

Faculté de droit et de criminologie

Quel est l'écho des Principes de Jogjakarta dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme quant aux droits des personnes transgenres ?

Entre résonnance et dissonance

Auteur : EVRARD Amaury

Promoteur(s) : WILLEMS Geoffrey

Année académique 2019-2020

Intitulé du Master et de la finalité : Master en DROIT – Finalité Justice Civile et Pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

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

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

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

Remerciements

En premier lieu, je souhaite remercier M. Willems, mon promoteur, pour son temps, ses conseils avisés, et surtout d'avoir cru en ce mémoire qui se concrétise aujourd'hui.

Aussi, j'adresse un remerciement à Thomas pour son oreille et sa lecture attentives, ainsi que pour ses encouragements.

Merci, enfin, à tout mon entourage, ma maman, mes frères et ma meilleure amie, de m'avoir soutenu tout au long de ces études et de m'avoir toujours fait confiance.

Table des matières

Avant-propos : Le Choix des mots	5
Introduction générale	7
Partie 1. L'identité de genre selon les Principes de Jogjakarta et la CEDH	10
Chapitre 1. Les Principes de Jogjakarta	10
Section 1. Présentation des principes	10
§1. Adoption et objectifs	10
§2. Qualités et défauts des Principes	12
Section 2. Les Principes de Jogjakarta entre « Soft Law » et « Hard Law »	13
§1. Un document de Soft Law	13
§2. La Soft Law des droits de l'homme.....	14
§3. Le statut normatif particulier des Principes de Jogjakarta.....	15
§4. Les droits LGBTI en tant que répétition d'obligations internationales	16
Section 3. Les droits fondamentaux des personnes transgenres selon les principes de Jogjakarta : le rappel d'obligations internationales.....	17
§1. Principes 1 et 2 : Le droit à une jouissance universelle des droits humains, à l'égalité et à la non-discrimination.....	17
§2. Principe 3 : Le droit à la reconnaissance devant la loi	19
§3. Principe 6 : Le droit à la vie privée.....	20
§4. Principes 18 et 32 : Le droit à la protection contre les abus médicaux et à l'intégrité physique et mentale.....	21
§5. Principe 24 : Le droit à fonder une famille.....	23
Section 4. La Voix des Principes de Jogjakarta.....	24
§1. Applications en Europe.....	24
§2. Applications extra-européennes	25
Chapitre 2. Les droits fondamentaux des personnes transgenres selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme	27
Section 1. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme entre évolutivité et transposabilité	27
§1. Hard Law.....	27
§2. Une interprétation dynamique de la Convention	28
§3. L'influence de la Soft Law sur la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	30
§4. Le respect des arrêts de la Cour en question.....	31

Section 2. Les droits des personnes transgenres reconnus par la Cour à travers le droit à la vie privée, le droit au procès équitable et le droit à fonder une famille	33
§1. De l'arrêt B. c. France à l'arrêt Goodwin c. RU : L'obligation pour les états de reconnaître l'identité de genre et le droit des personnes transgenres à se marier	33
§2. L'arrêt Van Kück c. Allemagne : Le droit à un procès équitable pour les personnes transgenres	34
§3. De l'arrêt L. c. Lituanie à l'arrêt Y.Y. c. Turquie : L'obligation des états de prévoir une opération de changement de sexe	36
§4. L'arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : La suppression de l'opération chirurgicale irréversible de changement de sexe comme condition de changement de l'état civil	39
§5. L'arrêt S.V. c. Italie : L'obligation pour les états de mettre en place une procédure efficace et rapide de changement de sexe	40
Section 3. Le droit à la vie privée et le droit à fonder une famille : Les droits des personnes transgenres méconnus par la jurisprudence de la Cour	41
§1. L'arrêt Hämäläinen c. Finlande : L'admission d'un changement de situation familiale comme condition d'accès au changement de sexe sur l'état civil	41
§2. Arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : L'autorisation d'une procédure médicalisée comme condition de changement de sexe sur l'état civil	42
Partie 2. Dialogue entre les Principes de Jogjakarta et la Cour Européenne des Droits de l'Homme	43
Avant-propos : Le poids des mots	44
Section 1. Les personnes transsexuelles et la dysphorie de genre	44
§1. Recommandations des Principes de Jogjakarta	44
§2. L'évolution des notions par la Cour Européenne des droits de l'homme	44
Section 2. Un pronom du mauvais genre selon les Principes de Jogjakarta	45
§1. Recommandations des Principes de Jogjakarta	45
§2. L'arrêt Y.Y. c. Turquie : un pas en avant	46
§3. L'arrêt A.P. Nicot et Garçon c. France : un pas en arrière	46
§4. L'arrêt S.V. c. Italie : retour vers le futur	47
Chapitre 1. La résonance des Principes de Jogjakarta par la Cour Européenne des Droits de l'Homme	48
Section 1. Le droit à la reconnaissance de son identité de genre	48
§1. Le premier pas contesté de l'arrêt Goodwin	48
§2. La reconnaissance de l'identité de genre à travers les Principes de Jogjakarta	49
Section 2. Le droit à la réassignation sexuelle	50
§1. De l'arrêt L. c. Lituanie à l'arrêt Y.Y. c. Turquie	50
§2. Quel respect des Principes de Jogjakarta quelques mois après leur adoption ?	50

Section 3. L'abolition de la condition du changement irréversible de l'apparence	52
§1. L'arrêt A.P., Nicot et Garçon : Un revirement de jurisprudence attendu	52
§2. Un revirement souhaité par les Principes de Jogjakarta.....	52
Section 4. Le droit des personnes transgenres à un procès équitable et à une procédure efficace	53
§1. L'arrêt Van Kück c. Allemagne et le droit au procès équitable	53
§2. L'arrêt SV et le droit à une procédure efficace	55
Chapitre 2. La Sourde oreille de la Cour Européenne des Droits de l'Homme face aux Principes de Jogjakarta	56
Section 1. L'arrêt Hämäläinen en demi-dissonance avec les Principes de Jogjakarta.....	56
§1. L'absence du droit au mariage homosexuel	56
§2. L'absence de reconnaissance de l'identité de genre de Mme Hämäläinen	57
Section 2. Les Principes de Jogjakarta contre la pathologisation de la transidentité	59
§1. Contrariété avec les Principes de Jogjakarta	59
§2. Un autre raisonnement possible	60
Chapitre 3. L'avenir face à l'enjeu de la parenté	61
Section 1. Une question pendante devant la Cour	61
§1. La position de la Cour sur la question de la parenté.....	61
§2. L'affaire D.H., O.H. et G.H. c. Allemagne.....	63
Section 2. Le Cour et les Principes de Jogjakarta sur la même tonalité ?	63
§1. Le maintien de la jurisprudence actuelle de la Cour.....	63
§2. Le respect des Principes de Jogjakarta et le droit à fonder une famille.....	63
Conclusion générale	66

Avant-propos : Le Choix des mots

Préalablement à l'objet de ce mémoire, la signification de certaines notions centrales de ce mémoire est à préciser, comme les raisons justifiant pourquoi certaines ont été préférées.

Tout d'abord, enjeu essentiel de ce mémoire, l'identité de genre se définit comme l'expérience que chacun vit, intimement et profondément¹, suivant laquelle on appartient et s'identifie à un genre qui peut différer de celui qui nous a été assigné à la naissance². Cette notion ne doit pas être confondue avec l'orientation sexuelle qui traduit l'attraction d'une personne envers une personne du sexe opposé, du même sexe ou de plus d'un des deux³. Un exemple notoire de la confusion qui subsiste entre ces deux notions se trouve dans l'utilisation de l'adjectif « transsexuel ». En ce qu'il se réfère à la sexualité de la personne (à l'instar des termes « bi-sexuel » ou « homo-sexuel »), ce terme ne rend pas compte de la réalité des personnes transgenres. En effet, le transgendérisme n'est pas une question de changement de sexualité mais de changement d'un sexe vers celui qui correspond à l'expérience vécue⁴, ce qui signifie tout autre chose.

Utilisée auparavant par la doctrine⁵, cette dénomination est pourtant violemment ressentie par la population transgenre en raison de son utilisation pathologisante récente par l'Office Mondial de la Santé, qui classifiait les « transsexuels » parmi les maladies à soigner⁶.

À ces premières notions est préféré l'adjectif « transgenre » dans ce travail en tant que terme utilisé par les deux sources de droit analysée dans ce mémoire, à savoir les

¹ Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 Mars 2007, Jogjakarta, p.6.

² O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 73, 2013, n°1, pp. 138 et 139.

³ Les principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 6.

⁴ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *Rev. dr. h.*, mis en ligne le 23 mars 2015, disponible sur <http://revdh.revues.org/1076>, consulté le 11 mai 2019, p. 1.

⁵ O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 139.

⁶ GENRE PLURIELS, « L'OMS retire les transidentités des maladies mentales... pour diagnostiquer l'incongruence de genre dans la santé sexuelle ! », 20 juin 2018 - modifié le 27 août 2018, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/L-OMS-retire-les-transidentites-des-maladies-mentales-pour-diagnostiquer-l>, consulté le 30 avril 2019.

Principes de Jogjakarta, et désormais la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après « CEDH »)⁷. Cet adjectif caractérise une personne pour qui le sexe biologique déterminé à la naissance ne correspond pas au sexe vécu, qui se ressent de l'autre genre que celui assigné, et qui peut éventuellement décider de procéder à une opération de réassignation sexuelle⁸. À titre d'exemple, conformément à ces définitions, une femme transgenre est une femme à qui on a assigné le sexe masculin à la naissance mais qui se sent intérieurement appartenir au sexe féminin.

L'expression de genre, quant à elle, est une composante de l'identité de genre⁹, et recouvre la manière dont une personne manifeste des caractéristiques qu'on rattache à un genre ou à un autre, caractéristiques qui peuvent différer du genre selon lequel la personne se définit¹⁰.

Enfin, l'acronyme « LGBTI », désigne diverses formes d'identité de genre et d'orientation sexuelle, respectivement lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres, et intersexes¹¹. Ce sigle reprend les personnes intersexes qui se définissent en tant qu'individus pour lesquels les attributs physiques sexuelles ou hormonales ne suffisent pas à les rattacher à une catégorie binaire du genre (mâle ou femelle) puisque celles-ci sont attachées soit aux deux, soit à aucune des deux¹². Bien qu'il n'y ait pas de répertoriations officielles, le pourcentage de population mondiale concernée semble se situer entre 1,7 et 4%¹³.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt X. c. Ex-République Yougoslave de Macédoine, 17 janvier 2019, req. n° 29683/16, §38.

⁸ COUR AFR. D.H.P., COUR INTERAM. D. H. ET O.N.U., « Mettre fin à la violence et autres violations des droits de l'homme fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre - Un dialogue conjoint entre la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et les Nations Unie », Pretoria University Law Press, Pretoria, 2016, p. 2.

⁹ Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰ ACADÉMIE DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR (ARES), *Guide d'accompagnement pour l'inclusion des personnes Trans dans l'enseignement supérieur en Fédération Wallonie-Bruxelles*, Fédération Wallonie Bruxelles, Bruxelles, Avril 2018, p. 32.

¹¹ H.C.D.H., *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p.7 ; O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, pp. 135 et 136.

¹² ACADÉMIE DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR (ARES), *Guide d'accompagnement pour l'inclusion des personnes Trans dans l'enseignement supérieur en Fédération Wallonie-Bruxelles*, *op. cit.*, p. 33.

¹³ COLLECTIF INTERSEXES ET ALLIÉ.E.S - OII FRANCE, « Des chiffres », 1 mai 2019, disponible sur <https://cia-oii france.org/2019/05/01/des-chiffres/>, consulté le 11 mai 2019 ; IDEM, « 10 idées fausses sur l'intersexuation », 18 janvier 2008 - modifié le 14 juin, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/Dix-idees-fausses-sur-l-intersexuation>, consulté le 10 juillet 2019.

Introduction générale

À travers le monde, des personnes transgenres et intersexes sont soumises à une opération de réassignation sexuelle sans qu'elles y aient données leur consentement « complet, libre et informé¹⁴ ». Afin de parvenir à ce que leur identité de genre soit reconnue, elles sont parfois forcées de procéder à cette opération ayant des effets stérilisants¹⁵, et par conséquent contraintes de renoncer définitivement à se reproduire. Que ces procédures de reconnaissance passent par une opération chirurgicale ou par une consultation médicale, les personnes transgenres se plaignent du non-respect de leur droit à l'autodétermination de leur identité de genre, comme élément capital de leur vie privée et intime¹⁶.

À l'intérieur des pays membres des Nations Unies, on observe néanmoins une inclination internationale vers une protection croissante des droits des personnes transgenres, notamment dans les facilités qui leur sont accordés quant à la reconnaissance de leur identité de genre sur leurs documents officiels¹⁷.

C'est également en ce sens que la Belgique a récemment modifié sa loi concernant les personnes transgenres¹⁸, peu après l'adoption de décrets par les régions dans lesquels celles-ci s'engagent à respecter au maximum les droits des personnes transgenres, tout en proclamant la primauté des Principes de Jogjakarta¹⁹.

¹⁴ WHO (under the dir.), « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO », World Health Organization, 2014, p. 1.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ H.C.D.H., *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 74-75.

¹⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, M.B., 10 août 2017.

¹⁹ Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2015-2016, n° A318/1 ; Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *Doc.*, Parl. w., 2013-2014, n° 3/602 ; Voorstel van resolutie betreffende een geïntegreerd gelijke kansen beleid voor holebi's en het actiefuit dragen van de Jogjakarta principes op internationaal niveau, *Doc.*, Parl. fl., 2007-2008, n° 1/1685.

Ces Principes ont en outre servi au législateur belge comme norme internationale de référence²⁰ lors de l'élaboration de sa nouvelle « loi transgenre²¹ », et récemment à la Cour Constitutionnelle belge afin d'invalider une partie de cette loi²².

Mais quels sont ces Principes, qui semblent influencer le développement des droits des personnes transgenres en Belgique et d'où viennent-ils ? C'est l'objet d'étude du premier chapitre de ce mémoire, qui commence par un examen de l'origine et la nature de ce document ainsi que son caractère contraignant, pour poursuivre ensuite sur l'analyse des droits des personnes transgenres qu'il proclame et l'impact international de la proclamation de ces principes.

Les droits et principes qui sont abordés dans ce mémoire sont ceux qui sont spécifiques aux personnes transgenres, tels que le droit à la réassignation sexuelle et à la pleine reconnaissance de leur genre, à savoir des droits des personnes transgenres qui ont, entre autres, fait l'objet d'interrogations devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après « CEDH »). L'évolution des réponses de la Cour à ces interpellations, qui influence aussi notre système juridique²³, constitue l'objet du deuxième chapitre, qui suit la même structure que le premier, en développant préalablement à ces questions juridiques, la nature et le respect de la jurisprudence de la CEDH.

