup>.

---

<sup>421</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, §99 (n°54) ; Voy. *mutatis mutandis* Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France*, précité (n°55).

<sup>422</sup> A. TRYFONIDOU, « The parenting rights of same-sex couples... », *op. cit.*, pp. 177, 193.

<sup>423</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie*, précité, §83.

<sup>424</sup> Selon les chiffres de ILGA-Europe. Inclus la Biélorussie (non-membre), le Kosovo (en voie d'admission), et la Fédération de Russie (exclue).

<sup>425</sup> Allemagne, Andorre, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Slovénie, Suède, Suisse. À cela s'ajoute le Liechtenstein dès le 1<sup>er</sup> janvier 2025.

<sup>426</sup> Chypre, Croatie, Hongrie, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Monténégro, Saint-Marin, Tchéquie.

<sup>427</sup> Arménie, Azerbaïdjan, Bélarus, Bulgarie, Croatie, Géorgie, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Moldavie, Monténégro, Pologne, Roumanie, Russie, Serbie, Slovaquie, Turquie, Ukraine.

<sup>428</sup> Allemagne, Andorre, Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Slovénie, Suède, Suisse.

<sup>429</sup> Pour un développement étayé de ces questions, voy. M. VANLOOKE, *La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle dans la rhétorique populiste. Comment protéger des droits politisés ?*, mémoire (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024. Voy également A. TRYFONIDOU, « The Politics of Sexual

## Section 2. L'orientation sexuelle comme valeur fondamentale

Il nous apparaît néanmoins que limiter notre recherche à l'absence de droit fondamental spécifique reconnu dans les textes internationaux pertinents et à l'absence de consensus entre les États européens ne permet pas d'atteindre une conclusion satisfaisante. Nous proposons donc de poursuivre notre développement, au-delà du positivisme et des évaluations empiriques, afin d'évaluer si un élément *sui generis*, commun aux droits liés à l'orientation sexuelle, permettrait de les catégoriser comme droit fondamental. Dans cette optique, nous devons préalablement interroger l'objet central de notre recherche, à savoir le droit fondamental (§1) pour ensuite développer nos arguments (§2) et enfin parvenir à une conclusion (§3).

### §1. Les droits fondamentaux comme objet de la recherche

97. Qu'est-ce qu'un droit fondamental ? Il existe de nombreuses définitions, dont aucune ne semble exhaustive. On y retrouve toutefois des éléments semblables, que nous établirons ci-dessous afin de cerner les conditions de notre recherche.

98. Selon E. HEINZE, « *[r]ights are fundamental, they are human rights, when they are so crucial to human life or dignity as to be deemed inherent to the human being* »<sup>430</sup>. Ces éléments se retrouvent également dans différents instruments internationaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme se réfère à la « *reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables* »<sup>431</sup>. La CDFUE mentionne quant à elle les « *valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* » ainsi que « *le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit* »<sup>432</sup>.

De plus, conformément au préambule de la CEDH, les droits fondamentaux qui y sont énoncés ont vocation à être reconnus et à s'appliquer de manière universelle et effective<sup>433</sup> – tout en gardant à l'esprit que les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restrictions, en particulier lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres droits fondamentaux. Le caractère universel des droits

---

Identity and the Emerging Constitutional Battles in Europe », in *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law* (sous la dir. de M. TUSHNET et D. KOCHENOV), Cheltenham, Edward Elgar, 2023, p. 535 ; P. AYOUB et D. PATERNOTTE, « Europe and LGBT Rights: A Conflicted Relationship », in *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics* (sous la dir. de M. BOSIA, S. M. McEVOY et M. RAHMAN), Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 153-168 ; M. MOS, « The fight of the Religious Right in Europe: old whines in new bottles », *European Journal of Politics and Gender*, 2018, pp. 325-343 ; et L. PECH et K. L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the UE », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 4-5.

<sup>430</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, p. 142.

<sup>431</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949, p. 2488, préambule. Voy. également le préambule du PIDCP.

<sup>432</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, précitée, préambule, point 2.

<sup>433</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, préambule, point 2.

fondamentaux va de pair avec un principe de subsidiarité. Les États sont en grande partie libres de définir leurs politiques internes comme bon leur semble, pour autant qu'ils respectent les droits fondamentaux qui les lient sur le plan international<sup>434</sup>. L'intuition serait ainsi d'établir que seuls les droits « les plus importants » sont dignes d'une qualification de « fondamentaux ».

99. Au-delà de la qualification des droits fondamentaux, c'est le fondement – la fondation – même de ces droits qu'il faut interroger. Traditionnellement compris comme des droits reposant sur des considérations morales supérieures<sup>435</sup>, l'interrogation subsiste sur ce qui confère un tel statut. La question du fondement a toujours été sensible et est souvent négligée. Plusieurs fondements issus des théories positivistes, naturalistes, voire créationnistes, ont été avancés pour former un ensemble incohérent<sup>436</sup>. Si nous ne pouvons pas proposer de réponse satisfaisante à ce sujet, nous pouvons identifier trois propositions qui – bien qu'incomplètes – peuvent aiguiller notre recherche d'un droit fondamental.

*Primo*, R. DWORKIN propose de dépasser le traditionnel débat entre le droit naturel et le droit positif en reconnaissant qu'il y aurait, outre les droits explicitement reconnus dans les textes légaux et décisions de justice, d'autres droits qui iraient encore plus loin – pour autant que leur existence soit cohérente avec les droits reconnus<sup>437</sup>. Un tel droit constituerait 'la meilleure interprétation possible' du domaine du droit qu'il concerne, et les décisions de jurisprudence pertinentes auraient, même sans le nommer, œuvré à sa protection<sup>438</sup>. L'identifier et le justifier amène à se pencher « *very deep into moral and political theory* »<sup>439</sup>.

*Secundo*, J. DONNELLY propose une théorie constructiviste des droits fondamentaux, qui implique une combinaison d'éléments naturels, sociaux, historiques et moraux, et dont l'ensemble est conditionné à un processus historique de création<sup>440</sup>. Il insiste également sur le lien indissociable entre les valeurs morales et le poids politique qu'elles portent, en ce que les droits fondamentaux sont porteurs d'un projet social qui se réalise dans la société politique<sup>441</sup>.

---

<sup>434</sup> E. HEINZE, *op. cit.*, p. 142.

<sup>435</sup> J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, New-York, Cornell University Press, 2003, p. 11.

<sup>436</sup> *Ibid.*, pp. 18-20.

<sup>437</sup> H. FENWICK, *Civil Liberties and Human Rights*, 4<sup>e</sup> ed., Abingdon, Routledge, 2007, p. 11.

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978, p. 67.

<sup>440</sup> J. DONNELLY, *op. cit.*, p. 16.

<sup>441</sup> *Ibid.*, pp. 12, 15-16.

*Tertio*, dans une approche comparable, V. CHAMPEIL-DESPLATS suggère d'envisager les droits fondamentaux comme « *exprim[ant] des valeurs objectives et connaissables, constitutives de la démocratie et de l'État de droit* »<sup>442</sup>. Formaliser les droits fondamentaux dans des valeurs objectives et vérifiables permet de les intégrer dans un raisonnement juridique logique, ce qui favorise la diffusion de ces mêmes droits dans les ordres juridiques<sup>443</sup>.

**100.** Partant de ces trois propositions, nous proposons de fonder notre recherche d'un droit fondamental sur la recherche d'une valeur *sui generis* européenne, d'une volonté commune de reconnaître un certain droit comme fondamental. Cette valeur, empreinte de considérations morales et politiques doit être – dans la mesure du possible – objectivable et être le fruit d'un processus de construction historique. Il apparaît également qu'un droit fondamental ne doit pas nécessairement être établi parmi les droits formellement reconnus juridiquement.

**101.** Il convient cependant de noter que la théorie de R. DWORKIN propose un fondement encore plus général. Selon lui, les droits fondamentaux sont issus de l'obligation qu'ont les États de traiter tous leurs citoyens « *with equal concern and respect* »<sup>444</sup>. Pour DWORKIN, l'égalité implique de ne pas faire dépendre la liberté d'un individu de la conception, supposément meilleure, d'un autre individu mais bien de mettre l'accent sur l'autonomie de chacun<sup>445</sup>. Cette conception est particulièrement importante pour les minorités impopulaires dont les droits risqueraient d'être bafoués s'ils dépendaient de la volonté démocratique de la majorité. Ce sont donc ces droits en particulier qu'il convient de protéger<sup>446</sup>.

Concernant la minorité homosexuelle, si ses droits venaient à être décidés par la majorité, les personnes hétérosexuelles pourraient se montrer hostiles aux comportements homosexuels et exprimer une volonté de les voir réprimer. Un tel cas de figure entraînerait la violation par l'État de traiter ses citoyens de manière égale. L'application de la théorie de DWORKIN reviendrait quant à elle à reconnaître 'un droit à l'autonomie morale' pour les personnes homosexuelles, qui ne pourrait être renversé par la majorité<sup>447</sup>.