Ces deux premiers chapitres sont consacrés à une analyse objective de ces mécanismes qui influent sur notre société et des droits des personnes transgenres qu'ils proclament, pour constituer la première partie de ce travail.

La deuxième partie, quant à elle, a l'objectif inverse, c'est-à-dire que nous tenterons avec les outils exposés lors de la première partie, de confronter de manière critique les discours des deux mécanismes analysés. Véritable objet de ce mémoire, nous nous servirons de manière plus détaillée des instruments développés pour parvenir à établir si les arrêts de la CEDH au sujet des personnes transgenres respectent les Principes de Jogjakarta.

²⁰ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.1.2.

²¹ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, M.B., 10 août 2017.

²² C.C., 19 juin 2019, *op. cit.*, A.5.3.2.

²³ *Ibidem*, B. 5.5.

Cette seconde partie sera précédée d'un court chapitre consacré aux mots choisis par la CEDH dans ses arrêts concernant les personnes transgenres et leur évolution, et c'est ensuite que nous analyserons les arrêts de la Cour qui convergent avec les Principes, suivi des arrêts qui divergent de ceux-ci, pour clôturer ce travail sur une prochaine question à laquelle la Cour devrait répondre.

Les Principes de Jogjakarta ont-ils un caractère obligatoire ? Est-ce que leur voix parvient aux oreilles de la Cour ? Ces deux discours internationaux qui semblent influencer la politique belge et internationale, dissonent-ils ou existe-t-il des droits sur lesquels leurs discours sont en harmonie ? Par ailleurs, à la suite des récentes évolutions jurisprudentielles de la CEDH quant aux droits des personnes transgenres, quel est le prochain enjeu que la Cour devrait trancher et se peut-il qu'elle juge dans un sens conforme aux Principes de Jogjakarta ? Ce sont ces questions auxquelles nous tenterons humblement de répondre.

Partie 1. L'identité de genre selon les Principes de Jogjakarta et la CEDH

Chapitre 1. Les Principes de Jogjakarta

Section 1. Présentation des principes

§1. Adoption et objectifs

En 2006, vingt-neuf experts internationaux²⁴ issus de vingt-cinq pays différents se réunissent en Indonésie dans la ville de Jogjakarta²⁵. À la demande de nombreuses associations des droits humains, et grâce au soutien du Service International pour les Droits de l'Homme et de la Commission Internationale de Juristes²⁶, ces spécialistes des droits humains et des thématiques de genre et de sexualité vont y élaborer les « Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre²⁷ ».

Ces experts se sont réunis afin d'élaborer un instrument singulier et cohérent de combat face aux nombreuses violences auxquelles doivent faire face certaines personnes en raison de leur orientation sexuelle ou leur identité de genre²⁸. En effet, les discriminations faites à la communauté LGBTI ne faisaient pas l'objet de réponses ordonnées ou suffisantes²⁹. Par conséquent, il était nécessaire de rédiger un texte unique, inspiré de la loi, de la jurisprudence et de la pratique, sur lequel activistes et

²⁴ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principle », Oxford, Human Right Law Review, Oxford University Press, 2008, pp. 1 et 2.

²⁵ Introduction, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 6 et 7.

²⁶ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principle », *op. cit.*, p. 232.

²⁷ Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*

²⁸ A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity : Six Conceptual Advances enabled by the Principles », consulté le 20 Novembre 2018, disponible sur <http://arc-international.net/research-and-publications/new-arc-reports/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-six-conceptual-advances-enabled-by-the-principles/>.

²⁹ ARC INTERNATIONAL, *Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes*, Août 2010, pp. 21 et s.

avocats peuvent se baser pour parvenir à lutter contre les discriminations que la communauté LGBTI doit supporter³⁰.

En Novembre 2017, dix ans après l'adoption des Principes Jogjakarta, huit experts internationaux ont conçu « les Principes de Jogjakarta plus 10³¹ », dans le but de réaffirmer les premiers principes et de les adapter aux enjeux nouveaux auxquels la communauté LGBTI doit faire face. Par ses dix principes additionnels et la centaine de nouvelles recommandations qu'il ajoute, ce document vient « détailler et documenter³² » les principes adoptés en 2006.

Tous les principes sont accompagnés de recommandations, et constituent ensemble, selon ses auteurs³³, le reflet de l'état du droit international concernant les droits humains au moment de leur adoption³⁴. De manière non-exhaustive, ces recommandations énoncent la manière dont les pays, à leur niveau, doivent appliquer les principes³⁵. Par ailleurs, à la fin des Principes³⁶, on retrouve les recommandations additionnelles qui sont quant à elles largement adressées aux organisations internationales, à qui il convient aussi de respecter et de faire respecter ces principes. Des organes internationaux y sont directement interpellés, tels que le Haut-Commissaire aux Droits Humains des Nations Unies (recommandation additionnelle A), le Conseil des Droits de

³⁰ P. L. ETTLEBRICK, & A. TRABUCCO ZÉRAN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », Final Report 1.0, 10 septembre 2010, p. 4.

³¹ The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, adopté le 10 novembre 2017, Genève.

³² ARC INTERNATIONAL, « Les principes de Jogjakarta plus 10 », 2016, disponible sur : <http://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/les-principes-de-jogjakarta-plus-10/>, consulté le 06 juillet 2019.

³³ O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 182.

³⁴ Introduction, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 7 ; D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law : an introduction to the Yogyakarta Principles », J.D., University of Michigan Law School, 2009, pp. 822 et s.

³⁵ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principles, *op. cit.*, p. 240.

³⁶ Recommandations additionnelles, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 34 et 35.

l'Homme des Nations Unies (recommandation additionnelle B), l'Organisation Mondiale de la Santé (recommandation additionnelle F), etc³⁷.

§2. Qualités et défauts des Principes

Ces vingt-neuf principes sont supposés, à eux seuls, regrouper le contenu de centaines de pages de développements législatifs et jurisprudentiels des droits humains³⁸. Cependant, ce n'est pas leur unique qualité puisqu'ils reflètent aussi un large éventail d'expériences concrètes de violation des droits humains subies par des personnes de diverses identités de genre et orientations sexuelles et réunissent, dans un document unique, clair et précis, et la manière dont les pays mettent en œuvre ces obligations internationales, afin de pouvoir s'y conformer³⁹.

Toutefois, les Principes sont à certains égards critiquables. En effet, pour rendre compte de l'expérience de chacun, ils ne s'expriment que par l'utilisation d'un genre neutre. Se faisant, ils ne peuvent rendre compte des violations des droits humains que peuvent spécifiquement rencontrer les femmes lesbiennes, ni les combattre⁴⁰.

De plus, vraisemblablement pour refléter au maximum l'état du droit international, la précision des principes est parfois remise en doute. À titre d'exemple, la recommandation 20 B. est floue en ce qu'elle garantit que « l'expression, la pratique, la promotion d'opinions, de convictions et de croyances différentes concernant les questions liées à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ne soient pas entreprises d'une façon qui contrevienne aux droits humains » et on peut se demander quels sont les comportements que sont alors visé par les Principes⁴¹.

³⁷ACADÉMIE DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR (ARES), *Guide d'accompagnement pour l'inclusion des personnes Trans dans l'enseignement supérieur en Fédération Wallonie-Bruxelles*, op. cit., pp. 82 et 83.

³⁸ P. L. ETTLEBRICK, & A. TRABUCCOZÉRAN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », op. cit., p. 60.

³⁹ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principles, op. cit., pp. 232 et s.

⁴⁰*Ibidem*, p. 236.

⁴¹*Ibidem*.

Section 2. Les Principes de Jogjakarta entre « Soft Law » et « Hard Law »

§1. Un document de Soft Law

Énoncés non pas par des états mais par un groupe d'experts, certains auteurs voient dans ces Principes un idéal à atteindre en vue de l'égalité de tous les citoyens⁴², considérant que cette égalité n'est pas encore atteinte quant à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

En opposition à ce qu'on appelle la « Hard Law » comme par exemple la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou la jurisprudence de sa Cour qui imposent des obligations contraignantes aux états, les Principes de Jogjakarta n'auraient pas de valeur juridique mais relèveraient de ce qu'on appelle de la « Soft Law⁴³». Suivant ce point de vue, il ne serait pas possible de se baser uniquement sur les Principes devant les juridictions pour les faire appliquer, car les experts seuls n'ont pas la capacité d'engager les états au respect d'obligations internationales, et ce texte n'est qui plus est pas inscrit dans un document officiel qui lierait les états.

Ce document n'aurait par lui-même pas de force obligatoire⁴⁴, qui peut dépendre éventuellement d'une implantation législative nationale⁴⁵. L'état des Principes de Jogjakarta quant au statut de pure « Soft Law » doit néanmoins être modéré, car en s'écartant de la position majoritaire qui consiste à ne retenir que comme normes juridiques celles qui sont élaborées par les « auteurs étatiques habilités⁴⁶ », on peut admettre que la Soft Law, et les Principes de Jogjakarta en l'espèce, bénéficient d'un statut plus nuancé.

⁴² O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 182.

⁴³ *Ibidem*, p. 138.

⁴⁴ C. FERCOT., « Soft Law, droits de l'homme et effectivité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, Paris, éditions A. Pedone, 2017, p. 66.

⁴⁵ P. POOJA & A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity, Establishing the universality of human rights », 2016, consulté le 20 novembre 2018, disponible sur : <http://ypinaction.org/yogyakarta-principles-10/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-establishing-the-universality-of-human-rights/>,

⁴⁶ S. LABOREL, « Soft Law et émergence de nouveaux acteurs normatifs » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, *op. cit.*, p. 79.

§2. La Soft Law des droits de l'homme

De plus en plus, les droits de l'homme sont inscrits dans des instruments normatifs qui n'ont pas de valeur juridique contraignante, sans que cela signifie qu'ils soient dénués de tout effet juridique⁴⁷.

En droit international, la distinction entre Soft et Hard Law est moins importante qu'en droit national. Si un document relevant de la Soft Law ne se peut s'auto-suffire son appui peut-être plus au moins fort pour interpréter des conventions internationales⁴⁸. En effet, on reconnaît à la Soft Law un pouvoir d'interprétation des normes internationales et aussi d'uniformisation⁴⁹. Le droit dur est souvent considéré comme trop général et la Soft Law vient combler les lacunes de ce droit⁵⁰. Dès lors, la Soft Law vient accompagner la « Hard Law » en détaillant la norme et en lui apportant une certaine clarification.

En l'espèce, c'est expressément la volonté des Principes de Jogjakarta de préciser l'état du droit international quant aux droits de la communauté LGBTI en les regroupant dans un document unique, succinct, et ordonné (voy.*supra*).

À ce titre, on peut ajouter que la Soft Law a plus de poids lorsqu'elle est l'œuvre d'experts⁵¹. S'ils n'ont pas vocation à représenter des états, on ne peut nier leur capacité à faire état d'un consensus⁵². Leur rôle dans la nature du document de Soft Law est important puisque c'est eux qui vont confronter le droit à la réalité du terrain, en vue d'améliorer cette réalité. C'est ce qui permet entre autres aux droits de l'homme d'être effectifs⁵³, d'avoir une influence directe sur la situation des individus concernés, la communauté LGBTI en l'espèce⁵⁴.

⁴⁷ C. FERCOT, « Soft Law, droits de l'homme et effectivité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., pp. 55 et 56.

⁴⁸ E. BREMS, « Should Pluriform Human Rights Become One ? - Exploring the Benefits of Human Rights Integration », J.E.D.H., 2014/4, p. 450.

⁴⁹ S. LAGOUTTE, TH. GAMMELTOFT & J. CERONE, *Tracing the role of soft law in human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 6.

⁵⁰ C. FERCOT, « Soft Law, droits de l'homme et effectivité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., pp. 62 et 63.

⁵¹ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK & F. KRENC, « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », op. cit., pp. 475 et 476.

⁵² *Ibidem*, pp. 474 et s.

⁵³ L. MAURIN, « Soft Law, intérêts privés et droits fondamentaux » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., p. 98.

⁵⁴ C. FERCOT, « Soft Law, droits de l'homme et effectivité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., p. 65.

En plus de cet apport en effectivité, la « Soft Law » est aussi reconnue comme permettant le développement de nouveaux régimes de droits humains. De cette manière, la Soft Law des droits de l'homme peut constituer la forme première d'une norme avant de s'inscrire dans le droit formel⁵⁵.

§3. Le statut normatif particulier des Principes de Jogjakarta

Les Principes de Jogjakarta dont il est question peuvent se voir accorder une certaine légitimité tant grâce au processus d'élaboration transparent initié par des acteurs de l'O.N.U., que par la représentativité et l'expertise des acteurs qui ont participé à son élaboration⁵⁶.

En effet, les Principes sont l'objet d'un travail qui trouve son origine dans l'Organisation des Nations Unies, et qui a fait l'objet d'une rédaction totalement transparente. À ce titre, on trouve la liste des signataires et rédacteurs de ces différents principes ainsi que leurs fonctions, et ce, à la fin des Principes de Jogjakarta⁵⁷ comme à la fin des 10 Principes additionnels⁵⁸.

De plus, les fonctions des participants qui y sont répertoriées démontrent qu'il s'agit de personnes qualifiées pour parler des droits humains. On y retrouve par exemple des rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou sur la situation des droits humains en République démocratique de Corée, mais aussi des membres du Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant ainsi que divers professeurs d'universités⁵⁹.

Enfin, ces Principes prônent le respect des valeurs qui ont déjà un ancrage dans le droit international (voy.*supra*). Cette qualité permet, pour certains auteurs, de renforcer leur capacité à modifier les comportements en passant par des « normes formelles classiques

⁵⁵ X. SOUVIGNET, « Juridicité du Soft Law, juridicité des droits de l'homme » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., pp. 43 et 44.

⁵⁶ D. MARDON, « Soft Law, droits fondamentaux et légitimité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, op. cit., pp. 137 et s.

⁵⁷ Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, op. cit., pp. 36 et 37.

⁵⁸ ARC INTERNATIONAL, « Les principes de Jogjakarta plus 10 », op. cit., pp. 26 et 27.

⁵⁹ *Ibidem*.

de droit international⁶⁰», ou en s'inscrivant dans le droit par le biais d'implantations nationales législatives ou jurisprudentielles⁶¹.

§4. Les droits LGBTI en tant que répétition d'obligations internationales

À propos des droits de la communauté LGBTI, Navi Pillay (à ce moment-là, Haut-Commissaire des droits de l'homme aux Nations Unies) exprime : « Ces droits et d'autres sont universels : consacrés par le droit international, mais refusés à de nombreux êtres humains simplement en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre⁶²».

En effet, si certains auteurs affirment qu'il ne s'agirait que de « nouveaux droits⁶³ » que les États ont le choix de suivre ou pas⁶⁴, d'autres estiment ces droits ne sont que le rappel d'obligations internationales⁶⁵. Spécifiquement, les Principes de Jogjakarta ont vocation à refléter des droits qui sont déjà affirmés internationalement (voy. *supra*) et, par conséquent, les États seraient dans l'obligation de les respecter en vertu de traités internationaux⁶⁶.