---

<sup>442</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés : Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 5.

<sup>443</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>444</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 273.

<sup>445</sup> *Ibid.*, pp. 273-275 ; J. DONNELLY, *op. cit.*, p. 44.

<sup>446</sup> H. FENWICK, *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>447</sup> *Ibid.*

## §2. Une valeur de laquelle dérive toute une série de droits

Ces considérations faites, il s'agit désormais de déterminer s'il existe une valeur commune européenne qui tend à reconnaître l'orientation sexuelle comme relevant des droits fondamentaux des individus. Une telle valeur peut notamment être trouvée dans des instruments internationaux comme la CEDH et la CDFUE, dans la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE, mais aussi dans les opinions et recommandations d'organes tels que la Commission de Venise<sup>448</sup>. Nous interrogerons successivement les valeurs de l'Union européenne (A), la position des institutions européennes (B), la convergence entre les ordres juridiques européens (C) et la notion de consensus (D).

### A. Les valeurs de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence

**102.** Dans un premier temps, dès lors que nous cherchons une valeur commune européenne, nous nous référons à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne qui proclame les valeurs de l'Union – qu'elle promeut au-delà même de son action économique première [art. 3, TUE]. L'article 2 dispose que « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités* ». De plus ces valeurs sont « *communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». Bien que s'appliquant uniquement à l'Union européenne, ces valeurs appellent des concepts qui ne sont pas étrangers aux droits liés à l'orientation sexuelle – tels que la dignité et la démocratie. Ainsi que nous l'avons vu, selon la Cour EDH, « *la stigmatisation et les préjugés encouragent l'homophobie, ce qui est incompatible avec les notions d'égalité, de pluralisme et de tolérance qui sont indissociables d'une société démocratique* »<sup>449</sup>.

**103.** Notons d'ores et déjà qu'en 1995, lorsque E. HEINZE tentait également de déterminer dans quelle mesure l'orientation sexuelle était un droit de l'homme, il a défini les droits fondamentaux autour de cette notion de dignité humaine. À cet égard, l'arrêt *Obergefell c. Hodges* (2015) de la Cour Suprême américaine a établi que la légalisation du mariage des couples de même sexe relevait de leur « *equal dignity* »<sup>450</sup>. De la même manière, dans *Fedotova* (n°43), la Cour EDH a souligné que « *la société démocratique [...] rejette toute stigmatisation fondée sur l'orientation*

---

<sup>448</sup> H. KRUNKE, « Global values, international organizations and constitutional change », in *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (sous la dir. de X. CONTIADES et A. FOTIADOU), Abingdon, Routledge, 2021, pp. 233-234.

<sup>449</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie*, précité, §83 (n°62).

<sup>450</sup> Cour suprême des États-Unis, arrêt *Obergefell c. Hodges* du 26 juin 2015, 576 U.S. 644, p. 28.

sexuelle [et] a pour socle l'égle dignité des individus »<sup>451</sup>. Dans les arrêts *Smith et Grady* (n°30) et *Identoba* (n°69), la Cour a estimé qu'un traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle pouvait relever des traitements inhumains et dégradants [art. 3] dans la mesure où ils portaient atteinte à la dignité humaine<sup>452</sup>.

Il nous apparaît donc que l'orientation sexuelle pourrait relever de la dignité humaine et ainsi relever des droits fondamentaux. C'est également la conclusion que l'on peut tirer des Principes de Jogjakarta, dont le premier principe dispose que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Les êtres humains de toutes orientations sexuelles et identités de genre peuvent se prévaloir d'une pleine jouissance de tous les droits humains* »<sup>453</sup>.

**104.** Le respect des droits de l'homme est lui aussi central dans la protection des personnes LGBT. Au regard de la jurisprudence que nous avons étudiée, il ne fait aucun doute que l'orientation sexuelle ressort de la vie privée des individus et est protégée de cette manière par les droits fondamentaux. Une telle position n'est par ailleurs pas exclusivement européenne. Dans l'affaire *Toonen c. Australie* (1994)<sup>454</sup>, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a jugé que l'orientation sexuelle relevait de la vie privée des individus, et que l'interdiction tasmanienne des relations sexuelle entre hommes était en violation des articles 2 (1) et 17 (1) du PIDCP<sup>455</sup>. Les dispositions antidiscriminatoires lui sont également applicables, la Cour EDH ayant établi dans les arrêts *Smith et Grady* (n°30) et *L et V* (n°33) que la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle est autant inacceptable que la discrimination fondée sur la race<sup>456</sup>.

**105.** Enfin, si un doute subsistait sur l'application des valeurs de l'Union européenne à la protection de l'orientation sexuelle, un recours introduit auprès de la CJUE permet de lever les objections. En 2022, la Commission européenne a introduit un recours en manquement contre la Hongrie, se fondant directement sur la violation de l'article 2 du TUE. Ce recours – toujours pendant – fait suite à l'adoption par le parlement hongrois d'une législation visant à interdire « *l'accès des mineurs à des contenus promouvant ou représentant des divergences par rapport à l'identité personnelle correspondant au sexe à la naissance, un changement de sexe ou*

---

<sup>451</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §180.

<sup>452</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, précité, §121 ; Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie*, précité, §65. Voy P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 129.

<sup>453</sup> Principes de Jogjakarta, *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 26 mars 2007. Il s'agit d'une série de principes relatifs à l'application des droits fondamentaux à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre établis par un panel d'experts internationaux. S'ils n'ont aucune valeur juridique et sont parfois contestés, les Principes de Jogjakarta restent une référence doctrinale en matière d'orientation sexuelle.

<sup>454</sup> Com. D.H., décision *Toonen c. Australie*, 31 mars 1994, communication n°488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

<sup>455</sup> R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 143-145.

<sup>456</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, précité, §97 ; Cour eur. D.H., arrêt *L. et V. c. Autriche*, précité, §52.

*l'homosexualité* »<sup>457</sup>. Une telle loi, selon la Commission, serait contraire aux valeurs de l'Union. Ce n'est toutefois pas un cas isolé puisque dans le cadre de la crise de l'État de droit, la Hongrie est souvent pointée du doigt pour le non-respect des valeurs de l'Union<sup>458</sup>. Or, l'Union « *repose sur la prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres [...] une série de valeurs communes [qui] implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres* »<sup>459</sup>.

**106.** Au vu de ces éléments, il nous paraît légitime de conclure que la protection de l'orientation sexuelle est bien couverte à part entière par les valeurs de l'Union telles qu'établies à l'article 2 du TUE. Le recours de la Commission aux valeurs montre également une volonté de protéger également l'orientation sexuelle lorsqu'elle s'exprime dans la sphère publique. Bien que la Cour EDH ait établi « *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* » dès l'arrêt *Alekseyev* (n°67)<sup>460</sup>, il n'est toujours pas respecté dans plusieurs États. Les tentatives des autorités de bloquer l'organisation de gay prides, l'adoption de lois 'contre la propagande homosexuelle' ou encore l'absence de protection effective contre les agressions homophobes – et les nombreuses requêtes à ce sujet portées devant la Cour EDH – indiquent que cette partie des droits liés à l'orientation sexuelle souffre d'une protection effective moins efficace que la protection de la vie privée des individus.

### ***B. La position des institutions européennes***

Outre la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE, il faut également avoir égard aux différentes positions adoptées par les assemblées consultatives et parlementaires européennes, d'abord au Conseil de l'Europe et ensuite dans l'Union européenne.

**107.** En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, l'instrument de référence est une recommandation du Conseil des Ministres datant de 2010, visant à lutter contre les discriminations sur base de l'orientation sexuelle<sup>461</sup>. Cette recommandation – non contraignante – incite les États membres à harmoniser leur législation afin de prévoir une protection effective contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En outre, elle a rappelé « *le principe selon*

---

<sup>457</sup> CJUE, affaire *Commission européenne/Hongrie* (pendante, recours du 19 décembre 2022), C-769/22.

<sup>458</sup> Voy. M. VANLOOKE, *La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle dans la rhétorique populiste. Comment protéger des droits politisés ?*, mémoire (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024.

<sup>459</sup> CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>460</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010, §84.

<sup>461</sup> Conseil de l'Europe, recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, doc. CM/Rec(2010)5, 31 mars 2010.