Largement inspirés des Pactes Internationaux relatifs aux droits civils et politiques (ci-après « PIDCP »), et aux droits économiques et sociaux (ci-après « PIDES »)⁶⁷, les auteurs des Principes ont voulu faire l'état d'une jurisprudence déjà existante⁶⁸. Se calquant sur la jurisprudence et l'état du droit international des droits humains lors de son élaboration, les Principes de Jogjakarta ne vont pas au-delà des droits précédemment affirmés, en n'affirmant pas, par exemple, qu'il existe un droit au mariage homosexuel. À ce titre, les Principes énoncent uniquement dans leur principe

⁶⁰ D. MARDON, « Soft Law, droits fondamentaux et légitimité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016* », *op. cit.*, pp. 141 et s.

⁶¹ D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and genderidentity in international humanrightslaw : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, pp. 869 et 870.

⁶² EQUITAS – Centre international d'éducation aux droits humains, « Les droits des personnes gaies lesbiennes, transsexuelles et transgenres », 9 juin 2012, p. 1.

⁶³ H.C.D.H., *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁴ ARC International, Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁵ EQUITAS – Centre international d'éducation aux droits humains, « Les droits des personnes gaies lesbiennes, transsexuelles et transgenres », *op. cit.*, p. 1.

⁶⁶ ARC International, Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and genderidentity in international humanrightslaw : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, p. 833.

⁶⁸ M. O'FLAHERTY (sous la dir.), « Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles », Nottingham, Novembre 2007, p. 1.

24,E., concernant le droit de fonder une famille, que le droit des personnes à se marier ou à ne former qu'un partenariat ne peuvent être traités de manière discriminante⁶⁹.

Effectivement, les Principes ne vont pas jusqu'à affirmer des droits qui ne font pas l'objet d'un consensus international. Le contraire aurait entaché la crédibilité des Principes en ce qu'ils prétendent affirmer des droits reconnus internationalement⁷⁰.

Section 3. Les droits fondamentaux des personnes transgenres selon les principes de Jogjakarta : le rappel d'obligations internationales

Comme détaillé précédemment, les auteurs des Principes de Jogjakarta affirment y avoir inscrit l'état du droit international et d'une jurisprudence déjà établis, dont ce document serait le rappel, sous l'angle de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. En énonçant certains des droits énoncés dans les Principes de Jogjakarta, nous allons examiner s'il existe une base en droit international des droits énoncés par les Principes, suivi de ce que les recommandations conseillent pour leur mise en œuvre.

§1. Principes 1 et 2 : Le droit à une jouissance universelle des droits humains, à l'égalité et à la non-discrimination

Le premier principe énonce que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Littéralement, il s'agit de la copie de la première phrase introduisant la Déclaration Universelle des Droits Humains⁷¹. On retrouve à nouveau l'affirmation du droit à l'égalité et à la non-discrimination dans cette déclaration aux articles 2 et 7 de cette déclaration, ainsi qu'à l'article 14 et l'article 1^{er} du Protocole n°12 de la CEDH, ce dernier ayant, lui, une portée autonome mais n'étant néanmoins pas ratifié par une majorité des pays adhérents à la Convention⁷². Enfin, ces principes sont aussi inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne aux articles 20 à 23, dans le PIDCP⁷³ et dans le PIDES⁷⁴.

⁶⁹ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principles, *op. cit.*, pp. 232-237.

⁷⁰ D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, pp. 855-856.

⁷¹ A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity : Six Conceptual Advances enabled by the Principles », *op. cit.* ; ARC INTERNATIONAL, *Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes*, *op. cit.*, p. 43.

⁷² O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 145.

⁷³ Articles 2, 1) et 26, Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, New York.

Ces deux principes signifient que les états doivent s'assurer que ceux qui élaborent la loi et ceux qui l'appliquent ou la font appliquer, le font sans discrimination⁷⁵. Cela implique une obligation positive pour les états de sanctionner des comportements qui porteraient atteinte de manière discriminante à la vie privée des personnes⁷⁶.

Spécifiquement, il est aussi reconnu par plusieurs traités de droits internationaux sur les droits de l'homme que la discrimination sur base de l'identité de genre constitue une violation des droits humains⁷⁷. À ce titre, si le PIDCP et le PIDES ne mentionnent pas l'identité de genre comme un « motif de discrimination », le Comité des droits sociaux, civils et politiques, comme le Comité des droits de l'enfant, ont établi explicitement⁷⁸ qu'il s'agit d'un « motif de discrimination interdit⁷⁹ ».

La liste des motifs prohibés pouvant mener à une discrimination est effectivement de nature à pouvoir être étendue⁸⁰, c'est pourquoi les droits à l'universalité des droits humains, à l'égalité et à la non-discrimination sont formulés de manière universelle, dans les Principes de Yogyakarta comme dans les autres conventions précitées. À cette universalité, rappelée par la Haut-commissaire des Nations-Unies Navi Pillay⁸¹, il ne peut exister aucune exception⁸², pas même sur base de l'identité de genre précise les Principes de Jogjakarta⁸³.

⁷⁴ Article 2, 2), Pacte International relatif aux Droits Economiques et Sociaux, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, New York, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

⁷⁵ O. TODTS., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 145.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ WHO (under the dir.), « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ H.C.D.H., « Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 39 et 40.

⁷⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et rapports du Haut-Commissariat et du Secrétaire général », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁰ H.C.D.H., « Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 38 et 39.

⁸¹ *Ibidem*, p. 9.

⁸² P. POOJA & A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity, Establishing the universality of humanrights », *op. cit.*, p. 39.

⁸³ Principes 1 et 2, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

Le premier principe de Jogjakarta, en sa deuxième phrase, précise que tout le monde, quelle que soit son identité de genre ou son orientation sexuelle, peut se prévaloir de ses droits humains. Cette même affirmation est consacrée par la CEDH ainsi que par la convention de Vienne⁸⁴, et répétée par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies⁸⁵.

Enfin, ces principes du droit à l'égalité et à la non-discrimination requièrent, selon les recommandations des Principes de Jogjakarta, que les états prennent les mesures appropriées afin d'assurer la jouissance universelle des droits humains⁸⁶ et les dispositions adéquates afin d'éliminer et interdire toute discrimination sur base de l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁸⁷.

§2. Principe 3 : Le droit à la reconnaissance devant la loi

Selon les principes de Jogjakarta, le droit à être reconnu devant la loi veut que les états respectent le genre de la personne telle qu'elle l'a défini, et mettent à disposition des procédures administratives accessibles et efficaces afin que ce soit ce genre qui soit reconnu. Ce principe est essentiel pour les personnes transgenres dont le but est de se faire reconnaître et identifier selon le genre qu'elles ont déterminé⁸⁸.

On retrouve le droit à la reconnaissance devant la loi consacré par les articles 6 et 29,2) de la DUDH, de même que par l'article 16 du PIDCP.

Les recommandations à la suite de ce principe précise que pour satisfaire aux exigences de ce droit, les états doivent prendre des dispositions afin que chacun voit son identité de genre respectée et reconnue⁸⁹, dont la stérilisation ne doit pas être un prérequis.

⁸⁴ M. O'FLAHERTY (under de dir.), « Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, p. 4.

⁸⁵ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 30 juin 2016 », Conseil des droits de l'homme, 32ème session, 15 juillet 2016, A/HRC/RES/32/2., p. 1.

⁸⁶ Recommandations 1. C. et D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p. 10.

⁸⁷ *Ibidem*, Recommandations 2. C., D., E. et F., p. 11.

⁸⁸ P. POOJA & A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles : Looking back and looking forward », *Arrow for change, op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ Recommandations 3.B., et C., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p. 12.

Aussi, ils doivent garantir que les procédures de reconnaissance soient efficaces, équitables et non-discriminatoires⁹⁰.

Par la suite, Le principe additionnel 31 sur le droit à la reconnaissance juridique des « Principes de Jogjakarta plus 10 » est venu réaffirmer et compléter ces affirmations en exposant que chacun a le droit, sans discrimination sur base de l'identité de genre, d'obtenir des documents d'identité et de modifier les informations genrées sur ces documents.

Afin de respecter ce principe, les états doivent prévoir des procédures soient rapides, transparentes et accessibles afin de changer de nom ou de sexe, et qu'il ne soit pas requis d'intervention médicale ou de diagnostic psycho-médical pour obtenir ces changements⁹¹.

§3. Principe 6 : Le droit à la vie privée

Le droit à la vie privée, qui veut qu'on n'interrompe pas les personnes dans leurs foyers, au sein de leur vie privée, retrouve une acception large dans les Principes de Jogjakarta puisqu'il inclut le droit à dévoiler ou à ne pas dévoiler des informations qui concernent son identité de genre ainsi que le droit à l'intégrité physique, ce qui comprend le droit de refuser toute modification corporelle non-consentie⁹².

Ce droit à la vie privée est consacré à l'article 12 de la DUDH, dans la CEDH en son article 8, par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ainsi que par l'article 17 du PIDCP.

Afin de respecter le droit à la vie privée des personnes transgenres, les recommandations prévoient que les états doivent, entre autres, abroger toute loi qui interdit l'expression de l'identité de genre ou refuse la possibilité de changer leur

⁹⁰ Recommandation 3.D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p. 12.

⁹¹ Recommandations 31. B. et C., The Yogyakarta Principles plus 10, Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 18.

⁹² P. POOJA & A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles : Looking back and looking forward », *op. cit.*, p. 39.

corps⁹³, et s'assurer à chaque personne leur droit de jouir de sa sphère privée et de ses décisions intimes⁹⁴.

Aussi, il est recommandé à ces états de s'assurer que les personnes disposent d'un choix dans la manière de divulguer ces informations, le moment de cette divulgation ainsi que les personnes à qui les divulguer⁹⁵.

De plus, les états doivent s'assurer que lorsque de telles informations sont requises par la loi, leur demande est pertinente, raisonnable, nécessaire et sert un but légitime, et que ces demandes respectent le genre tel qu'il est déterminé par la personne⁹⁶.

§4. Principes 18 et 32 : Le droit à la protection contre les abus médicaux et à l'intégrité physique et mentale

La protection contre les abus médicaux, édictée par les Principes de Jogjakarta, comprend deux volets d'interdiction. D'une part il est interdit d'appréhender l'identité de genre comme une maladie à soigner, d'autre part il interdit la réalisation des tests médicaux ou psychologiques à une personne qui n'y a pas consenti.

Ce deuxième comportement prohibé vise particulièrement la lutte contre la stérilisation forcée des personnes transgenres. En effet, dans certains pays qui octroie ou octroyait le changement de la mention du sexe sur certains documents d'identité, il est requis qu'elles accomplissent préalablement une opération chirurgicale de changement de sexe, une opération stérilisante et souvent non-souhaitée par les personnes transgenres⁹⁷.

Pourtant, le droit international interdit cette pratique en ce qu'elle est contraire aux droits à la dignité, à l'autodétermination et à l'intégrité physique⁹⁸.

On retrouve expressément ce principe à l'article 7 du PIDCP. Aussi, comme l'ONU l'a déjà établi⁹⁹, on peut considérer que cette exigence de modification corporelle à effet

⁹³ Recommandation 6.D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁴ *Ibidem*, recommandation 6.A., p. 14.

⁹⁵ *Ibidem*, recommandation 6.F., p. 15.

⁹⁶ Recommandation 6.G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁷ WHO (under the dir.), « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO », World Health Organization, 2014, pp. 7 et 8.

⁹⁸ *Ibidem*.

stérilisant est contraire au droit à ne pas subir de traitements cruels inhumain et dégradants et en outre affirmer que cette protection contre les abus médicaux découle du droit à la santé, qui prévoit un droit à « contrôler sa santé et son corps, ce qui interdit la stérilisation forcée¹⁰⁰».

Afin de respecter ce principe, les experts recommandent aux états de prendre toutes les dispositions normatives nécessaires afin que les personnes transgenres soient protégées contre les procédures médicales nuisibles ou non-désirées¹⁰¹. De plus, ceux-ci doivent s'assurer que l'identité de genre ne soit pas abordée comme une maladie devant être « traitée, soignée ou supprimée¹⁰² ».

Les « Principes de Jogjakarta plus 10 » sont venus ajouter un principe 32 à ce sujet, à savoir le droit à l'intégrité physique et mentale. Ce principe affirme le droit à l'autodétermination et à l'autonomie, ainsi que le droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, précisant que personne ne doit subir des procédures médicales de modification de ses caractéristiques sexuelles, qui soient intrusives ou irréversibles et à laquelle elle n'aurait pas consenti.

Les recommandations suites à ces principes réclament que les états garantissent ces droits à l'autonomie, l'auto-détermination et à l'intégrité physique et mentale, et qu'ils s'assurent que personne ne subisse de modifications non souhaitées de ses caractéristiques sexuelles¹⁰³.

Aussi, la dernière recommandation qui suit ce principe édicte que les états doivent interdire les examens médicaux intrusifs dans les procédures légales, administratif et

⁹⁹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7), U.N. Doc. CCPR General Comment No. 20, 10 March 1992, §7.

¹⁰⁰ ARC INTERNATIONAL, *Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes*, *op. cit.*, pp. 61 et 62.

¹⁰¹ Recommandations 18. A. et D, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰² *Ibidem*, Recommandations 18. F., p. 24.

¹⁰³ Recommandations 32. A. et B., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.* p. 10.

criminelles, à moins que la loi le requière de manière « pertinente, raisonnable, et nécessaire afin d'atteindre un but légitime¹⁰⁴».

§5. Principe 24 : Le droit à fonder une famille

Selon le « droit à fonder une famille » des Principes, il existe différents types de familles et chacun dispose le droit d'en fonder une. Le droit au mariage est déduit de ce principe.

On le retrouve dans le droit international, d'une part réservé à un homme et une femme dans ses les formes plus anciennes¹⁰⁵, d'autre part, dans ses formes plus récentes, explicitement ouvert à tout le monde et, par conséquent, potentiellement aux couples homosexuels¹⁰⁶.

On peut noter que, pour satisfaire à ce principe, le droit à fonder une famille nécessite des états, entre autres, qu'ils s'assurent qu'aucune famille n'est victime de discrimination « en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de l'un de ses membres¹⁰⁷ », et qu'ils garantissent l'égalité entre les mariages et partenariats qu'ils prévoient, et enfin que ceux-ci soient réalisés avec le consentement des personnes concernées¹⁰⁸.

Cependant, comme on l'a déjà noté, les Principes de Jogjakarta et ses recommandations sont sensés refléter l'état du droit international des droits humains. Comme il n'existe pas de consensus de droit international à l'égard du droit au mariage homosexuel, les Principes n'affirment pas ce droit, énonçant simplement le droit des familles à être diversifiées mais traitées sans discrimination (voy. supra.).

¹⁰⁴ Recommandation 32 G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.* p. 10.

¹⁰⁵ Art. 12 CEDH, « (...) l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille (...) » ; Voy. également l'art. 23, 2) PIDCP, « Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ».