*lequel aucune valeur culturelle, traditionnelle ou religieuse, ni aucun précepte découlant d'une 'culture dominante' ne sauraient être invoqués pour justifier les discours de haine ou toutes autres formes de discrimination, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle »<sup>462</sup>.*

Cette recommandation a été soutenue par l'Assemblée parlementaire à plusieurs reprises en 2010<sup>463</sup> et 2013<sup>464</sup>. En particulier, l'Assemblée appelle à protéger les personnes homosexuelles contre les préjugés et les attaques homophobes en assurant leur protection contre « *les violences physique et verbale (crimes et/ou discours de haine), les restrictions injustifiées de la liberté d'expression, de réunion et d'association, les violations du droit au respect de la vie privée et familiale, les violations des droits à l'éducation, au travail et à la santé, ainsi que la stigmatisation récurrente* »<sup>465</sup>.

**108.** Au sujet du respect de la vie privée et familiale, la même Assemblée a adopté une résolution en 2018 laquelle appelle notamment les États « *à veiller à l'application sans discrimination aucune fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de leurs dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires, et de leurs politiques régissant les droits des partenaires, des parents et des enfants, en éliminant toute différence de traitement injustifiée fondée sur ces motifs* »<sup>466</sup>. Elle insiste également sur la nécessité « *d'assurer [un] cadre juridique spécifique [qui] prévoit la reconnaissance et la protection des unions de partenaires de même sexe* »<sup>467</sup> et appelle les États à ne pas adopter de modifications constitutionnelles réservant le mariage aux couples de sexe opposé<sup>468</sup>. L'arrêt *Fedotova* (n°43) mentionne cette résolution et mentionne également un avis du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, lequel estime que la reconnaissance juridique des couples de même sexe relève du simple principe de l'égalité de tous devant la loi<sup>469</sup>.

**109.** Des avis ont également été rendus concernant l'expression de l'orientation sexuelle dans la sphère publique. En particulier, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a rendu un avis en 2013 relatif aux législations sur la 'propagande de l'homosexualité', notamment en vigueur en Russie et Hongrie. Dans cet avis particulièrement

---

<sup>462</sup> Conseil de l'Europe, recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, précitée, préambule.

<sup>463</sup> Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, n°1728, 29 avril 2010.

<sup>464</sup> Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre*, n°2021, 27 juin 2013.

<sup>465</sup> Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire n°1728, précitée, §3.

<sup>466</sup> Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Vie privée et familiale: parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, n°2239, 10 octobre 2018, §4.1.

<sup>467</sup> *Ibid.*, §4.3.

<sup>468</sup> *Ibid.*, §4.2.

<sup>469</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §§51, 56.

important en matière de liberté d'expression, la Commission a estimé que de telles législations sont incompatibles avec la CEDH et que « *l'attitude négative d'une partie même importante de l'opinion publique envers l'homosexualité en tant que telle ne peut pas justifier une restriction du droit au respect de la vie privée des gays et des lesbiennes, ni de leur liberté d'exprimer publiquement leur orientation sexuelle, de défendre des idées positives concernant l'homosexualité et de promouvoir la tolérance envers les homosexuels* »<sup>470</sup>. La Cour EDH s'est d'ailleurs référée à cet avis dans l'arrêt *Bayev* (n°62)<sup>471</sup>.

**110.** En ce qui concerne l'Union européenne, la Commission a adopté en 2020 une stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025<sup>472</sup> laquelle insiste notamment sur la nécessité de renforcer les mesures de lutte contre les discriminations – qui passeraient notamment par l'adoption de la proposition de directive relative à l'égalité de traitement, bloquée au Conseil (*supra*, n°90). Dans le cadre de cette stratégie, la Commission a également soumis au Parlement et au Conseil une proposition de règlement visant à faciliter la reconnaissance des liens de filiation entre un enfant et ses parents de même sexe lorsque ceux-ci sont établis dans un État membre de l'Union<sup>473</sup>. Ce sujet, sensible, avait été soumis à la CJUE dans les affaires *Pancharevo* et *Rzecznik Praw Obywatelskich* (n°89).

**111.** C'est néanmoins le Parlement européen qui s'est illustré dans une défense particulièrement proactive dans la protection des minorités sexuelles, quand bien même la majorité de ses positionnements n'entraîne pas de conséquence juridique. En 2024, le Parlement a adopté une résolution sur la mise en œuvre de la stratégie présentée par la Commission<sup>474</sup>. Le premier considérant indique une position très forte, indiquant « *que les droits des personnes LGBTIQ+ sont des droits fondamentaux, et que des contre-pouvoirs efficaces, en ce qui concerne l'état de droit et la démocratie, sont essentiels pour la protection des droits des personnes LGBTIQ+ ; que la sécurité et la dignité des personnes LGBTIQ+ sont la sécurité et la dignité de chacun de nous* ». Le Parlement appelle également le Conseil à adopter la proposition de directive de 2008. Cette résolution fait suite à de nombreuses autres, notamment une résolution de 2021 qui proclame

---

<sup>470</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, avis sur l'interdiction de la « propagande de l'homosexualité » à la lumière de la législation récente dans certains États membres du Conseil de l'Europe, CDL-AD(2013)022, 18 juin 2013, p. 15.

<sup>471</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie*, précité, §36.

<sup>472</sup> Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Union de l'égalité: stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025*, COM(2020) 698 final, Bruxelles, 12 novembre 2020.

<sup>473</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM(2022) 695 final, Bruxelles, 7 décembre 2022.

<sup>474</sup> Parlement européen, *Résolution du Parlement européen relative à la mise en œuvre de la stratégie de l'Union en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025*, P9\_TA(2024)0076, 8 février 2024.

l'Union européenne comme « zone de liberté pour les personnes LGBTIQ » et qui reconnaît également « que les droits des personnes LGBTIQ sont des droits humains »<sup>475</sup>.

### *C. La convergence entre les deux Cours européennes*

**112.** Il est vrai que nous jonglons entre deux ordres juridiques différents, ne se chevauchant qu'en partie – l'Union européenne ayant 27 États membres pour 46 au Conseil de l'Europe. Cependant, les convergences entre les deux sont très importantes. Depuis le Traité de Lisbonne et l'adoption de l'article 6 (2) du TUE, l'Union européenne doit adhérer à la CEDH afin d'éviter toute compétition et conflit entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux, et ainsi renforcer la sécurité juridique. Si des objections subsistent<sup>476</sup> et que les négociations sont toujours en cours sur cette question, les liens n'en sont pas atténués – en particulier entre les deux Cours européennes. Les deux cours s'inspirent en effet de leurs jurisprudences respectives et se réfèrent mutuellement afin d'interpréter les droits fondamentaux<sup>477</sup>.

L'orientation sexuelle ne fait pas exception à cette règle, la CJUE s'étant inspirée de l'interprétation de la vie familiale des couples homosexuels par la Cour EDH dans l'arrêt *Coman* (n°87)<sup>478</sup>. Cette affaire est par ailleurs un parfait exemple des liens qui peuvent exister entre les deux ordres juridiques. Dans l'arrêt *Coman*, la CJUE a établi que la Roumanie ne pouvait pas s'opposer à la réunification familiale d'un couple de même sexe reconnu dans un autre État membre, au nom de la libre circulation. Bien que la décision date de 2018, la Roumanie ne s'est toujours pas conformée à la décision de la CJUE et les requérants ne se sont pas vus accorder la réunification familiale<sup>479</sup>. En conséquence, ils ont introduit une requête auprès de la Cour EDH, arguant que leur situation implique une violation des articles 8, 12 et 14 de la Convention<sup>480</sup>.

---

<sup>475</sup> Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ*, 2021/2557(RSP), 11 mars 2021. Voy. Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur les droits des personnes LGBTIQ dans l'Union européenne*, 2021/2679(RSP), 14 septembre 2021.

<sup>476</sup> Voy. notamment CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>477</sup> A. TORRES PEREZ, « Too Many Voices ? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union » in *The EU Accession to the ECHR* (sous la dir. de V. KOSTA, N. SKOUTARIS et V. P. TZEVELEKOS), Oxford, Hart, 2014, pp. 29-30.

<sup>478</sup> CJUE (gde ch.), arrêt *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, précité, §§ 48-50. Voy. également Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §§57-62.

<sup>479</sup> A. TRYFONIDOU, « The Politics of Sexual Identity... », *op. cit.*, p. 545.

<sup>480</sup> Cour eur. D.H., affaire *Relu-Adrian Coman et autres c. Roumanie*, app. n°2663/21 du 23 décembre 2020. La violation des articles 6 (1) et 13 est également invoquée pour des questions procédurales.

**113.** Lors de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il a également été prévu, en insérant l'article 52 (3), que les droits protégés et par la Convention et par la Charte sont considérés comme ayant le même sens et la même portée afin de permettre une meilleure coexistence et une meilleure collaboration<sup>481</sup>. Toutefois, certains droits varient dans leur rédaction – l'Union européenne a, par exemple, omis la formule « *un homme et une femme* » dans l'article 9 de la CDFUE consacrant le droit au mariage, là où la CEDH garde une formulation très hétéronormative<sup>482</sup>.

**114.** À ce sujet, nous avons évoqué une nouvelle question préjudicielle dont a été saisie la CJUE en novembre 2023, concernant la reconnaissance du mariage d'un couple de même sexe contracté dans un autre État membre (n°88). Selon le raisonnement du juge *a quo*, si le droit de l'Union pourrait être interprété comme n'imposant pas à un État membre de reconnaître un tel mariage, les articles 7 et 21 de la CDFUE sont considérées comme ayant une portée similaire aux articles 8 et 14 de la CEDH. Or, la Cour EDH a rendu plusieurs décisions – *Schalk et Kopf*, *Oliari et Fedotova* (voy. n°36 et s.) – qui imposent *in fine* aux États de prévoir une forme de reconnaissance juridique aux couples de même sexe, quoique la forme de la reconnaissance reste libre<sup>483</sup>. Une telle obligation mettrait à mal la non-reconnaissance des couples de même sexe dans la législation polonaise.

Selon le juge, « *According to the ECtHR, private life cannot be interpreted merely as the right to privacy, but also as the right to form and develop relationships with other people, and the protection of the traditional family model cannot justify the absence of any legal recognition and protection of same-sex rights* »<sup>484</sup>. Partant de ce postulat, si les relations familiales ressortent de la compétence nationale des États, cela ne les dispense pas de respecter le droit de l'Union – en ce compris les 'valeurs communes' de l'Union. Parmi lesquelles se trouve le respect des droits fondamentaux des citoyens qui, interprétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH, impose de reconnaître les couples de même sexe<sup>485</sup>. Reste maintenant à voir ce qu'en pense la CJUE, qui n'a pas encore rendu de décision – cela promet néanmoins d'être instructif.

---

<sup>481</sup> R. TINIERE, « La cohérence assurée par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de C. PICHERAL et L. COUTRON), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 6.

<sup>482</sup> J. JONES, « Taking 'sex' out of marriage in the European Union », in *Gender, Sexualities and Law* (sous la dir. de A. FENTON, A. GREAR, J. JONES et K. STEVENSON), Abingdon, Routledge, 2011, p. 299.

<sup>483</sup> CJUE, Demande de décision préjudicielle *JC-T, MT/Wojewoda Mazowiecki* présentée par le Naczelny Sąd Administracyjny (Pologne) le 23 novembre 2023, C-713/23, *Summary of the request for a preliminary ruling pursuant to Article 98(1) of the Rules of Procedure of the Court of Justice*.

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 8.

**115.** Si les convergences sont nombreuses, cette affaire est aussi symptomatique d'un écart grandissant entre la protection garantie entre les deux ordres juridiques. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la CJUE protège les droits liés à l'orientation sexuelle de manière beaucoup plus marginale que la Cour EDH, avec des arrêts quelquefois critiquables car ils s'abstiennent de reconnaître un droit de manière complète<sup>486</sup>. Notons que les approches sont, comme nous l'avons évoqué, différentes. En effet, l'Union européenne est centrée sur le droit de la non-discrimination, autonome mais limité en grande partie à des questions économiques. À l'inverse, le droit de la non-discrimination de la CEDH n'est pas autonome mais couvre une gamme de situations bien plus importantes<sup>487</sup>.

**116.** L'action de l'Union est certainement limitée par ses compétences très restreintes dans les domaines relatifs à l'orientation sexuelle – d'où le recours à des concepts très généraux comme les valeurs de l'Union. Une position trop ambitieuse exposerait sans aucun doute la Cour à de nombreuses critiques d'activisme, ce qu'elle essaye d'éviter afin de conserver sa crédibilité<sup>488</sup>. Pourtant, la protection offerte et le progrès des deux Cours doit pouvoir se compléter et elles doivent pouvoir travailler ensemble, d'autant que l'Union européenne est compétente pour des domaines qui sont mal couverts par la Cour EDH, et inversement<sup>489</sup>. Il faut toutefois souligner la volonté qu'à la CJUE d'étendre le plus possible son influence en rattachant de très nombreuses situations au droit de l'Union à l'aide de raisonnements très développés, alors que le lien n'est pas forcément évident.

#### ***D. Le consensus et la marge d'appréciation des États***

**117.** Un dernier point reste à aborder, à savoir celui du consensus et de la marge d'appréciation utilisés par la Cour EDH. Comme nous l'avons déjà indiqué (n°26), la marge d'appréciation des États sur une question dépend de plusieurs facteurs. Si elle touche à un aspect intime de la vie privée, elle sera étroite, mais s'il n'y a pas de consensus des États, car la question est sensible et pose des questions éthiques et morales, alors elle sera importante<sup>490</sup>. Cela découle du principe de subsidiarité, principe matriciel de la Convention. En effet, la mise en œuvre de la Convention appartient en premier lieu aux États, la Cour n'intervenant qu'en cas de carence de ceux-ci<sup>491</sup>.

---

<sup>486</sup> Voy. notamment CJUE (gde ch.), arrêt *NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, précité ; CJUE (gde ch.), arrêt *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, précité.

<sup>487</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 204.

<sup>488</sup> Voy. A. TRYFONIDOU, « The Politics of Sexual Identity... », *op. cit.*

<sup>489</sup> P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, pp. 203-204.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>491</sup> Rencontre avec Frédéric KRENC à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain le 18 avril 2023.

**118.** Il apparaît qu'en matière d'orientation sexuelle, compte tenu du caractère relevant de la vie privée, mais aussi de la sensibilité de la question, le consensus des États devient un élément central dans la détermination de la marge d'appréciation<sup>492</sup>. Dans plusieurs arrêts, la Cour a justifié sa décision par l'absence – ou l'existence – d'un consensus parmi les États membres sur une question particulière<sup>493</sup>. Si nous prenons l'exemple de l'arrêt *Schalk et Kopf* (n°36), la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de consensus parmi les États pour reconnaître le mariage des couples de même sexe sous l'article 12, et que les États avaient en conséquence une grande marge d'appréciation sur la question<sup>494</sup>. La Cour est par la suite restée inflexible sur cette question malgré une évolution significative du nombre d'États qui reconnaissent le mariage des couples de même sexe<sup>495</sup> – de 6 en 2010 à 21 en 2024 (n°95). Ils étaient 18 lors de l'arrêt *Fedotova*, mais les arguments des requérants fondés sur l'article 12 ont été déclarés irrecevables.

Pourtant, dans une jurisprudence constante, la Cour a refusé d'avaliser la stigmatisation de la minorité homosexuelle à l'opinion (négative) de la majorité<sup>496</sup>. Oserions-nous placer la Cour devant ses propres contradictions ? Dans de nombreux États, la restriction du mariage aux seuls couples de sexe opposé repose sur la volonté de protéger les valeurs familiales traditionnelles et le refus de considérer les couples de même sexe comme égaux – et, parfois, sur des considérations homophobes promues par les autorités publiques. L'absence de consensus invoquée par la Cour reposerait-elle sur l'opinion hostile qu'à la majorité envers l'homosexualité – dans une société démocratique « *qui a pour socle l'égalité des individus* »<sup>497</sup> ?

**119.** Toujours est-il que pour F. KRENC, juge à la Cour EDH, la doctrine du consensus a de moins en moins d'importance dans les arrêts. Selon lui, on ne peut pas indexer l'interprétation d'un droit à un simple consensus entre les États membres, ce n'est pas un élément déterminant mais seulement un élément confortatif. De ce fait, dans *Fedotova*, la Cour a indiqué qu'il existait une « *tendance nette et continue* » à reconnaître et protéger les couples de même sexe plutôt que de se référer à un consensus des États<sup>498</sup>.

---

<sup>492</sup> POPPELWELL-SCEVAK C., « 'Until social norms say I do' : How the Grand Chamber taketh and giveth away in *Fedotova and others v. Russia* », *op. cit.*

<sup>493</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie*, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie*, précité.

<sup>494</sup> Sur cette question, voy. N. BAMFORTH, « Social Sensitivity, Consensus and the Margin of Appreciation » in *Human Rights between Law and Politics : The Margin of Appreciation in Post-National Contexts* (sous la dir. de P. AGHA), Oxford, Hart, 2017, pp. 129-144.

<sup>495</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie*, précité (n°42) et Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, précité (n°39).

<sup>496</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §§180, 215-217 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie*, précité, §68.

<sup>497</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, précité, §180.

<sup>498</sup> Rencontre avec Frédéric KRENC à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain le 18 avril 2023.