¹⁰⁶ Art. 9, Charte droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

¹⁰⁷ Recommandation 24. B., Les principes de Jogjakarta, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ *Ibidem*, Recommandations 24. E., F, et G, p. 29.

Section 4. La Voix des Principes de Jogjakarta

Les Principes de Jogjakarta, sont reconnus internationalement comme étant le reflet d'obligations internationales, ou en tant qu'obligations internationales en tant que tels. À ce titre, il existe de nombreux exemples communautaires, nationaux et internationaux de l'affirmation des Principes ainsi que de leur utilisation, tant par des acteurs politiques que par des acteurs juridiques.

§1. Applications en Europe

Au niveau européen, on retrouve par exemple un rapport du parlement européen qui invite la commission de l'Union Européenne et le conseil à endosser intégralement les Principes de Jogjakarta. De plus, il est fait plusieurs fois références aux Principes par le Conseil des Ministres au Conseil de l'Europe¹⁰⁹.

À la Cour Européenne des Droits de l'Homme, les Principes sont connus de certains juges puisque, lors d'une l'opinion dissidente concernant l'arrêt « Hamalainen », trois juges s'y réfèrent pour appuyer leur raisonnement selon lequel l'article 12 de la CEDH aurait dû être analysé non seulement comme le droit à se marier mais aussi le droit à rester marié, la réassignation sexuelle d'un époux n'étant selon eux pas une raison suffisante pour mettre fin au mariage¹¹⁰. Aussi, les associations qui expriment leur opinion auprès de la Cour en tant que tiers intervenants citent ces Principes¹¹¹.

À l'échelle nationale en Europe, on retrouve plusieurs traces de son impact. C'est le cas notamment en Belgique où les différentes régions ont adopté des décrets, proclamant la primauté des Principes, qu'elles se sont engagées à suivre¹¹². C'est le cas aussi au parlement des Pays-Bas qui a lui aussi approuvé ces Principes, sous l'influence

¹⁰⁹ P.L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRÀN., « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », op. cit., p. 53.

¹¹⁰ A. SAJÓ, H. KELLER, ET P. LEMMENS, opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hamalainen c. Finlande, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, §16.

¹¹¹ À titre d'exemple voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §111.

¹¹² Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2015-2016, n° A318/1 ; Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *Doc.*, Parl. w., 2013-2014, n° 3/602 ; Voorstel van resolutiebetreffende een geïntegreerd gelijkheidskansenbeleid voor holebi's en het actief uitdragen van de Yogyakarta principes op internationaal niveau, *Doc.*, Parl. fl., 2007-2008, n° 1/1685.

du Ministre des affaires étrangères de l'époque qui a déclaré qu'ils serviraient de guide à sa politique¹¹³.

De même, en Espagne, le ministre des affaires sociales a écrit un livre où une dizaine de page est consacrée à ces principes¹¹⁴, et en Angleterre, le bureau des étrangers et du Commonwealth a, quant à lui, élaboré un guide se basant sur les Principes, afin de « promouvoir les droits humains des personnes LGBT¹¹⁵ ».

Enfin, on retrouve plusieurs états tels que la Suisse et le Danemark qui ont déclaré ces Principes comme légalement obligatoires en ce qu'ils répètent le standard des obligations internationales par lesquelles ces états sont liés¹¹⁶.

§2. Applications extra-européennes

De nombreux exemples internationaux de l'emploi des Principes de Jogjakarta peuvent être trouvés, par leur utilisation au sein de certains gouvernements, dans le domaine académique ou encore par la société civile.

Leur première force internationale est déduite de l'application de la première recommandation additionnelle aux Principes qui prévoit que « Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme avalise ces Principes, promeuve leur mise en application à l'échelle mondiale et les intègre au travail du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, y compris au niveau opérationnel¹¹⁷ ».

Sans être pour autant cités, ces principes ont contribué à faire des questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre une priorité pour le conseil des droits de l'homme des nations unies durant les années 2010 à 2011, ainsi que pour le mandat de N. Pillay qui a suivi¹¹⁸.

¹¹³ P. L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRÀN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁴ P. L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRÀN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, pp. 58 et 59.

¹¹⁵ D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, p. 872.

¹¹⁶ P. L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRÀN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹¹⁸ *Ibidem*.

La recommandation C prescrit quant à elle des procédures spéciales qui doivent attirer l'attention sur les violations des droits des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre et doivent intégrer « ces Principes dans l'exécution de leurs mandats respectifs¹¹⁹ ». Effectivement, les rapporteurs spéciaux au comité des droits de l'Homme ont fait mention des Principes lorsqu'ils ont constaté des violations des droits de l'homme pour ces raisons, c'est le cas notamment du rapporteur spécial sur la liberté d'expression qui dans son rapport a attiré l'attention de la République Chèque sur l'existence des Principes¹²⁰.

Peu utilisés en Amérique du Nord, on retrouve tout de même une motion au Parlement canadien pour l'adoption des Principes par ce pays¹²¹, ainsi qu'un arrêt d'une Cour d'Appel aux Etats-Unis qui s'inspire de ceux-ci¹²².

En Asie également, certaines juridictions comme la Haute Cour d'Inde¹²³, ont intégrés totalement ces principes et ont fait évoluer leur jurisprudence à la lumière de ceux-ci, notamment pour décriminaliser l'homosexualité¹²⁴. L'arrêt de la Haute Cour mentionne que le non-respect de ces Principes irait « à l'encontre de la moralité constitutionnelle¹²⁵ ».

La Cour Suprême du Népal, de même, a cité les Principes de Jogjakarta¹²⁶, qui ont servi d'avis d'expert en la matière¹²⁷. La reconnaissance des Principes a en l'occurrence, servi à bannir une loi condamnant la sodomie, mais a servi aussi d'inspiration de projets de

¹¹⁹ Recommandation C (recommandation additionnelle), Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p. 34.

¹²⁰ P. L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRAN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, p. 16.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 38 et s.

¹²² D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, p. 873.

¹²³ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et rapports du Haut-Commissariat et du Secrétaire général », conseil des droits de l'homme, 19ème session, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41, pp. 46 à 48.

¹²⁴ P. POOJA & A. NARRAIN, « The Yogyakarta Principles : Looking back and looking forward », *op. cit.*, p. 39.

¹²⁵ Delhi High Court, Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi, 2 July 2009, n°7455/2001.

¹²⁶ P. L. ETTLEBRICK & A. TRABUCCO ZÉRAN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, p. 49.

¹²⁷ T. DREYFUS, « The Half-Invention of Gender Identity in International Human Rights Law : From Cedaw to the Yogyakarta Principles », *Australian Feminist Law Journal*, Volume 37, 2012, p. 43.

mention d'un troisième genre sur la carte d'identité ou encore de la création d'un comité relatant exclusivement des questions d'orientation sexuelle ou d'identité de genre¹²⁸.

Enfin, sur le continent africain on ne répertorie que quelques usages de ces Principes, par exemple par le gouvernement d'Afrique du Sud qui s'y réfère ou les utilise dans sa politique¹²⁹.

Chapitre 2. Les droits fondamentaux des personnes transgenres selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Section 1. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme entre évolutivité et transposabilité

§1. Hard Law

À l'inverse des Principes de Jogjakarta, la jurisprudence de la CEDH est pourvue d'un caractère contraignant. Cela peut se déduire de l'article 46, §1^{er} de la Convention selon lequel « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties¹³⁰ ». Les arrêts de la Cour ont donc autorité de la chose jugée, une autorité *inter partes*¹³¹ qui n'est dès lors que relative en ce qu'elle ne concerne que les parties à la cause, et ne les lie que dans les limites de ce qu'elle a tranché dans l'exercice de ses fonctions¹³².

Cependant, l'article 32, §1^{er} de la CEDH dispose que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles (...) ». Suivant cet article de la Convention, ses arrêts bénéficient également de l'autorité de chose interprétée, ce qui leur permet d'avoir une

¹²⁸ D. BROWN, « Student Note – Making room for sexual orientation and genderidentity in international humanrightslaw : an introduction to the Yogyakarta Principles », *op. cit.*, p. 873.

¹²⁹ P. L. ETTTELBRICK& A. TRABUCCOZÉRAN, « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », *op. cit.*, p. 25.

¹³⁰ F. KRENC, L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le Droit International et Européen des droits de l'homme devant le juge européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 315 et s.

¹³¹ H. KELLER, « Article 8 in the system of the Convention » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 24.

¹³² *Ibidem*, pp. 20 et s.

portée plus large que le cas d'espèce¹³³ et par ce fait, de s'adresser à tous les états membres à la Convention¹³⁴.

Rappelant elle-même qu'elle possède cette capacité interprétative concernant la Convention, la Cour ajoute que cette interprétation a un caractère contraignant, et dispose qui plus est d'un effet *erga omnes*¹³⁵.

L'exercice de ce pouvoir interprétatif est important selon elle, puisqu'il en va de « l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents »¹³⁶.

La CEDH tranche par conséquent des litiges mettant en jeu des droits garantis par la Convention et dispose, lors de cet exercice, d'une capacité interprétative de celle-ci. Ces pouvoirs sont toutefois subordonnés à la condition préalable qu'un recours soit intenté par un citoyen d'un pays adhérent à la Convention au sein duquel il a usé de tous les moyens légaux¹³⁷.

§2. Une interprétation dynamique de la Convention

Selon la CEDH, la Convention est un instrument « vivant » par lequel elle peut exprimer sa créativité afin d'améliorer le contenu de ces articles¹³⁸, en tenant compte par exemple de l'existence d'un consensus, c'est-à-dire du partage d'une idée par une majorité d'états, afin de déterminer si un état s'est conformé à ses obligations¹³⁹. C'est à cet égard qu'une certaine marge d'appréciation est accordée à la Cour lorsqu'elle rend des arrêts, arrêts qui ont autorité de la chose interprétée.

¹³³ F., KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le Droit International et Européen des droits de l'homme devant le juge européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 316 et 317.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 319.

¹³⁵ H., KELLER, « Article 8 in the system of the Convention » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, *op. cit.*, pp. 23 et s.

¹³⁶ F., KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le Droit International et Européen des droits de l'homme devant le juge européen*, *op. cit.*, p. 322.

¹³⁷ R. WHITE & I. BOUSSIAKOU, « Voices from the European Court of Human Rights », Netherlands Institute of Human Rights (SIM), Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 27/2, 2009, p. 173.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ G. LETSAS, « The ECHR as a living instrument : its meaning and legitimacy » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 108 et 109.

De cette méthode dynamique d'interprétation, qu'on peut aussi qualifier « d'évolutive¹⁴⁰ », il résulte que les états ont des obligations plus étendues que celles qu'ils ont acceptés lors de la conclusion de la Convention¹⁴¹ et qui ne se limite dès lors pas à ce qui avait été prévu par celle-ci¹⁴².

Un exemple de la dynamique d'interprétation de la jurisprudence de la Cour, par ailleurs influence par l'émergence d'un consensus, figure au sein de l'arrêt Goodwin, dans lequel elle a renversé sa jurisprudence concernant la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne transgenre, considérant dans son raisonnement qu'il y a une tendance des états membres, à cette époque, qui évolue et qui converge vers l'octroi de ces droits aux personnes transgenres (voy.infra.). Pour se faire, la Cour se base sur une tendance convergente et sur des consensus émergents en droit international pour justifier la violation de la Convention par une telle pratique¹⁴³.

C'est d'ailleurs suivant ce procédé que la Cour va largement étendre son interprétation du champ d'application de l'article 8 de la CEDH, si bien que le respect de la vie privée est capable aujourd'hui de protéger tous les comportements ou aspirations individuels. Comme comprise aujourd'hui, la notion de vie privée ne protège pas seulement la sphère privée d'ingérences par des comportements externes, mais protège aussi le droit à « l'épanouissement, à l'autonomie, et/ou au développement personnels, et un droit de nouer des relations avec ses semblables et le monde extérieur¹⁴⁴ ». Si bien qu'elle considère aujourd'hui que ce droit au respect de la « vie privée » s'étend à l'identité de genre en ce qu'elle fait partie de l'identité personnelle¹⁴⁵.

¹⁴⁰ M. ANDENAS & E. BJORGE, « National implementation of the ECHR Rights » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, op. cit., pp. 190 et 191.

¹⁴¹ S., DOTHAN, « The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights », *Fordham International Law Journal*, Vol. 42/3, 2019, p. 773.

¹⁴² G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 65 ; À propos de l'évolution de l'interprétation de l'article 8, voy. A. BÜTCHER & H. KELLER, « Synthesis » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, op. cit., p. 540.

¹⁴³ Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, req. n°14793/08, §§103-108 ; G. LETSAS, « The ECHR as a living instrument : its meaning and legitimacy » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, op. cit., pp. 115 et s.

¹⁴⁴ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 76, 2016, n°1, pp. 4-5.

¹⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt X. c. Ex-République Yougoslave de Macédoine, op. cit., § 38 ; Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, op. cit., §§56-58.

§3. L'influence de la Soft Law sur la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Face aux questions qui lui sont posées, la Cour est aidée dans sa démarche d'interprétation par des avis d'experts¹⁴⁶. Elle s'inspire et s'appuie régulièrement sur des sources externes à la Convention qu'elle juge « pertinentes¹⁴⁷ », textes qui ne sont pas nécessairement contraignants. C'est le cas particulièrement lorsqu'il s'agit de développer sa jurisprudence concernant le droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH¹⁴⁸.

A ce sujet, la Cour est souple quant aux sources externes auxquelles elle fait référence. Elle n'a pas uniquement égard à des sources provenant des états mais se base également sur des sources telles que les Principes de Jogjakarta, qui constituent le regroupement de normes éparpillés en droit international¹⁴⁹.

Pour gagner en légitimité devant la Cour, ces documents de soft law doivent, de préférence, être le résultat d'un travail d'experts, récent, et qui constitue le relais d'obligations internationales d'ordre « classique » qui préexistent. En effet, on constate dans la jurisprudence de la Cour que celle-ci n'admet l'usage de la soft law que lorsqu'elle est corroborée par un « relais conventionnel », à savoir que ces normes se basent elle-même sur des normes qui sont contraignantes, sans que la Cour se limite à ce qui aurait été élaboré par les états membres à la Convention ou accepté par eux comme constituant une source contraignante¹⁵⁰.

Elle précise à ce titre qu'il n'est pas nécessaire que l'état membre défendeur ait signé les sources auxquelles elle se réfère pourvu que celles-ci soient acceptées par un grand nombre d'état et traduisent par conséquent une tendance internationale en ce sens. Cette démarche fait écho à sa capacité dynamique d'interprétation puisque la Cour doit tenir

¹⁴⁶ S. VAN DROOGHENBROECK & I. HACHEZ, « Le soft law du droit des droits de l'homme » in *Le Droit International et Européen des droits de l'homme devant le juge européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 35 et s.

¹⁴⁷ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK & F. KRENC, « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, p. 472.