### §3. L'orientation sexuelle, plus qu'un simple droit à la non-discrimination

120. L'ensemble de ces éléments nous permet désormais de proposer une réponse à notre question de recherche. Nous estimons qu'il existe une valeur commune européenne qui tend à reconnaître l'orientation sexuelle comme relevant des droits fondamentaux des individus. Cette valeur a été développée par les Cours, qui ont progressivement étendu la protection des personnes LGB. Elle est également confortée par la position – non-contraindante – des différentes institutions européennes et relève des valeurs de l'Union. Partant, l'orientation sexuelle peut être considérée comme une valeur fondamentale, de laquelle découle plusieurs droits fondamentaux. En pratique, cela s'exprime par le droit pour chaque individu jouir pleinement de tous les droits, quelle que soit son orientation sexuelle<sup>499</sup>.

121. Cette position se rapproche fortement de celle de E. HEINZE, pour qui il existe un droit fondamental à ne pas être discriminé sur le fondement de son orientation sexuelle dans la jouissance de ses droits fondamentaux reconnus<sup>500</sup>. Nous estimons néanmoins que cela va plus loin encore. De fait, le droit à la non-discrimination implique de démontrer une différence de traitement avec une catégorie similaire. Or, nous considérons que la stigmatisation des personnes homosexuelles n'implique pas nécessairement de pouvoir aisément établir une discrimination dans l'exercice des droits. Par exemple, les cours ont jusqu'ici refusé de reconnaître une discrimination dans l'exclusion des couples de même sexe du mariage. Pourtant, les couples homosexuels et hétérosexuels ont été considérés comme étant dans une situation comparable pour jouir de la vie familiale<sup>501</sup>. Par ailleurs, la Cour EDH ne se prononce pas systématiquement sur la violation combinée de l'article 14 avec le droit invoqué et établi une violation du droit *per se*.

De surcroît, établir une différence de traitement entraîne le risque de ne protéger les personnes LGB que dans la mesure où elles se conforment au modèle hétérosexuel qui ne correspond pas nécessairement aux spécificités des identités LGB – en particulier sur les questions familiales<sup>502</sup>. Cela tend à renforcer la binarité entre l'hétérosexualité et l'homosexualité et contribue à stigmatiser la personne homosexuelle comme 'l'autre' en induisant une hiérarchie<sup>503</sup>.

122. Il n'en demeure pas moins que le droit à la non-discrimination reste le droit le plus à même de protéger les personnes LGB dans le système des droits fondamentaux européen. Il est explicitement reconnu dans tous les instruments contraignants et vise même expressément

---

<sup>499</sup> Formulation inspirée par le premier principe de Jogjakarta.

<sup>500</sup> Voy. E. HEINZE, *op. cit.*

<sup>501</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, §99.

<sup>502</sup> P. CANNOT, *op. cit.*, pp. 277-278 ; B. MACDOUGALL, *op. cit.*, p. 49.

<sup>503</sup> D. GONZALEZ-SALZBERG, *op. cit.*, pp. 114-115.

l'orientation sexuelle dans l'Union européenne. En définitive, même si nous considérons que les droits liés à l'orientation sexuelle ne s'y limitent pas, les dispositions antidiscriminatoires sont pour l'heure le meilleur instrument garantissant l'égalité.

## CONCLUSION

**124.** Traiter de l'orientation sexuelle n'est pas chose aisée. Les notions sont contestées et les personnes homosexuelles sont toujours susceptibles d'être victimes d'intolérance. Cependant, nous avons pu établir que la notion de droits liés à l'orientation sexuelle était la plus à même d'être mobilisée dans le cadre d'une étude juridique. Cette étude, nous l'avons consacrée à déterminer si les droits liés à l'orientation sexuelle pouvaient être considérés, dans leur ensemble, comme un droit fondamental en Europe. Fortes d'une grande convergence dans la substance des droits qu'elles protègent, la Cour EDH et la CJUE ont été le point de départ de notre recherche.

**125.** La CJUE, fonde sa protection sur le cadre antidiscriminatoire européen. Forcément limitée, car elle ne peut intervenir qu'en application du droit de l'Union, elle a montré une détermination à étendre son influence le plus possible. Son atout repose cependant sur des dispositions légales précises – comme la FED – qui s'imposent aux États membres. La Cour EDH se trouve elle aussi au premier plan de la protection des personnes homosexuelles, par le nombre très important d'arrêts rendus sur la question. En particulier, elle a sensiblement étendu l'application des dispositions relatives à la vie privée aux personnes LGB en reconnaissant que l'orientation sexuelle relevait de l'identité des individus. Cela s'est toutefois fait au détriment de la protection de l'orientation sexuelle dans la sphère publique, beaucoup plus tardive.

À l'heure du bilan, deux pôles de la jurisprudence européenne restent incertains. Depuis *Fedotova*, les États membres ont l'obligation de prévoir une forme de reconnaissance juridique des couples de même sexe, mais pas le mariage. En effet, la jurisprudence sur l'article 12 est troublante, la Cour EDH considérant que l'exclusion des couples de même sexe du mariage n'est pas discriminatoire. Ce postulat va à l'encontre de sa jurisprudence générale, et il est de notre avis que la Cour devra tôt ou tard revoir sa position. Reposant également sur des bases précaires, la jurisprudence sur la parentalité des couples de même sexe échoue à dégager une tendance générale. Néanmoins, compte tenu du caractère très spécifique de cette question, elle mériterait une étude approfondie.

**126.** Si certaines décisions des Cours sont parfois décevantes, nous sommes conscients qu'outre le strict raisonnement juridique, les juges ne peuvent ignorer les enjeux politiques des questions posées. Un positionnement trop ambitieux mécontenterait certains responsables politiques, et exposerait les Cours à de nombreuses critiques. Elles se heurtent également à un problème d'application de leurs jugements, n'ayant pas les moyens d'en forcer l'exécution directement. À titre d'exemple, certains des arrêts les plus emblématiques de la Cour EDH en matière d'orientation sexuelle ont été rendus contre la Russie, qui n'est aujourd'hui plus liée par la

Convention. Si ces arrêts ont établi des principes très importants, la situation des personnes homosexuelles en Russie ne cesse de se dégrader.

**127.** Il n'en demeure pas moins que l'ensemble de la jurisprudence que nous avons évoquée a permis de sensiblement améliorer la protection des personnes LGB au sein de l'Europe par le biais de la protection des droits fondamentaux. Donc, les droits liés à l'orientation sexuelle peuvent-ils être considéré comme un droit fondamental ? Force est d'admettre que non. Seuls *certain*s droits liés à l'orientation sexuelle sont des droits fondamentaux, et leur protection est issue de multiples droits fondamentaux différents. Nous avons toutefois pu établir qu'il existe en Europe une valeur *sui generis* pour reconnaître l'orientation sexuelle comme relevant des droits fondamentaux, qui se traduit par le droit de chaque individu de jouir pleinement de tous les droits indépendamment de son orientation sexuelle.

Un tel droit s'efforce d'atteindre un idéal où l'orientation sexuelle des individus ne serait même plus un sujet dans l'exercice de leurs droits, où l'égalité juridique entre les personnes homosexuelles et hétérosexuelle serait respectée. Il n'existe cependant pas de disposition légale permettant à ce droit de mettre en œuvre tout son potentiel. Dans l'état actuel des droits fondamentaux, l'expression la plus proche de ce droit reste le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Si l'on peut le critiquer, il reste l'outil majeur mis en œuvre par les Cours afin de défendre les personnes LGB contre les différences de traitement qu'elles subissent.

**128.** Se pose maintenant la question d'une reconnaissance expresse de ce droit, dans un instrument contraignant. Il ne nous paraît pas réalisable, dans un avenir proche d'envisager une reconnaissance au niveau européen. Dans un contexte de crise de l'État de droit, l'Union européenne peine déjà à faire respecter ses valeurs fondamentales. Des propositions telles qu'un protocole additionnel à la CEDH consacré aux droits liés à l'orientation sexuelle, ou une modification de la CDFUE se heurteraient à l'opposition de certains États. À ce niveau, ce que nous pouvons espérer, c'est l'adoption la plus rapide possible de la proposition de directive relative à l'égalité de traitement.

Là où nous pouvons néanmoins espérer du changement, c'est au niveau national. La Belgique est un État à la pointe de la protection des personnes LGB, caracolant en tête des pays européens selon les classements d'ILGA Europe. Pourrions-nous espérer une protection constitutionnelle spécifique des droits liés à l'orientation sexuelle ? Cette question reste à explorer mais nous estimons que cela serait une réelle avancée pour les droits des personnes LGB<sup>504</sup>.