¹⁴⁸ C. BUCKLEY, A. DONALD, & P. LEACH, *Towards Convergence in International Human Rights Law*, Brill Nijhoff, Boston, 2016, pp. 131, 151 et s.

¹⁴⁹ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK & F. KRENC, « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », *op.cit.*, p. 436.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 450 et s.

compte de l'évolution des règles du droit national et international afin d'interpréter la Convention¹⁵¹.

A titre d'exemple, les Principes de Jogjakarta, en ce qu'ils prônent le respect de valeurs déjà garanties dans des textes internationaux sur lesquels ils se basent, et qu'ils sont le fruit récent d'un travail d'experts (voy. infra), disposent des lors d'une grande capacité à influencer la jurisprudence de la Cour¹⁵².

Face à la densité de documents de soft law qui existent, à laquelle la Cour ne peut faire face seule, les « tiers intervenants » telles que les ONG ont notamment pour rôle d'informer de l'existence de ces normes externes¹⁵³. Par exemple, dans l'Arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France, l'organisation « ADF International », tiers intervenants à la cause, cite ces Principes¹⁵⁴, relais qui permet à la Cour d'en prendre connaissance.

§4. Le respect des arrêts de la Cour en question

Le respect de la jurisprudence de la Cour est une condition inhérente à ses missions d'interprétation et d'application de la Convention. Dans ce pouvoir interprétatif accordé à la Cour, on peut légitimement se demander dans quelle mesure ses arrêts sont respectés.

À ce titre, une majorité des états membres respectent les jugements de la CEDH, si bien qu'il lui est reconnu dans certains états un rôle « quasi-constitutionnel¹⁵⁵ », ce qui signifie en partie que la Cour ne fait pas que résoudre des litiges individuels mais que la portée de l'interprétation de la Convention dans ses arrêts peut concerner tous les états membres à la Convention¹⁵⁶.

Effectivement, les plus vieux états partis à la Convention n'avait peut-être pas prévu une interprétation aussi large de la Convention et la charge que cela constituerait sur leur

¹⁵¹ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK & F. KRENC, « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », *op.cit.*, p. 481.

¹⁵² D. MARDON, « Soft Law, droits fondamentaux et légitimité » in *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, *op. cit.*, pp. 141 à 143.

¹⁵³ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK & F. KRENC, « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, p. 473.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §111.

¹⁵⁵ A. BÜCHLER & H. KELLER, « Synthesis » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, *op. cit.*, pp. 503 à 505.

¹⁵⁶ R. WHITE & I. BOUSSIAKOU, « Voices from the European Court of Human Rights », Netherlands Institute of Human Rights (SIM), Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 27/2, 2009, pp. 170 et 171.

souveraineté nationale, il est cependant admis que ces états avaient la volonté de créer des obligations contraignantes ainsi qu'une détermination contraignante des moments où elle aurait été violée. Les états se sont engagés volontairement à se conformer à la jurisprudence de la Cour¹⁵⁷.

Cependant, il existe dans certaines affaires une réticence du pays défendeur à exécuter les arrêts rendus par la Cour¹⁵⁸. Pourtant, l'effectivité de la Convention et des arrêts rendus par la Cour dépend de l'implémentation nationale qui en est faite. C'est pourquoi, pour être transposé dans le droit national, la Cour doit être stratégique et mitiger « politiquement » ses arrêts afin qu'ils soient respectés¹⁵⁹.

Une fois l'arrêt rendu, le contrôle de l'implémentation des arrêts est dévoué au Conseil des ministres qui n'a pas de le pouvoir *in fine* de forcer un état qui ne voudrait pas satisfaire aux exigences de la Cour¹⁶⁰. Ce Comité des ministres, chargé de la surveillance de la bonne exécution des arrêts¹⁶¹ est composé des représentants des 47 états à la Convention. Il s'agit par conséquent des états, par l'intermédiaire de leur représentant, qui veillent entre eux à l'exécution des arrêts rendus par la Cour¹⁶².

Enfin, il est important de noter au sujet de l'autorité de la chose interprétée qui est accordée aux arrêts de la Cour, que les états font parfois preuve de méfiance en implémentant « préventivement¹⁶³ », à savoir en anticipant ce qui sera la réponse de la Cour pour des questions qui ne lui ont pas encore été posées, tout en se référant à ce qui a été jugé par la Cour préalablement sur des questions similaires, les pays contractants

¹⁵⁷ G. LETSAS, « The ECHR as a living instrument : its meaning and legitimacy » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, op. cit., pp. 138 à 141.

¹⁵⁸ A.-C. FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme – Contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Editions Pedone, Paris, 2015, p. 55.

¹⁵⁹ M. ANDENAS & E. BJORGE, « National implementation of the ECHR Rights » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, op. cit., p. 181.

¹⁶⁰ S., DOTHAN, « The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights », op. cit., pp. 770 et 771.

¹⁶¹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « The Court as part of the Council of Europe » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, op. cit., p. 181.

¹⁶² A.-C. FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme – Contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Editions Pedone, op. cit., pp. 49-50.

¹⁶³ A. BÜCHLER & H. KELLER, « Synthesis » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, op. cit., p. 509.

étant toujours autorisé à accorder plus de protection que la celle définie par la Convention¹⁶⁴.

Section 2. Les droits des personnes transgenres reconnus par la Cour à travers le droit à la vie privée, le droit au procès équitable et le droit à fonder une famille

§1. De l'arrêt B. c. France à l'arrêt Goodwin c. RU : L'obligation pour les états de reconnaître l'identité de genre et le droit des personnes transgenres à se marier

L'arrêt B. c. France constitue le premier pas de la Cour vers la reconnaissance de l'identité de genre revendiqué par les personnes transgenres¹⁶⁵, bien que sa portée soit limitée à la situation française. Dans cet arrêt, la Cour estime pour la première fois qu'il y a violation du droit à la vie privée par la France lorsqu'elle refuse de reconnaître l'identité de genre revendiquée par une personne, alors qu'il est prévu dans sa loi qu'il y a une mise à jour fréquente de l'état civil, et de l'identité de genre revendiquée est déjà reconnue dans certains documents, tels que des feuilles de paie ou des documents provenant de la sécurité sociale. Précédemment confrontée à des revendications concernant l'identité de genre, elle avait alors estimé que le refus de cette reconnaissance ne portait pas atteinte au droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention lorsqu'il existe des obstacles administratifs majeurs dans le pays, au Royaume-Uni en l'occurrence¹⁶⁶.

Le droit à la reconnaissance de son identité de genre n'était par conséquent que le résultat des circonstances propres à la France. Il s'agit par ailleurs de ce que la Cour va continuer d'affirmer à cette époque jusqu'à l'arrêt Goodwin, à savoir qu'il n'existe pas de droit à la reconnaissance de son identité de genre, car la question du « transsexualisme » ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe, constatant toutefois dans ces arrêts « pré-Goodwin » que l'évolution des mentalités tend vers la

¹⁶⁴ A. BÜCHLER & H. KELLER, « Synthesis » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, op. cit., p. 509.

¹⁶⁵ P. WACHSMANN & A. MARIENBURG WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme - En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », Rev. trim. dr. h. (56/2003), 2003, p. 1167.

¹⁶⁶ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - Identité de genre*, op. cit., p. 2.

reconnaissance tant de l'identité de genre que des problèmes sociaux auxquels sont confrontés les personnes « transsexuelles »¹⁶⁷.

Par son arrêt Goodwin, elle consacre pour la première fois et définitivement le droit à la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne qui a préalablement fait l'objet d'une opération de réassignation sexuelle¹⁶⁸. La Cour fait état dans cet arrêt d'une inclination internationale claire se portant vers l'acceptation sociale des personnes « transsexuelles » et la reconnaissance de leur identité de genre. À la suite de cet arrêt, les Royaume-Unis ont mis en place un système permettant la reconnaissance de l'identité de genre telle que déterminée par la personne¹⁶⁹.

De plus, la Cour estime qu'il y a eu violation du droit à fonder une famille qui est consacré par l'article 12 de la Convention puisque les Royaume-Unis privent les personnes transgenres de tout droit au mariage. En effet, ne reconnaissant pas la nouvelle identité de la requérante qui est passée du sexe masculin au féminin, elle empêche celle-ci de se marier avec un homme alors que la loi prévoit pourtant le mariage de personne de sexe opposé. Si la requérante n'avait pas changé de sexe, il lui aurait été impossible de se marier puisque le mariage homosexuel n'était pas possible à cette époque, ce qui la prive conséquemment de toute possibilité de mariage¹⁷⁰.

§2. L'arrêt Van Kück c. Allemagne : Le droit à un procès équitable pour les personnes transgenres

Par son arrêt Van Kück, la CEDH a condamné l'Allemagne pour violation du droit au procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention. Selon la Cour, il y a eu un manque d'équité devant les tribunaux lors de la procédure de réclamation du remboursement des frais médicaux liés à conversion sexuelle de Mme Van Kück¹⁷¹.

La Cour ajoute que cette procédure a été aussi à l'encontre de son droit à la vie privée¹⁷², lequel comprend « l'identification sexuelle¹⁷³».

¹⁶⁷ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, op. cit., pp. 1 et 2.

¹⁶⁸ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principle », op. cit., p. 220.

¹⁶⁹ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, op. cit., pp. 2 et 3.

¹⁷⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, §§ 97 et s.

¹⁷¹ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principle », op. cit., pp. 220 et 221 ; Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, req. n° 35968/97, §§64 et 65.

¹⁷² UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, op. cit., octobre 2018, pp. 3 et 4.

¹⁷³ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, op. cit., §69.

Le manque d'équité du procès de la requérante contre sa compagnie d'assurance est dû au fait qu'appréciant la nécessité médicale de la conversion comme condition du remboursement par l'assurance des frais y afférents, les tribunaux allemands ont interprété l'avis de l'expert comme ne concluant pas à cette nécessité. Selon la Cour, l'appréciation faite par les juges de cette nécessité et du rapport d'expertise est allée au-delà de leur compétence de juge, notamment en ce qu'ils ont tiré par eux-mêmes des conclusions de l'expert que celui-ci n'envisageait pas la conversion sexuelle comme une nécessité¹⁷⁴, alors même que celui-ci recommandait que Mme Van Kück y recoure¹⁷⁵.

De plus, ce manque d'équité procédurale leur est aussi imputable en ce qu'ils ont procédé à la recherche de l'origine de la « transsexualité » de Mme Van Kück, estimant que c'est elle qui en serait la cause¹⁷⁶. Se faisant, les juges auraient dû tenir compte, selon la Cour, du fait qu'il s'agit d'un aspect personnel, intime de sa personnalité¹⁷⁷, que les discussions scientifiques à ce sujet sont contestées¹⁷⁸ et que, selon ses mots ; « on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'arbitraire ou d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une conversion sexuelle¹⁷⁹ ».

Enfin, les tribunaux auraient, selon elle, dû être plus attentifs au fait que la requérante avait déjà vu sa transsexualité reconnue judiciairement par les tribunaux afin de permettre sa conversion sexuelle, et avait déjà subi des années de traitement hormonal ainsi que l'opération de réassignation lorsque l'arrêt a été rendu¹⁸⁰.

Cette substitution de la requérante dans la détermination de la nécessité de son opération a porté une atteinte à son droit à définir son identité de genre, élément fondamental du droit à l'autodétermination¹⁸¹ et revêt un caractère déraisonnable¹⁸², ce pourquoi la Cour aboutit à la conclusion d'une violation par l'Allemagne du droit au procès équitable.

¹⁷⁴ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §§53 et s.

¹⁷⁵ *Ibidem*, §14.

¹⁷⁶ G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », 2010, *Rev. trim. dr. fam.* (2/2010), p. 456.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §56.

¹⁷⁸ *Ibidem*, §§ 62-63.

¹⁷⁹ *Ibidem*, §59.

¹⁸⁰ *Ibidem*, §60.

¹⁸¹ *Ibidem*, §73.

¹⁸² *Ibidem*, §55.

On peut notamment retenir de cet arrêt que la Cour définit l'identité de genre (qu'elle définit comme « identité sexuelle¹⁸³ » ou « appartenance sexuelle¹⁸⁴ ») comme composante essentielle du droit à l'autodétermination¹⁸⁵ - lui-même découlant du droit à la vie privée - et que l'article 8 protège aussi l'épanouissement personnel et l'intégrité physique et morale des personnes transgenres¹⁸⁶.

§3. De l'arrêt L. c. Lituanie à l'arrêt Y.Y. c. Turquie : L'obligation des états de prévoir une opération de changement de sexe

En 2007, par un arrêt notoire de la CEDH, c'est la Lituanie qui est condamnée en raison d'une violation du droit à la vie privée. Cette condamnation est due au fait que la loi lituanienne prévoyait la possibilité pour les personnes transgenres de changer de sexe et de modifier leur état civil, mais ne présentait pas de loi encadrant l'opération de réassignation sexuelle « complète¹⁸⁷ », ce qui retenait en définitive les médecins d'y procéder¹⁸⁸. Sans cette conversion, il n'était pas possible pour le requérant de modifier ses informations identitaires, tel que son « code personnel » qui l'identifie encore comme une femme dans certains domaines de sa vie privée¹⁸⁹.

La Cour considère à cet égard que cette « lacune », légale et pratique, place le requérant dans une « incertitude pénible¹⁹⁰ » et dans une situation intermédiaire « d'avant opération » qui est toute aussi affligeante pour le requérant¹⁹¹.

Pour parvenir à une condamnation, la Cour a pris en compte le fait que la Lituanie a disposé de suffisamment de temps pour mettre en place cette possibilité (vu le nombre limité de personnes concernées et les faibles contraintes budgétaires que cela peut par conséquent provoquer¹⁹²).

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §§ 56 et 75.

¹⁸⁴ *Ibidem*, §73.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ M. O'FLAHERTY & J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principle », *op. cit.*, p. 221.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt L. c. Lituanie, 11 septembre 2007, req. n° 27527/03, §57 ; UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, octobre 2018, pp. 5-6. ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », *op. cit.*, p. 458.

¹⁸⁸ G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », *op. cit.*, pp. 457-458.

¹⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt L. c. Lituanie, *op. cit.*, §57.

¹⁹⁰ *Ibidem*, §59.

¹⁹¹ CONCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*, 30 Avril 2017, Council of Europe / European Court of Human Rights, 2018.

¹⁹² Cour eur. D.H., arrêt L. c. Lituanie, *op. cit.*, §59.

C'est pour ces raisons que la Cour affirme qu'il n'y a pas eu un bon équilibre des intérêts en présence¹⁹³. Elle affirme dans cet arrêt qu'il existe un droit à la réassignation sexuelle¹⁹⁴ et la Lituanie est condamnée parce qu'elle ne permet pas à ce droit de s'exercer pleinement.