---

<sup>504</sup> Voy. M. VANLOOKE, *La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle dans la rhétorique populiste. Comment protéger des droits politisés ?*, mémoire (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. LÉGISLATION

### *Législation internationale*

- Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949, p. 2488.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 16 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806.
- Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant interdiction générale de la discrimination, signé à Rome le 4 novembre 2000, approuvé par le décret de la Communauté germanophone du 18 février 2002, *M.B.*, 30 juillet 2002, p. 33548 ; l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003, *M.B.*, 3 mars 2003, p. 10428 ; le décret de la Commission communautaire française de Région de Bruxelles-Capitale du 15 mai 2003, *M.B.*, 4 juin 2003, p. 30518 ; l'ordonnance de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 juillet 2003, *M.B.*, 29 juillet 2003, p. 39648 ; le décret de la Région wallonne du 4 décembre 2003, *M.B.*, 15 janvier 2004, p. 2345 ; le décret de la Région wallonne du 4 décembre 2003, *M.B.*, 16 janvier 2004, p. 2478 ; le décret de la Communauté française du 12 mai 2004, *M.B.*, 4 juin 2004, p. 42856. Non approuvé par la Flandre.

### *Législation européenne*

#### *Droit primaire*

- Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, *Errat.*, *J.O.U.E.*, 28 octobre 2016, C 400.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, p. 389.

#### *Droit secondaire*

- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, 19 juillet 2000, L 180, pp. 22 à 26.
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, 2 décembre 2000, L 303, pp. 16 à 22.

- Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, 30 avril 2004, L 158, pp. 77 à 123.

### *Travaux préparatoires*

- Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 426 final, Bruxelles, 2 juillet 2008.
- Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM(2022) 695 final, Bruxelles, 7 décembre 2022.

## II. JURISPRUDENCE

### *Comité des droits de l'homme des Nations Unies*

- Com. D.H., décision *Toonen c. Australie*, 31 mars 1994, communication n°488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

### *Cour européenne des droits de l'homme*

- Cour eur. D.H. (plén.), *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968.
- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.
- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986.
- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988.
- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990.
- Cour eur. D.H., arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993.
- Cour eur. D.H., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997.
- Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.
- Cour eur. D.H., arrêt *Lustig Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.
- Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999.
- Cour eur. D.H., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet 2000.
- Cour eur. D.H., déc. *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001.
- Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt *Perkins et R. c. Royaume-Uni* du 22 octobre 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt *Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni* du 22 octobre 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003.
- Cour eur. D.H., arrêt *S. L. c. Autriche* du 9 janvier 2003.
- Cour eur. D.H., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003.
- Cour eur. D.H., arrêt *B.B. c. Royaume-Uni* du 10 février 2004.
- Cour eur. D.H., déc. *F. c. Royaume-Uni* du 22 juin 2004.
- Cour eur. D.H., déc. *I.I.N. c. Pays-Bas* du 9 décembre 2004.
- Cour eur. D.H., arrêt *KA et AD c. Belgique* du 17 février 2005.
- Cour eur. D.H., arrêt *RH c. Autriche* du 19 janvier 2006.
- Cour eur. D.H., déc. *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006.
- Cour eur. D.H., arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008.
- Cour eur. D.H., déc. *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008.
- Cour eur. D.H., déc. *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009.
- Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010.
- Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.
- Cour eur. D.H., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010.
- Cour eur. D.H., déc. *Manenc c. France* du 21 septembre 2010.
- Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010.
- Cour eur. D.H., arrêt *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010.
- Cour eur. D.H., arrêt *Vejdeland et autres c. Suède* du 9 février 2012.

- Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012.
- Cour eur. D.H., arrêt *Genderdoc-M c. Moldavie* du 12 juin 2012.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013.
- Cour eur. D.H., déc. *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* du 7 mai 2013.
- Cour eur. D.H., arrêt *M.K.N. c. Suède* du 27 juin 2013.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013.
- Cour eur. D.H., arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014.
- Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014.
- Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015.
- Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015.
- Cour eur. D.H., arrêt *Pajić c. Croatie* du 23 février 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *Sousa Goucha c. Portugal* du 22 mars 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *M.C. et C.A. c. Roumanie* du 12 avril 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne* du 14 juin 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016.
- Cour eur. D.H., arrêt *Kaos GL c. Turquie* du 22 novembre 2016.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017.
- Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie* du 7 février 2017.
- Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie* du 20 juin 2017.
- Cour eur. D.H., arrêt *Ratzenböck et Seydl c. Autriche* du 26 octobre 2017.
- Cour eur. D.H., déc. *Hallier et autres c. France* du 12 décembre 2017.
- Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017.
- Cour eur. D.H., déc. *Charron et Merle-Montet c. France* du 16 janvier 2018.
- Cour eur. D.H., déc. *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018.
- Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev et autres c. Russie* du 27 novembre 2018.
- Cour eur. D.H., arrêt *Zhdanov et autres c. Russie* du 16 juillet 2019.
- Cour eur. D.H., arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie* du 14 janvier 2020.
- Cour eur. D.H., déc. *Lilliendhal c. Islande* du 12 mai 2020.
- Cour eur. D.H., arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie* du 8 octobre 2020.
- Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France* du 12 novembre 2020.
- Cour eur. D.H., arrêt *B. et C. c. Suisse* du 17 novembre 2020.
- Cour eur. D.H., arrêt *Berkman c. Russie* du 1<sup>er</sup> décembre 2020.
- Cour eur. D.H., arrêt *Sabalić c. Croatie* du 14 janvier 2021.
- Cour eur. D.H., arrêt *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021.
- Cour eur. D.H., arrêt *Association ACCEPT et autres c. Roumanie* du 1<sup>er</sup> juin 2021.
- Cour eur. D.H., arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 13 juillet 2021 (renvoi gde ch.).
- Cour eur. D.H., arrêt *X. c. Pologne* du 16 septembre 2021.
- Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France* du 24 mars 2022.
- Cour eur. D.H., arrêt *Oganezova c. Arménie* du 17 mai 2022.
- Cour eur. D.H., arrêt *Stoyanova c. Bulgarie* du 14 juin 2022.
- Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse* du 22 novembre 2022.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 17 janvier 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Valaitis c. Lituanie* du 17 janvier 2023.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Macaté c. Lituanie* du 23 janvier 2023.

- Cour eur. D.H., arrêt *C8 (Canal 8) c. France* du 9 février 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Beus c. Croatie* du 21 mars 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Buhuceanu et autres c. Roumanie* du 23 mai 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Nepomnyashchiy et autres c. Russie* du 30 mai 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Maymulakhin et Markiv c. Ukraine* du 1<sup>er</sup> juin 2023.
- Cour eur. D.H., déc. *Lenis c. Grèce* du 27 juin 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Koilova et Babulkova c. Bulgarie* du 5 septembre 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Lapunov c. Russie* du 12 septembre 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Romanov et autres c. Russie* du 12 septembre 2023.
- Cour eur. D.H., déc. *Zanola c. Italie* du 21 novembre 2023.
- Cour eur. D.H., arrêt *Przybyszewska et autres c. Pologne* du 12 décembre 2023.
  
- Comm. eur. D.H., déc. *W.B. c. République Fédérale d'Allemagne* du 17 décembre 1955.
- Comm. eur. D.H., déc. *X c. République Fédérale d'Allemagne* du 30 septembre 1975.
- Comm. eur. D.H., déc. *X c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1977.
- Comm. eur. D.H., déc. *X et Y c. Royaume-Uni* du 3 mai 1983.
- Comm. eur. D.H., déc. *S. c. Royaume-Uni* du 26 août 1985.
- Comm. eur. D.H., déc. *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* du 19 mai 1992.
- Comm. eur. D.H., rapport *Sutherland c. Royaume-Uni* du 1<sup>er</sup> juillet 1997.
  
- Cour eur. D.H., affaire *Relu-Adrian Coman et autres c. Roumanie*, app. n°2663/21 du 23 décembre 2020.

Concernant la Cour EDH, voy. également les guides de jurisprudence établis par la Cour :

- Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Orientation sexuelle*, Unité de la Presse, décembre 2023.
- Cour européenne des droits de l'homme, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights – Rights of LGBTI persons*, Bureau du Greffe, 29 février 2024.

### ***Cour de justice de l'Union européenne***

- CJUE, arrêt *Grant/South-West Trains* du 17 février 1998, C-249/96.
- CJUE, arrêt *P D et Suède/Conseil* du 31 mai 2001, C-122/99 et C-129/99.
- CJUE (gde ch.), arrêt *Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* du 1<sup>er</sup> avril 2008, C-267/06.
- CJUE, arrêt *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma Feryn NV* du 10 juillet 2008, C-54/07.
- CJUE (gde ch.), arrêt *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg* du 10 mai 2011, C-147/08.
- CJUE, arrêt *Asociația Accept/Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* du 25 avril 2013, C-81/12.
- CJUE, arrêt *Hay/Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* du 12 décembre 2013, C-267/12.
- CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
- CJUE, arrêt *Léger/Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits de femmes et Établissement français du sang* du 29 avril 2015, C-528/13.
- CJUE, arrêt *David L. Parris/Trinity College Dublin et autres* du 24 novembre 2016, C-443/15.
  - Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. CJUE, arrêt *David L. Parris/Trinity College Dublin et autres* du 24 novembre 2016, C-443/15.
- CJUE (gde ch.), arrêt *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne* du 5 juin 2018, C-673/16.
- CJUE (gde ch.), arrêt *E.B./Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA* du 15 janvier 2019, C-258/17.
- CJUE (gde ch.), arrêt *NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* du 23 avril 2020, C-507/18.
- CJUE, arrêt *J.K./TP S. A.* du 12 janvier 2023, C-356/21.
- CJUE (gde ch.), arrêt *V.M.A./Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »* du 14 décembre 2021, C-490/20.
- CJUE, ordonnance *Rzecznik Praw Obywatelskich* du 21 juin 2022, C-2/21.
- CJUE, affaire *Commission européenne/Hongrie* (pendante, recours du 19 décembre 2022), C-769/22.
- CJUE, demande de décision préjudicielle *JC-T, MT/Wojewoda Mazowiecki* présentée par le Naczelny Sąd Administracyjny (Pologne) le 23 novembre 2023, C-713/23.

### ***Cour suprême des États-Unis***

- Arrêt *Obergefell c. Hodges* du 26 juin 2015, 576 U.S. 644.

### III. DOCTRINE

- VANLOOKE M., *La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle dans la rhétorique populiste. Comment protéger des droits politisés ?*, mémoire (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024.
- ALLARD M.-P. et WILLEMS G., « La vie familiale des personnes homosexuelles », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (sous la dir. de N. DANDOY et G. WILLEMS), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 565-638.
- ALOISI A., « J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift? », *Industrial Law Journal*, 2023, pp. 977-996.
- AMALFITANO C., *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.
- AMOS QC T. et RAINER J., « Parenthood for Same-sex couples in the European Union: Key Challenges », in *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU* (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS), 3<sup>e</sup> éd., European Family Law Series, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 80 à 122.
- AYOUB P. et PATERNOTTE D., « Europe and LGBT Rights: A Conflicted Relationship », in *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics* (sous la dir. de M. BOSIA, S. M. MCEVOY et M. RAHMAN), Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 153-168.
- BAMFORTH N., « Social Sensitivity, Consensus and the Margin of Appreciation » in *Human Rights between Law and Politics : The Margin of Appreciation in Post-National Contexts* (sous la dir. de P. AGHA), Oxford, Hart, 2017, pp. 129-144.
- BELAVUSAU U., « A penalty card for homophobia from EU non-discrimination law: comment on *Associatia Accept* (C-81/12) », *Col. J. Eur. L.*, 2015, pp. 353 à 381.
- BELAVUSAU U. et HENRARD K., « The impact of the 2000 Equality directives on EU anti-discrimination law: Achievements and pitfalls », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (sous la dir. de U. BELAVUSAU et K. HENRARD), Oxford, HART-Bloomsbury, 2019, pp. 1 à 40.
- BELL M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H., *Le droit du Conseil de l'Europe: Vers un espace juridique européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.
- BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- BORRILLO D., « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité* (sous la dir. de N. GALLUS), Limal, Anthemis, 2012, pp. 7-24.
- BORRILLO D. et MERCARY C., *L'homophobie*, Paris, Presses universitaires de France/Humensis, 2019.

- BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Non-discrimination », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* (sous la dir. de F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK), 2<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 575-608.
- BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, LGDJ, 2015.
- BUGNON C., « La diversité sexuelle », in *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne* (sous la dir. de P. ICARD et J. OLIVIER LEPRINCE), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43 à 61.
- CABALLERO F., *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010.
- CANNOOT P., « ECTHR finds Russia's gay propaganda law discriminatory in strong-worded judgment », *Strasbourg Observers*, 11 juillet 2017, <<https://strasbourgobservers.com/2017/07/11/ecthr-finds-russias-gay-propaganda-law-discriminatory-in-strong-worded-judgment/>>.
- CANNOOT P., *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: the Case of Belgium*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2022.
- CARIAT N., « Respect de la vie privée et familiale », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* (sous la dir. de F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK), 2<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 185-209.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Théorie générale des droits et libertés : Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019.
- CLIFFORD J., « Equality », in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (sous la dir. de D. SHELTON), Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 420-445.
- CROWE-URBANIAK D. L., « State obligation to recognize and protect same-sex relationships », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2024, pp. 130-132.
- DONNELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, New-York, Cornell University Press, 2003.
- DRAGHICI C., *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law: 'Living Instrument' or Extinguished Sovereignty?*, Oxford, Hart, 2017.
- DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, coll. droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- DUCOULOMBIER P., « The Protection of Sexual Minorities in European Law », in *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework* (sous la dir. de F. IPPOLITO et S. IGLESIAS SANCHEZ), Oxford, Hart, 2015, pp. 201-226.
- DUPRE DE BOULOIS X., *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, PUF, 2022.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978.
- ELLIS E. et WATSON P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2<sup>e</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

- FENWICK H., *Civil Liberties and Human Rights*, 4<sup>e</sup> ed., Abingdon, Routledge, 2007.
- FENWICK H. et FENWICK D., « Fully recognizing both dignity and equality values under the emergent ECHR right to a same sex registered partnership », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 120 à 133.
- FOSTER N., *Foster on EU Law*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford, Hart, 2019.
- GREAR A., « ‘Sexing the matrix’: Embodiment, disembodiment and the law – towards the re-gendering of legal rationality », in *Gender, Sexualities and Law* (sous la dir. de R. ANNE FENTON, A. GREAR, J. JONES et K. STEVENSON), Abingdon, Routledge, 2011, pp. 39-52.
- HARRIS D. J., O’BOYLE M., BATES E. P., BUCKLEY C. M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- HEINZE E., *Sexual Orientation : A Human Right – An Essay on International Human Rights Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995.
- HIRVELÄ P. et HEIKKILÄ S., *Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence: A Practical Guide to the Article 8 Case-Law of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2022.
- HURPY H., *Fonction de l’autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- JOHNSON P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013.
- JOHNSON P. et FALCETTA S., « Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 91 à 103.
- JONES J., « Taking ‘sex’ out of marriage in the European Union », in *Gender, Sexualities and Law* (sous la dir. de R. ANNE FENTON, A. GREAR, J. JONES, K. STEVENSON), Abingdon, Routledge, 2011, pp. 297 à 310.
- KOFFEMAN N., « Taddeucci and McCall v. Italy : Welcome novelty in the ECtHR’s case-law on equal treatment of same-sex couples », *Strasbourg Observers*, 27 juillet 2016, <<https://strasbourgobservers.com/2016/07/27/taddeucci-and-mccall-v-italy-welcome-novelty-in-the-ecthrs-case-law-on-equal-treatment-of-same-sex-couples/>>.
- KRENC F., *Une convention et une Cour les droits fondamentaux, la démocratie et l’État de droit en Europe*, Limal, Anthémis, 2023.
- KRUNKE H., « Global values, international organizations and constitutional change », in *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (sous la dir. de X. CONTIADES et A. FOTIADOU), Abingdon, Routledge, 2021, pp. 231-244.

- LEMAIRE F., « Propos introductifs », in *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre* (sous la dir. de D. BORRILLO et F. LEMAIRE), Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 9 à 22.
- LEMMENS K., « Le droit au respect de la vie privée », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 901-931.
- LIESKER H. J., « Caught in a balancing act : The European Court of Human Rights and the Road to Recognition for Sexual Minorities », *Oslo Law Review*, 2017, pp. 172-194.
- MACDOUGALL B., *Queer Judgments. Homosexuality, Expression, and the Courts in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- MEENAN H., *Equality Law in an enlarged European Union: Understanding Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- MILKAITE I., « A picture of a same-sex kiss on Facebook wreaks havoc : Beizaras and Levickas v. Lithuania », *Strasbourg Observers*, 7 février 2020, <<https://strasbourgobservers.com/2020/02/07/a-picture-of-a-same-sex-kiss-on-facebook-wreaks-havoc-beizaras-and-levickas-v-lithuania/>>.
- MILKAITE I., « Open minds, open hearts: Macaté v. Lithuania on restricting and labelling a children's book that depicts same-sex families in a positive light », *Strasbourg Observers*, 31 mars 2023, <<https://strasbourgobservers.com/2023/03/31/open-minds-open-hearts-macate-v-lithuania-on-restricting-and-labelling-a-childrens-book-that-depicts-same-sex-families-in-a-positive-light/>>.
- MOS M., « The fight of the Religious Right in Europe: old whines in new bottles », *European Journal of Politics and Gender*, 2018, pp. 325-343.
- MULDER J., *EU non-discrimination law in the courts: approaches to sex and sexualities discrimination in EU law*, Oxford, Hart, 2017.
- O'CINNEIDE C., « The Constitutionalization of Equality Within the EU Legal Order: Sexual Orientation as a testing ground », *M.J.*, 2015, pp. 370 à 395.
- OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7<sup>e</sup> ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- PALAZZO N., « Fedotova and Others v. Russia: Dawn of a new era for European LGBTQ families? », *Maastricht Law Journal*, 2023, pp. 216-228.
- PAPADOPOULOU L., « Sexual Orientation and Gender Identity Law in the European Union and its Court of Justice », in *The Oxford Handbook of International LGBTI Law* (sous la dir. de A. ZIEGLER, M. FREMUTH et B. HERNANDEZ-TRUYOL), Oxford, Oxford University Press, 2024 (à paraître).
- PATERNOTTE D. et SECKINELGIN H., « Lesbian and gay rights are human rights », in *The Ashgate Research Companion to Lesbian and Gay Activism* (sous la dir. de D. PATERNOTTE et M. TREMBLAY), London, Routledge, 2015, pp. 209-224.