Concernant ce même droit à la réassignation sexuelle, c'est la Suisse qui est condamnée peu de temps après dans l'arrêt *Schlumpf c. Suisse*. Dans cette affaire dont la question du remboursement des frais de conversion sexuelle est semblable à l'arrêt *Van Kück* (voy. *supra*), la Suisse viole le droit à la vie privée de la personne en ne tenant pas compte des circonstances spécifiques de la personne, ce qui compromet la possibilité d'une opération et limite en définitive son droit à la réassignation sexuelle¹⁹⁵. En effet, la Cour estime qu'en fixant de manière stricte un délai d'observation à une personne souhaitant subir une opération de chirurgie de conversion, l'assurance n'apprécie pas le cas en l'espèce ce qui peut, en définitif, priver la personne souhaitant subir l'opération, de tout droit face à cette opération. Il s'agissait dans ce cas d'une dame âgée de 67 ans, et le délai imposé de deux ans risquait à terme de la priver définitivement de toute possibilité de procéder à une opération de réassignation sexuelle.

Bien qu'elle ait affirmé à l'intérieur de cet arrêt *Schlumpf* et de l'arrêt *Van Kück* qu'il n'existait pas de droit à l'autodétermination¹⁹⁶, la Cour semble cependant déduire ce droit de ces deux arrêts¹⁹⁷. C'est le cas notamment dans son arrêt « *Y.Y. c. Turquie* » qui concerne lui aussi le droit à subir une opération de conversion sexuelle. Effectivement, la Cour va venir souligner ce qui précède, et rendre un arrêt dans la

¹⁹³ G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », *op. cit.*, p. 458.

¹⁹⁴ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 18 ; Cour eur. D.H., arrêt *L. c. Lituanie*, *op. cit.*, §56.

¹⁹⁵ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, octobre 2018, p. 5.

¹⁹⁶ B. MORON-PUECH, « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *Rev. dr. h., Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 11 mai 2019, disponible sur <http://revdh.revues.org/3049/>, p. 9 ; Cour eur. D.H., arrêt *Schlumpf c. Suisse*, *op. cit.*, §100 ; Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne*, *op. cit.*, §69.

¹⁹⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *AP, Garçon et Nicot c. France*, *op. cit.*, §93.

lignée en condamnant la Turquie en ce que le droit turc imposait une condition de stérilité pour accéder à l'opération chirurgicale¹⁹⁸.

En l'espèce, il s'agissait d'un requérant qui n'a pas pu accéder à l'opération de changement de sexe, et par conséquent n'a pas pu être reconnu pleinement dans son identité de genre, en raison de son aptitude à se reproduire¹⁹⁹.

Si la question posée à la Cour n'est pas nouvelle puisqu'elle porte sur l'accès à l'opération de changement de sexe²⁰⁰, la Cour reconnaît se positionner dans des circonstances qui sont différentes des précédentes étant donné qu'il s'agit, dans ce cas précis, d'une personne transgenre qui réclame le droit à la reconnaissance légale de son genre dans le cas où elle n'a pas encore fait l'objet d'une opération de conversion²⁰¹.

À cet égard, bien que la question ne lui soit pas posée directement, la Cour fait état d'une tendance internationale à l'abolition de la condition de l'opération de changement de sexe afin de changer la mention du sexe sur l'état civil²⁰². Elle estime toutefois que « l'article 8 de la Convention ne peut être interprété comme garantissant un droit inconditionnel à une chirurgie de conversion sexuelle²⁰³ », dont on peut déduire qu'elle n'impose pas l'abolition de toute condition pour la reconnaissance légale du genre. Cette affirmation donnera naissance, peu de temps après, à l'arrêt AP, Garçon et Nicot (voy. *infra*).

En l'espèce, elle signale que le refus d'accès à cette opération de conversion a eu des conséquences négatives sur les droits du requérant à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel²⁰⁴, ce qui peut porter atteinte au droit à la vie privée. C'est aussi l'occasion pour la Cour de rappeler que la notion de « vie privée » qui est protégée par l'article 8 doit être comprise largement et comprend le droit à l'identité sexuelle et l'autonomie personnelle comme faisant partie de la « sphère personnelle²⁰⁵ », protégée par l'article 8²⁰⁶.

¹⁹⁸ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, p. 6 ; Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §17.

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, *op. cit.*, §44.

²⁰⁰ D. A., GONZALEZ-SALZBERG, « An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent : A Queer Reading of AP, Garçon and Nicot v. France », *The Modern Law review*, 2018, p. 530.

²⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §62.

²⁰² *Ibidem*, §§108-111.

²⁰³ *Ibidem*, §65.

²⁰⁴ *Ibidem*, §66.

²⁰⁵ *Ibidem*, §56.

Au sujet des personnes transgenres, la Cour rappelle que suivant ses derniers arrêts rendus sur ce sujet, ceux-ci possèdent un droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale, en tant qu'éléments protégés par la Convention²⁰⁷.

§4. L'arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : La suppression de l'opération chirurgicale irréversible de changement de sexe comme condition de changement de l'état civil

Ébauché par l'arrêt Y.Y. c. Turquie²⁰⁸ (voy. *supra*), le raisonnement de la Cour, à propos de l'opération de changement de sexe comme pré-requis à la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne, qui aboutit à une violation du droit à la vie privée n'est pas surprenant²⁰⁹.

C'est effectivement en ce sens que la Cour a tranché l'arrêt AP, Garçon et Nicot, dans lequel elle estime qu'il y a violation du droit à la vie privée lorsqu'il est réclamé par l'état que la reconnaissance de l'identité de genre soit conditionnée par une opération préalable de réassignation sexuelle qui est stérilisante, c'est-à-dire qui entraîne une forte probabilité de stérilité pour les personnes qui y ont recours²¹⁰.

La Cour considère qu'il y a violation du droit à la vie privée, d'une part parce que cette pratique porte atteinte à l'identité de genre, l'intégrité physique des personnes et à l'épanouissement personnel comme éléments essentiels de leur vie privée²¹¹, et d'autre part en raison de la tendance internationale, déjà exposée dans l'arrêt Y.Y. c. Turquie²¹², qui se montrait de plus en plus favorable à l'abolition de cette pratique²¹³. Selon la Cour, on ne peut demander aux requérantes de choisir entre leur droit à l'intégrité

²⁰⁶ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *op. cit.*, p. 3 ; Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §57.

²⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §58.

²⁰⁸ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁹ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* pp. 7 et 8.

²¹⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §§119 et 120.

²¹¹ *Ibidem*, §123.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §§29 et s.

²¹³ A. MARRAUD DES GROTTE, « Changement de sexe, la Cour européenne sanctionne la France », Contrepoints, 30 Avril 2017, disponible sur : <https://www.contrepoints.org/2017/04/30/288065-changement-de-sexe-cour-europeenne-sanctionne-france>, consulté le 21 juin 2019 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §§124 et 125.

physique et leur droit à la reconnaissance de leur identité de genre, sans que cela aboutisse à un déséquilibre des intérêts en jeu²¹⁴.

§5. L'arrêt S.V. c. Italie : L'obligation pour les états de mettre en place une procédure efficace et rapide de changement de sexe

Récemment, la Cour a condamné l'Italie pour violation du droit à la vie privée de Mme S.V., en raison de l'impossibilité pour la requérante d'obtenir le changement de son nom sans avoir recouru préalablement à une opération de réassignation sexuelle, et pour n'avoir pas permis par conséquent à cette mention d'être corrigée dans un délai raisonnable²¹⁵.

Dans les faits, il était requis en Italie, selon un décret présidentiel, que le nom d'un individu corresponde à son sexe²¹⁶. Or, la reconnaissance du sexe par les tribunaux italiens était elle-même subordonnée à une modification chirurgicale des caractéristiques sexuelles²¹⁷, ce qui, dans le cas de la requérante, a pris plus de deux ans et demi²¹⁸.

La Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu de prise en considération suffisante des circonstances propres au cas de Mme S.V., notamment le fait que, bien qu'elle n'ait pas encore procédé au changement de sexe au moment de sa demande, elle y était autorisée par le tribunal. De plus, il aurait dû être pris en compte qu'elle vivait depuis plusieurs années sous son identité féminine²¹⁹. Malgré ces circonstances, elle dû patienter jusqu'à l'autorisation de changement de prénom du tribunal, survenant après son opération, à savoir deux ans et demi²²⁰, délai déraisonnable selon la Cour²²¹.

Cet arrêt est l'occasion pour la CEDH de rappeler ce qu'elle a affirmé dans l'arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, c'est-à-dire qu'il ne peut exister pour les personnes

²¹⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §§131 et 132.

²¹⁵ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, p.7.

²¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt S.V. c. Italie, *op. cit.*, §21.

²¹⁷ *Ibidem*, §18.

²¹⁸ *Ibidem*, §35.

²¹⁹ *Ibidem*, §70.

²²⁰ *Ibidem*, §67.

²²¹ *Ibidem*, §75.

transgenres d'obligation à la réassignation sexuelle, en précisant que Mme S.V. a procédé à cette opération sans prétendre en être contrainte²²².

Section 3. Le droit à la vie privée et le droit à fonder une famille : Les droits des personnes transgenres méconnus par la jurisprudence de la Cour

§1. L'arrêt *Hämäläinen c. Finlande* : L'admission d'un changement de situation familiale comme condition d'accès au changement de sexe sur l'état civil

La CEDH n'accordera toutefois pas tous les droits réclamés par les personnes transgenres. Dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, la Cour considère qu'il n'y a pas de violation du droit à la vie privée et familiale à exiger, comme le fait la Finlande, que la requérante change d'état civil afin d'accéder à la reconnaissance de son sexe, et passe en l'espèce d'un mariage à un partenariat enregistré²²³. Il n'y a selon elle pas de différence telle entre les deux statuts pour que la personne puisse considérer qu'il y ait une atteinte à ses droits fondamentaux.

En l'espèce, Mme *Hämäläinen* est une femme transgenre qui avait déjà bénéficié du changement de prénom et de la modification de son permis de conduire, mais il subsistait son numéro d'identité la désignant comme un homme et son passeport qui restaient inchangés. Or, la reconnaissance désirée par la requérante de son identité de genre dans tous ses documents officiels, était conditionnée pourtant à l'adhésion par son épouse au changement de sexe puisqu'elles étaient mariées²²⁴, ce qui transformerait leur mariage en partenariat enregistré²²⁵.

La Cour justifie la non-violation des droits fondamentaux de Mme *Hämäläinen*, en précisant que ce n'est pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de la requérante puisque le partenariat enregistré offre une protection juridique aux partenaires presque équivalente à celle de mariés²²⁶.

²²² *Ibidem*, §65.

²²³ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, octobre 2018, pp. 5-6.

²²⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, §§28-29.

²²⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, §§9 et s.

²²⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, §87.

§2. Arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : L'autorisation d'une procédure médicalisée comme condition de changement de sexe sur l'état civil

En France, la question du changement de sexe n'était pas uniquement conditionnée à la condition du changement irréversible de l'apparence par le biais d'une opération de réassignation sexuelle. Une autre exigence est remise en cause par les requérants dans l'arrêt AP, Garçon et Nicot, et concerne l'expertise médicale établissant la réalité du « syndrome transsexuel²²⁷ » et le suivi médical dont elles ont dû faire l'objet²²⁸, cette expertise étant considérée comme « intrusive et dégradante²²⁹ » par l'un des requérants. La Cour considère à ce sujet qu'il n'est pas disproportionné de réclamer des personnes qu'elles soient suivies médicalement ou qu'un diagnostic de « syndrome transsexuel » soit imposé.

Son choix se justifie par l'observation que de telles conditions, dont l'une concerne l'administration de la preuve du « transsexualisme », sont imposées dans une majorité de pays adhérents à la Convention²³⁰, et qu'à ce titre les états disposent d'une large marge de manœuvre²³¹, ce qui aboutit à la conclusion par la CEDH de la non-violation de la Convention par la France concernant ces deux conditions médicales.

²²⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §§136 et s.

²²⁸ *Ibidem*, 145 et s.

²²⁹ A. MARRAUD DES GROTTES, « Changement de sexe, la Cour européenne sanctionne la France », Contrepoints, *op. cit.*

²³⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §139.

²³¹ *Ibidem*, §§143 et 150.

Partie 2. Dialogue entre les Principes de Jogjakarta et la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Maintenant que nous avons développé le statut et les droits des personnes transgenres, affirmés d'une part par les Principes de Jogjakarta et d'autre part par la CEDH, nous disposons de tous les éléments nécessaires pour effectuer une confrontation des discours affirmés par ces deux mécanismes, de manière à pouvoir répondre à la question principale de ce mémoire, à savoir : Quel est le respect des Principes de Jogjakarta par la CEDH concernant les droits des personnes transgenres ? Pour ce faire, nous commencerons ce chapitre par un avant-propos sur l'importance des mots utilisés par la CEDH dans ses arrêts, avant d'aborder dans un premier chapitre les arrêts qui semblent conformes aux Principes de Jogjakarta et ses recommandations, et dans un second les arrêts qui s'en détachent. Ce deuxième chapitre sera par ailleurs l'occasion de se questionner sur la manière dont la Cour aurait pu, éventuellement, parvenir à un autre raisonnement et par conséquent, rendre des arrêts plus respectueux des Principes. Le dernier chapitre de ce mémoire est quant à lui destiné à une interrogation sur l'avenir de la jurisprudence de la Cour et de son respect des Principes face à un questionnement récent dont elle fait l'objet.

Pour une compréhension optimale de cette deuxième partie, un tableau récapitulatif est mis à disposition en Annexe et reprend, au fil des arrêts les articles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en jeu face aux Principes de Jogjakarta ainsi que les recommandations qui y sont attachées. Cette deuxième partie est conçue pour être lue avec cette Annexe comme support, celle-ci étant toutefois structurée de manière légèrement différente, allant de la résonance à la dissonance des Principes, jusqu'à la prochaine question à laquelle la Cour devra répondre.

Avant-propos : Le poids des mots

Si les droits de l'homme des personnes transgenres évoluent d'une manière qu'on peut qualifier de positive²³², en est-il de même de la terminologie qu'elle utilise ? Une évolution parallèle des droits accordés par la CEDH aux personnes transgenres et des mots qu'elle utilise au fur et à mesure de ses arrêts pourrait signifier que la terminologie qu'elle emploie constitue un signe divulgateur de sa pensée, et pourrait par conséquent servir de « curseur » de sa position sur les droits des personnes transgenres.

Section 1. Les personnes transsexuelles et la dysphorie de genre

§1. Recommandations des Principes de Jogjakarta

Les Principes de Jogjakarta parlent de personnes transgenres, et font clairement la distinction entre l'orientation sexuelle et l'identité de genre²³³. En outre, les Principes s'opposent à la médicalisation de la procédure de changement de sexe et de nom, et s'oppose à cet égard de à toute utilisation d'un vocabulaire médical, afin que les personnes transgenres ne soient pas perçues comme des personnes à soigner²³⁴. Les Principes énoncent à ce titre que les états doivent « garantir qu'aucun traitement ou conseil, médical ou psychologique n'aborde l'identité de genre comme maladies devant être traitées, soignées ou supprimées²³⁵».