- PECH L. et SCHEPPELE K. L., « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the UE », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 3-47.
- POPPELWELL-SCEVAK C., « ‘Until social norms say I do’ : How the Grand Chamber taketh and giveth away in Fedotova and others v. Russia », *Strasbourg Observers*, 12 avril 2023, <<https://strasbourgobservers.com/2023/04/12/until-social-norms-say-i-do-how-the-grand-chamber-taketh-and-giveth-away-in-fedotova-and-others-v-russia/>>.
- RENAULD B. et VAN DROOGHENBROECK S., « Le principe d’égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d’État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605.
- RENCHON J.-L. et WILLEMS G., « Le droit au respect de la vie familiale », in *Les droits constitutionnels en Belgique : Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d’État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1037-1063.
- SCHIEK D. et CHEGE V., *European Union non-discrimination law : comparative perspectives on multidimensional equality law*, Londres, Routledge, 2009.
- SHELTON D., « Prohibited Discrimination in International Human Rights Law », in *The Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (sous la dir. de A. CONSTANTINIDES et N. ZAIKOS), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 261-292.
- SHORAKA K., *Human Rights and Minority in the European Union*, Abingdon, Routledge, 2010.
- SUDRE F. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 9<sup>e</sup> ed., Paris, PUF, 2019.
- SUDRE F., « Rapport Introductif : La ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’Homme* (sous la dir. de F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-33.
- TAPIERO P., « La gestation pour autrui », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (sous la dir. de N. DANDOY et G. WILLEMS), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 357-384.
- TINIERE R., « La cohérence assurée par l’article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union : Le principe d’alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants », in *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et Convention européenne des droits de l’homme* (sous la dir. de C. PICHERAL et L. COUTRON), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 3 à 19.
- TODTS O., « Le droit à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre : un droit fondamental ? », *A. D. L.*, 2013, pp. 133 à 187.
- TORRES PEREZ A., « Too Many Voices ? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union » in *The EU Accession to the ECHR* (sous la dir. de V. KOSTA, N. SKOUTARIS et V. P. TZEVELEKOS), Oxford, Hart, 2014, pp. 29-44.
- TRYFONIDOU A., « The Léger Ruling as Another Example of the ECJ’s Disappointingly Reticent Approach to the Protection of the Rights of LGB Persons under EU Law », *E.L.Rev.*, 2016, pp. 91 à 104.

- TRYFONIDOU A., « Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity », in *General Principles of Law : European and Comparative Perspectives* (sous la dir. de S. VOGENAUER et S. WEATHERILL), Oxford, Hart, 2017, pp. 365-394.
- TRYFONIDOU A., « The impact of the Framework Equality Directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (sous la dir. de U. BELAVUSAU et K. HENRARD), Oxford, HART, 2019, pp. 229 à 248.
- TRYFONIDOU A., « The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: The Coman ruling », *E.L.Rev.*, 2019, pp. 663 à 679.
- TRYFONIDOU A., « Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford: homophobic speech and EU anti-discrimination law », *M.J.*, 2020, pp. 513 à 521.
- TRYFONIDOU A., « Law and sexual minority rights in the EU: navigating a political minefield », in *Research Handbook on the Politics of EU Law* (sous la dir. de P. J. CARDWELL et M.-P. GRANGER), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 204 à 223.
- TRYFONIDOU A., « The parenting rights of same-sex couples under European law », *Marriage, Families and Spirituality*, 2020, pp. 176 à 194.
- TRYFONIDOU A., « The Politics of Sexual Identity and the Emerging Constitutional Battles in Europe », in *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law* (sous la dir. de M. TUSHNET et D. KOCHENOV), Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 532-549.
- VIKARSKA Z., « The many troubles of the Fedotova judgment », *Verfassungsblog on matters constitutional*, 24 janvier 2023, <<https://verfassungsblog.de/the-many-troubles-of-the-fedotova-judgment/>>.
- VOORHOOF D., « European Court of Human Rights : Beizaras and Levickas v. Lithuania », *IRIS*, 2020, pp. 9-11.
- WAITES M., « Critique of ‘sexual orientation’ and ‘gender identity’ in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles », *Contemporary Politics*, 2009, 15:1, pp. 137-156.
- WINTEMUTE R., *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- WINTEMUTE R., « European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation », in *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU* (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS), 3<sup>e</sup> ed., Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 179 à 204.

#### IV. RÉFÉRENCES EXTRA-DOCTRINALES

- BERLANT L. et WARNER M., « Sex in public », *Critical Inquiry*, 1998, pp. 547-566.
- BUTLER J., « Imitation and Gender Insubordination », in *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories* (sous la dir. de D. FUSS), New York, Routledge, 1991, pp. 13-31.
- DORAIS M., *Éloge de la diversité sexuelle*, Montréal, VLB Éditeur, 1999.
- DORAIS M., « Repenser le sexe, le genre et l'orientation sexuelle », *Santé mentale au Québec*, 2015, pp. 37-53.
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité I : La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.
- GOGUEL D'ALLONDANS T., *Ados LGBTI : Les mondes contemporains des jeunes lesbiennes, gays, bisexuel(le)s, transgenres, intersexes*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2017.
- GREENBERG D., *The Construction of Homosexuality*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.
- INGRAHAM C., « The Heterosexual Imaginary: Feminist Sociology and the Theories of Gender », *Sociological Theory*, 1994, pp. 203-204.
- KOSOFSKY SEDGWICK E., *Epistemology of the Closet*, Londres, Penguin Book, 1994.
- RUBIN G., « Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality », in *Culture, Society and sexuality : A Reader* (sous la dir. de R. PARKER et P. AGGLETON), Londres, Routledge, 2006, pp. 150-187.
- WESTBROOK L., « Trans categories and the sex/gender/sexuality system: How transforming understandings of sex and gender can shift sexuality », in *Introducing the New Sexuality Studies* (sous la dir. de N. L. FISCHER, L. WESTBROOK et S. SEIDMAN), Londres, Routledge, 2022, pp. 25-34.

#### V. DIVERS

- Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *LGBTIQ Equality at a Crossroads – Progress and Challenges*, LGBTIQ Survey III, Vienne, Office des Publications de l'Union européenne, 2024.
- Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Union de l'égalité: stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025*, COM(2020) 698 final, Bruxelles, 12 novembre 2020.
- Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), avis sur l'interdiction de la « propagande de l'homosexualité » à la lumière de la législation récente dans certains États membres du Conseil de l'Europe, CDL-AD(2013)022, 18 juin 2013.

- Conseil de l'Europe, recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, doc. CM/Rec(2010)5, 31 mars 2010.
- Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, n°1728, 29 avril 2010.
- Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre*, n°2021, 27 juin 2013.
- Conseil de l'Europe, résolution de l'Assemblée Parlementaire, *Vie privée et familiale: parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, n°2239, 10 octobre 2018.
- Conseil de l'Union européenne, note de la présidence aux Comité des représentants permanents sur la Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, doc. 8616/24/1, Bruxelles, 24 avril 2024.
- Conseil de l'Union européenne, rapport de la présidence au Conseil sur l'état des travaux de la Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement (article 19), doc. 10817/24, Bruxelles, 14 juin 2024.
- Parlement européen, *Résolution du Parlement européen relative à la mise en œuvre de la stratégie de l'Union en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025*, 2023/2082(INI), 8 février 2024.
- Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ*, 2021/2557(RSP), 11 mars 2021.
- Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur les droits des personnes LGBTIQ dans l'Union européenne*, 2021/2679(RSP), 14 septembre 2021.
- Principes de Jogjakarta, *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 26 mars 2007.