§2. L'évolution des notions par la Cour Européenne des droits de l'homme

La Cour Européenne des droits de l'homme fait usage à la fois des mots « transgenres » et « transsexuels » ce qui selon elle, distingue respectivement les personnes qui ne désirent pas changer de sexe ou qui ne se sont pas fait opérées, des personnes qui souhaitent ou ont procédé à cette opération²³⁶.

²³² B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p.7.

²³³ Les Principes de Jogjakarta, « Introduction aux Principes de Jogjakarta », Principes sur l'application de la législation international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 6.

²³⁴ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p.9.

²³⁵ Recommandation 18.F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 6.

²³⁶ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p.8.

La CEDH utilise désormais de plus en plus les notions de « genre » et de personnes « transgenre »²³⁷. Cependant, dans son arrêt récent « AP, Nicot et Garçon c. France », la Cour utilise à plusieurs reprises cette notion d'identité sexuelle plutôt que d'identité de genre²³⁸. Or, il ne faut pas confondre l'identité de genre selon laquelle on se définit selon un genre, et l'orientation sexuelle selon laquelle on est attiré par quelqu'un. Il n'est pas question d'identité dans les questions de sexualité, comme il n'est pas question d'orientation lorsqu'on évoque l'identité de genre. De plus, établir un lien entre les deux suggère que l'orientation sexuelle peut se déduire du genre assigné à la naissance. Cette pensée est elle-même contraire à la jurisprudence de la CEDH qui proclame le droit à l'autodétermination et à la « liberté sexuelle »²³⁹.

La terminologie utilisée il y a quelques années par la Cour portait aussi à confusion. À titre d'exemple, la Cour évoquait dans l'arrêt « Van Kück » l'orientation sexuelle « masculine » en parlant d'une requérante qui vivait sous une identité de genre masculine²⁴⁰, ce qui entretenait l'amalgame entre ces deux concepts.

Enfin, de l'usage par la Cour d'un vocabulaire médical dans l'arrêt AP, Nicot et Garçon, pourtant contraire aux Principes de Jogjakarta, on peut déduire que la terminologie qu'elle emploie est déterminante puisqu'on pressent qu'elle va valider le recours à des conditions médicales pour admettre la reconnaissance de l'identité de genre des personnes transgenres²⁴¹.

Section 2. Un pronom du mauvais genre selon les Principes de Jogjakarta

§1. Recommandations des Principes de Jogjakarta

Les Principes recommandent des états qu'ils prennent des dispositions afin que l'identité de genre de chacun soit pleinement respectée et reconnue, devant la loi, telle que la personne l'a définie pour elle-même²⁴².

²³⁷ À titre exemplatif, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*

²³⁸ *Ibidem*, §§94 et 95.

²³⁹ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p.8.

²⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §81.

²⁴¹ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p. 10.

²⁴² Recommandation 3.B., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p. 12.

En outre, ils demandent aux états d'assurer à chaque individu le droit de jouir de sa vie privée et de ses décisions intimes²⁴³ ainsi que de garantir et de protéger le droit de chacun à l'autodétermination²⁴⁴.

§2. L'arrêt Y.Y. c. Turquie : un pas en avant

Avant l'arrêt Y.Y. c. Turquie, la Cour faisait déjà usage du pronom revendiqué par la personne requérante, mais elle n'était à cet égard exposée qu'à des affaires dans lesquelles la personne requérante avec déjà fait l'objet d'une reconnaissance juridique de son identité de genre²⁴⁵. Par exemple dans l'arrêt « Van Kück » dans lequel la requérante est une femme transgenre et au sein duquel la Cour utilise le pronom féminin²⁴⁶.

Cependant, c'est à l'occasion de l'arrêt Y.Y. c. Turquie que la Cour signale pour la première fois, en son premier paragraphe, qu'elle emploiera le pronom revendiqué par la personne transgenre « conformément au sexe revendiqué » alors même que le requérant était inscrit à l'état civil comme étant de sexe féminin²⁴⁷. À ce titre, la Cour semble inscrire qu'elle utilisera désormais le pronom tel qu'il est revendiqué par la personne²⁴⁸.

§3. L'arrêt A.P. Nicot et Garçon c. France : un pas en arrière

Lors de l'arrêt A.P. Nicot et Garçon c. France, la Cour a rebroussé chemin quant à l'arrêt Y.Y., en décidant que les personnes transgenres requérantes seraient genrées au masculin en tant que « requérants », estimant que c'était ce genre qui leur était attribué civilement au moment de l'introduction de leurs requêtes²⁴⁹. Cette prise de décision allait pourtant à l'encontre du droit à l'autodétermination, que la Cour affirme dans cet

²⁴³ Recommandation 6.A., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 14.

²⁴⁴ Recommandation 32.A., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international humanrights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 10.

²⁴⁵ À titre exemplatif, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, *op. cit.*, §§12 et 13.

²⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §8.

²⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §1.

²⁴⁸ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.*, p. 7 et s.

²⁴⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §6.

arrêt²⁵⁰ mais qu'elle ne semble pas respecter en appelant pas les trois femmes transgenres selon leur pronom féminin revendiqué²⁵¹.

§4. L'arrêt S.V. c. Italie : retour vers le futur

Dans l'arrêt S.V. c. Italie, contrairement à l'arrêt précédent, la requérante est toujours civilement désignée par son sexe et son nom masculin, mais la Cour prend le parti de faire usage du féminin en l'appelant « la requérante ». Si la Cour conclut dans cet arrêt à une violation de la vie privée de Mme S.V. en raison de la lenteur de la procédure de changement de nom de Mme S.V., alors on peut déduire de cet arrêt que l'utilisation par la Cour du « pronom revendiqué » est révélateur de la décision qu'elle va prendre, en faveur de Mme S.V., prononçant en l'espèce la violation du droit à la vie privée et à l'autodétermination de l'identité de genre de Mme S.V. en ce que la procédure de changement de sexe et de nom n'est pas assez rapide.

Cette tendance à faire usage du genre de la personne telle qu'elle a déterminé, sans condition de reconnaissance de ce genre par le pays semble s'inscrire pour les futurs arrêts, d'une part parce que la majorité des récents arrêts s'y conforme, d'autre part parce que les arrêts suivants celui-ci respectent aussi le pronom de la personne telle qu'elle l'a défini²⁵².

Cette évolution des termes utilisés par la Cour, de plus en plus conforme aux Principes de Jogjakarta, semble former le miroir de la pensée de la Cour et de la manière dont elle va trancher ses arrêts.

²⁵⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §93.

²⁵¹ D. A., GONZALEZ-SALZBERG, « An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent : A Queer Reading of AP, Garçon and Nicot v. France », *op. cit.*, p. 527.

²⁵² À titre d'exemple, voy. Cour eur. D.H., arrêt X. c. Ex-République Yougoslave de Macédoine, *op. cit.*, §7.

Chapitre 1. La résonnance des Principes de Jogjakarta par la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Section 1. Le droit à la reconnaissance de son identité de genre

§1. Le premier pas contesté de l'arrêt Goodwin

C'est l'arrêt Goodwin qui consacre le droit à la reconnaissance de son identité de genre lorsqu'une personne a préalablement fait l'objet d'une opération de réassignation sexuelle (voy. *supra*). À l'époque, cet arrêt ne fait pas l'unanimité, et l'affirmation de ce droit par la Cour constitue une erreur pour certains. En effet, selon eux, une telle solution va à l'encontre de la réalité de la « pathologie transsexuelle », et constitue une contradiction avec ses arrêts précédents²⁵³, considérant entre autres que la Cour étend de manière trop large le droit à l'autodétermination qui en vient à pouvoir imposer ses choix individuels à l'état²⁵⁴.

Si la Cour revient sur sa jurisprudence antérieure, c'est parce qu'elle fait état d'un consensus international, en Europe et au-delà²⁵⁵, qui émerge en 2002, et qui aboutit à accorder plus de protection aux personnes transgenres²⁵⁶, en plus de faire état d'une évolution scientifique et médicale à ce sujet. Par cet arrêt cependant, la Cour ne semble requérir que la reconnaissance des personnes transgenres ayant subies une opération et à condition que celle-ci soit irréversible²⁵⁷.

Concernant la deuxième question posée dans cet arrêt et qui concerne le droit des personnes transgenres à se marier, la Cour affirme qu'il y a eu violation de ce droit, en considérant que si le droit à se marier peut être restreint, ses limitations ne peuvent parvenir à ce que l'exercice du droit à se marier de personnes telles que les personnes transgenres en l'espèce soit rendu impossible²⁵⁸.

La Cour estime que la société évolue tant sur la question du mariage que sur la « transsexualité », que l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux, consacré plus

²⁵³ P. WACHSMANN & A. MARIENBURG WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme - En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *op. cit.*, pp. 1167 et s..

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 1177 et s.

²⁵⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, *op. cit.*, §84.

²⁵⁶ S., DOTHAN, « The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 777.

²⁵⁷ G., WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, *op. cit.*, §101.

tard, ne borne plus ce droit explicitement à un homme et une femme²⁵⁹, et ajoute à ce propos qu'elle « n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques²⁶⁰».

§2. La reconnaissance de l'identité de genre à travers les Principes de Jogjakarta

À travers l'arrêt Goodwin, la Cour a proclamé certains droits que l'on retrouvera dans les Principes de Jogjakarta.

Tout d'abord, concernant le droit à la reconnaissance de l'identité de genre devant la loi, le principe 3 proclame le droit des personnes transgenres à être reconnu devant la loi, recommande aux états de prendre des dispositions afin que chacun voie son identité de genre respectée et reconnue²⁶¹. En outre, il est aussi recommandé des états qu'ils assurent à chaque individu le droit de jouir de leurs décisions intimes dans la sphère de leur vie privée²⁶². Cependant, en subordonnant cette reconnaissance de l'identité de genre à une opération de changement de sexe préalable, la Cour ne respecte pas ce que les principes de Jogjakarta vont affirmer près de cinq années plus tard (voy. *infra*).

Ensuite, concernant le droit des personnes transgenres à fonder une famille, l'arrêt Goodwin proclame que les personnes transgenres ne peuvent pas être empêchées de se marier et ont par conséquent le droit de se marier. Ce droit sera confirmé par les Principes de Jogjakarta dans deux principes.

Premièrement, le principe 24 qui concerne le droit de fonder une famille et qui recommande aux états de reconnaître la diversité des types de famille et de garantir qu'aucune famille ne soit discriminée en raison de l'identité de genre d'un de ses membres²⁶³. Deuxièmement, les Principes ajoutent qu'ils attendent des états qu'ils prennent des dispositions afin d'éliminer toute discrimination sur base de l'identité de

²⁵⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, *op. cit.*, §100.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Recommandations 3.B., et C, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12.

²⁶² *Ibidem*, Recommandation 6.A., p. 14.

²⁶³ *Ibidem*, Recommandations 24.B., *op. cit.*, p. 29.

genre et pour assurer aux individus une jouissance ou un exercice égal des droits humains²⁶⁴.

L'affirmation de ces droits par les Principes de Jogjakarta cinq années après l'arrêt Goodwin peut s'expliquer par l'influence de la jurisprudence internationale telle que celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la construction des Principes (voy. *supra*).

Section 2. Le droit à la réassignation sexuelle

§1. De l'arrêt L. c. Lituanie à l'arrêt Y.Y. c. Turquie

Quelques mois après l'apparition des Principes de Jogjakarta, la CEDH a rendu l'arrêt L. c Lituanie qui prononce l'obligation pour les états de prévoir un cadre légal à l'opération de réassignation sexuelles pour les personnes qui le désirent (voy. *supra*). Toutefois, dans cet arrêt, la Cour semble valider la réassignation sexuelle comme condition à la reconnaissance de la personne dans son identité de genre, ce qui démontrerait le penchant de la Cour à cette époque pour une conception très « génito-centrée » du genre²⁶⁵.

L'arrêt Y.Y. c. Turquie énonce ensuite l'obligation pour les états de prévoir une possibilité de réassignation sexuelle pour les personnes qui le souhaite, en plus d'un cadre légal s'ils prévoient cette réassignation (voy. *supra*).

§2. Quel respect des Principes de Jogjakarta quelques mois après leur adoption ?

L'arrêt L c. Lituanie se conforme avec les Principes de Jogjakarta qui, quelques mois auparavant, recommandaient des pays qu'ils abrogent toute loi qui refusant aux personnes transgenres la possibilité de changer leur corps²⁶⁶. Quant à l'arrêt Y.Y. c. Turquie, il constitue un progrès pour les droits des personnes transgenres du point de vue des Principes de Jogjakarta, en ce que les pays européens membres à la Convention

²⁶⁴ Recommandations 2.C. et D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 11.

²⁶⁵ D. A., GONZALEZ-SALZBERG, « An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent : A Queer Reading of AP, Garçon and Nicot v. France », *The Modern Law review*, 2018, pp. 532 et 538.

²⁶⁶ Recommandations 6.D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 15.

sont désormais obligés de prévoir la possibilité d'une opération chirurgicale et de l'encadrer légalement²⁶⁷.

En prononçant cette violation du droit à la vie privée et en considérant que ce droit comporte un droit d'accès à une opération de réassignation sexuelle, la CEDH se conforme à plusieurs reprises aux Principes de Jogjakarta et à ses recommandations. Ceux-ci recommandent en effet aux états qu'ils prennent afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes, que les états abrogent toute loi qui refuse aux individus la possibilité de modifier leur corps comme moyen d'exprimer leur identité de genre, et qu'ils garantissent à tout individu le choix dans la divulgation des informations concernant leur identité de genre, c'est-à-dire quand, à qui et comment. De plus, il est requis des états qu'ils protègent les personnes transgenres contre toute divulgation arbitraire de leur transidentité, et qu'ils s'assurent que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande respecte le droit à l'autodétermination personnelle²⁶⁸.

Il est en outre recommandée des états qu'ils prennent des dispositions afin que chacun voit son identité de genre pleinement respectée et reconnue, légalement et dans tous les documents, et que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe²⁶⁹/

Enfin, toujours selon les Principes, les états doivent faciliter l'accès aux opérations de réassignation sexuelle pour les personnes qui souhaitent y recourir²⁷⁰ ainsi qu'assurer que l'identité de genre soit reflétée dans tous les documents officiels, et ce grâce à une procédure qui soit rapide, transparente et accessible²⁷¹. C'est d'ailleurs l'accessibilité qui était mise en cause dans l'arrêt Y.Y. puisque la Turquie ne prévoyait la possibilité de se faire opérer que pour les personnes déjà incapables de procréer.

²⁶⁷ UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - identité de genre*, *op. cit.*, pp. 5 et 6.

²⁶⁸ Recommandation 6.G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 18 ; Recommandations 6.A., D., F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre pp. 14 et 15.

²⁶⁹ Recommandations 3.B., C. et E., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, p.12.

²⁷⁰ Recommandation 17.G., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, p. 23.

²⁷¹ Recommandations 31.A., B. et C., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.* p. 9.

Section 3. L'abolition de la condition du changement irréversible de l'apparence

§1. L'arrêt A.P., Nicot et Garçon : Un revirement de jurisprudence attendu

Conformément à la pensée qu'elle avait déjà laissé entrevoir dans l'arrêt Y.Y. c. Turquie, c'est à l'occasion de l'arrêt A.P., Nicot et Garçon que la CEDH va prononcer l'interdiction pour les états d'imposer une opération chirurgicale de changement de sexe, celle-ci ayant des effets stérilisants, comme condition de modification de l'état civil (voy. *supra*)²⁷².

En statuant conformément à la tendance internationale conduisant à un assouplissement des conditions de modification de l'état civil²⁷³, la Cour va modifier sa jurisprudence et considérer la nécessité de la réassignation sexuelle comme condition du changement de mention sur l'état civil comme allant à l'encontre de certains droits fondamentaux comme le droit à la liberté et le droit à la dignité humaine²⁷⁴.

§2. Un revirement souhaité par les Principes de Jogjakarta

La condition du passage par une opération chirurgicale stérilisante afin d'accéder à la reconnaissance de son identité de genre est totalement contraire à ce qui est prescrit par les Principes de Jogjakarta.

À cet égard, les Principes préconisent des états qu'ils prennent des dispositions afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes et que personne ne soit forcé de subir des procédures médicales²⁷⁵. De plus, il faut que les états s'assurent que les procédures de reconnaissance du genre soient efficaces, équitables et non discriminatoires, et qu'elles respectent, en outre, la vie privée de tous les individus²⁷⁶. Or, en subordonnant la reconnaissance de l'identité de genre à une chirurgie ayant des effets stérilisants, il n'était pas laissé aux individus le droit de jouir de leur intimité et de leurs décisions intimes, étant donné notamment le caractère intrusif que ces procédures de changement de sexe comportaient.

²⁷² B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* p. 7.

²⁷³ S., PIRACARD, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe », *La Rev. dr. h.*, 8 | 2015, mis en ligne le 21 novembre 2015, disponible sur <http://revdh.revues.org/1640>, consulté le 30 novembre 2018, pp. 2 et s.

²⁷⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, *op. cit.*, §128.

²⁷⁵ Recommandation 6.A., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 14.

²⁷⁶ *Ibidem*, Recommandation 3.D., p. 12.

Plus spécifiquement, les Principes demandent aux états de garantir une protection complète contre les pratiques médicales aussi bien nuisibles que non-désirées²⁷⁷, et de s'assurer qu'une intervention médicale n'est pas une condition de reconnaissance de l'identité de genre²⁷⁸ ainsi qu'assurer la protection des individus contre les modifications involontaires des caractéristiques sexuelles²⁷⁹.

Selon les Principes, ces traitements doivent être reconnu par les états comme pouvant constituer de la torture, ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant. À ce titre, il est recommandé aux états qu'ils interdisent toute pratique consistant en des traitements intrusifs et irréversibles, qui sont réalisées sans le consentement prioritaire et préalable de la personne concernée²⁸⁰.

Par conséquent, c'est dans le sens des Principes de Jogjakarta que la CEDH va estimer que cette condition du passage préalable à une opération de changement de sexe viole certains droits fondamentaux protégés par la Convention.

Section 4. Le droit des personnes transgenres à un procès équitable et à une procédure efficace

§1. L'arrêt Van Kück c. Allemagne et le droit au procès équitable

Dans l'arrêt Van Kück, la Cour va prononcer la violation du droit au procès équitable en raison du manque d'équité de la procédure en remboursement des frais médicaux liés à l'opération de réassignation sexuelle, ainsi qu'en raison de la disproportion qu'elle établit dans la demande faite à la requérante de prouver la nécessité médicale de cette opération afin d'obtenir le remboursement des frais y afférents (voy. *supra*).

Cet arrêt trouve lui aussi son écho dans les Principes de Jogjakarta qui apparaîtront quelques années plus tard. Effectivement, on retrouve dans ces Principes des recommandations faites aux états de prendre des dispositions afin que l'identité de genre de chaque individu soit respectée pleinement et légalement telle que la personne l'a définie et les procédures de reconnaissance de l'identité de genre se doivent d'être

²⁷⁷ Recommandations 18.A. et D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 24.

²⁷⁸ Recommandation 31.C., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁹ *Ibidem*, Recommandation 32.B., p. 10.

²⁸⁰ *Ibidem*, Recommandations 10.D. et F., p. 19.

efficaces, équitables et non discriminatoires²⁸¹. C'est effectivement en ce sens que la Cour avait condamné l'Allemagne, pays à l'intérieur des tribunaux s'étaient substitués à la personne afin de déterminer la nécessité de son opération et la véracité de son identité de genre. Pour éviter ce genre de comportement (préjugés liés à la transidentité, méconnaissance de la thématique), les Principes vont jusqu'à préconiser une formation et une sensibilisation des acteurs de justice sur la question des discriminations liées entre autres à l'identité de genre²⁸².

Les Principes de Jogjakarta préconisent en outre des états qu'ils prennent les dispositions nécessaires pour interdire tout traitement préjudiciable fondé sur l'identité de genre²⁸³, par exemple concernant le remboursement de frais médicaux. De plus, ils doivent prendre des dispositions afin que chaque personne ait le droit de jouir de ses décisions intimes, ait le choix dans la divulgation des informations concernant son identité de genre et l'état doit s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande est pertinente, raisonnable et nécessaire et sert un but légitime tout en respectant son droit à l'autodétermination de son genre²⁸⁴.

Quant aux frais médicaux des personnes transgenres, il est spécifiquement recommandé par les Principes que les états prennent des dispositions afin d'assurer l'accès aux indemnités de maladies, les modifications corporelles liées à l'identité de genre expressément comprises²⁸⁵, ainsi que le droit au remboursement des frais couvrant leur conversion sexuelle²⁸⁶.

²⁸¹ Recommandations 3.B. et D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12.

²⁸² Recommandation 30.F., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 9 ; Recommandation 8.C., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.* p.16.

²⁸³ Recommandation 8.A., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 16.

²⁸⁴ Recommandation 6. G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p.18 ; Recommandations 6.A. et F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

²⁸⁵ Recommandation 13.A., Les Principes de Jogjakarta, *op. cit.*, p. 20.

²⁸⁶ Recommandation 17.L., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 20.

§2. L'arrêt SV et le droit à une procédure efficace

Quelques années après, la CEDH rend l'arrêt S.V. c. Italie et qui évoque la question de la vitesse de la procédure en changement de nom d'une personne transgenre, et condamne l'Italie pour non-respect du droit à la vie privée de Mme S.V. en raison du manque de rapidité et de souplesse de cette procédure. Se faisant, elle se conforme à plusieurs égards aux recommandations des Principes de Jogjakarta.

Ceux-ci recommandent notamment aux états d'assurer à tout individu le droit de jouir de sa sphère privée et de ses décisions intimes. De plus, selon eux, l'Italie aurait dû protéger Mme S.V. contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur son identité de genre²⁸⁷. En effet, en vivant durant des années selon son identité de genre féminine alors que sa carte d'identité mentionnait qu'elle était un homme²⁸⁸, Mme S.V. a été mise dans une position désagréable selon elle, puisque le nom qu'elle utilisait ne correspondait ni au nom, ni au sexe mentionné sur ses papiers d'identité,

Enfin, les Principes souhaitent des états qu'ils garantissent que les procédures de modification du nom et du genre soient efficaces, rapides et accessibles²⁸⁹, ce qu'un délai d'attente déraisonnable peut remettre en cause.

²⁸⁷ Recommandations 6.A. et F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

²⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt S.V. c. Italie, *op. cit.*, §10.

²⁸⁹ Recommandations 3 D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12. ; Recommandations 31 B. et C., The Yogyakarta Principles plus 10, Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 9.

Chapitre 2. La Sourde oreille de la Cour Européenne des Droits de l'Homme face aux Principes de Jogjakarta

Section 1. L'arrêt Hämäläinen en demi-dissonance avec les Principes de Jogjakarta

§1. L'absence du droit au mariage homosexuel

La Cour affirme qu'en demandant la subsistance de son mariage, Mme Hämäläinen demande à ce qu'il soit fait droit à un mariage homosexuel, car bien qu'elle ne revendique pas un droit au mariage homosexuel, elle demande dans les faits à ce qu'il en soit créé un, ce qui n'était pas permis en Finlande à cette époque²⁹⁰.

C'est l'occasion pour la Cour de rappeler qu'il n'existe pas de droit individuel au mariage pour les personnes de même sexe²⁹¹, et qu'il n'y a par conséquent pas d'obligation pour les états de prévoir un mariage homosexuel, pour autant qu'il soit prévu dans le pays un aménagement sérieux ayant des effets semblables ou similaires à celui du mariage, sans qu'il soit requis qu'il en ait toutes les caractéristiques²⁹². Selon la Cour, la marge d'appréciation des états reste large en matière d'obligation positive quant au droit au mariage de personne de même sexe, car il n'existe pas de consensus sur la question du mariage homosexuel, qu'il s'agit de questions éthiques et morales délicates, et qu'une exception au mariage au bénéfice des personnes transgenres reste inconnue sur le plan international²⁹³.

En affirmant pas le droit au mariage homosexuel, la Cour agit conformément aux Principes de Jogjakarta puisqu'ils ne proclament pas ce droit (voy. *supra*). Néanmoins, les Principes prônent l'égalité de tous devant la loi en demandant aux états de garantir aux individus une jouissance ou un exercice égal des droits humains²⁹⁴, et de garantir que les mêmes avantages soient accordés aux couples de même sexe en comparaison avec les couples hétérosexuels²⁹⁵. Si ce droit au mariage pour les personnes de même sexe n'est pas inscrit tel quel dans les Principes, les états doivent cependant reconnaître

²⁹⁰ J. ROSENDAHL T. FORSELL & T. HENEGHAN., « Finnish parliament confirms same-sex marriage law », Reuters, mis en ligne le 17 février 2017, consulté le 23 juillet 2019, disponible sur <https://uk.reuters.com/article/uk-finland-politics-gaymarriage-vote-idUKKBN15W13H>.

²⁹¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, *op. cit.*, §§ 69 et 70.

²⁹² *Ibidem*, §87.

²⁹³ *Ibidem*, §§ 73-75.

²⁹⁴ Recommandations 2.C., D., et 3.D Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 11 et 12.

²⁹⁵ *Ibidem*, Recommandations 24. E. et F, p. 29.

la diversité des familles et certifier qu'aucune famille ne soit discriminée pour des motifs d'orientation sexuelle ou d'identité de genre²⁹⁶, ainsi qu'assurer que les mariages ou partenariats ne soient conclus qu'avec le consentement libre et total des futurs époux ou partenaires²⁹⁷. Ce dernier aspect relatif au consentement au mariage peut être remis en doute concernant le « dilemme » que la requérante doit trancher afin de voir son identité de genre reconnu ou de conserver son mariage²⁹⁸.

Concernant ce choix qui est laissé à la requérante, certains juges considèrent dans l'opinion dissidente adressé à la Cour dans cet arrêt, qu'elle aurait dû donner plus de poids à la liberté de croyance du couple pour qui le divorce va à l'encontre des convictions religieuses²⁹⁹. En effet, cette croyance provoque une impossibilité pour elles de divorcer et on ne peut, selon eux, pas établir qu'elles aient choix réel entre deux droits³⁰⁰, à savoir le droit à la reconnaissance de son identité de genre et le droit au mariage³⁰¹. En donnant plus de poids à la liberté de croyance et de religion, la Cour aurait agi en conformité avec les Principes de Jogjakarta qui requièrent spécifiquement des états de prendre les dispositions nécessaires afin de garantir à tous les individus le droit d'être protégé contre les ingérences envers leurs croyances³⁰².

§2. L'absence de reconnaissance de l'identité de genre de Mme Hämäläinen

La Cour à nouveau à l'encontre des Principes de Jogjakarta en admettant qu'un état peut soumettre la pleine reconnaissance de l'identité de genre de la requérante au changement de son statut marital. En effet, une telle condition est expressément proscrite par le principe 3 des Principes de Jogjakarta qui affirme qu'« aucun statut, mariage ou condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne³⁰³ ».

²⁹⁶ Recommandation 24.B., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, 29.

²⁹⁷ *Ibidem*, Recommandation 24.G., 29.

²⁹⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, *op. cit.*, §41.

²⁹⁹ *Ibidem*, §44.

³⁰⁰ *Ibidem*, §§ 44-46.

³⁰¹ A. SAJÓ, H. KELLER, ET P. LEMMENS, opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, *op. cit.*, §§6-7.

³⁰² Recommandation 21.A., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 27.

³⁰³ Principe 3, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12 ; affirmé à nouveau par la recommandation 31.C., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, *op. cit.*, p. 9.

Cette condition imposée par le droit finlandais va à l'encontre de la reconnaissance légale de son identité de genre, pour laquelle les Principes réclament des états qu'ils prennent des dispositions afin que chacun voit son identité de genre pleinement respectée et reconnue, légalement, dans tous les documents les concernant, le passeport explicitement compris³⁰⁴, et que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe³⁰⁵, le tout dans le cadre d'une procédure qui soit rapide et accessible³⁰⁶. Les Principes de Jogjakarta ne sont par conséquent pas respectés puisque le droit finlandais ne permet pas à la requérante une modification de la mention de son sexe sur un document officiel, en l'occurrence son passeport³⁰⁷.

En outre, les états doivent assurer à chaque personne le droit de jouir de sa sphère privée, de ses décisions intimes, et de ses relations humaines et garantir à tous les individus le choix dans la divulgation des informations concernant son identité de genre (à qui, quand et comment). De plus, les états doivent protéger ces individus contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre, et enfin, s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande respecte le droit à l'autodétermination³⁰⁸.

En l'espèce, Mme Hämäläinen est confrontée à une divulgation constante de sa transidentité lorsqu'elle fait usage du passeport qui ne correspond pas à son apparence, ce que la Cour ne considère qu'en termes de « désagréments regrettables³⁰⁹ ». Pourtant, Mme Hämäläinen n'a pas le choix quant aux modalités de divulgation de son identité de

³⁰⁴ Recommandation 31.A., The Yogyakarta principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁵ Recommandations 3.B., C. et E., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12.

³⁰⁶ Recommandation 31.C., The Yogyakarta principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, *op. cit.*, §45.

³⁰⁸ Recommandation 6.G., The Yogyakarta principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 18 ; Recommandations 6.A. et F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre *op. cit.*, pp. 14 et 15.

³⁰⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, *op. cit.*, §87.

genre et de sa transidentité, ni même le droit à la reconnaissance de son identité de genre.

Section 2. Les Principes de Jogjakarta contre la pathologisation de la transidentité

§1. Contrariété avec les Principes de Jogjakarta

Le fait de conditionner le changement de sexe à l'établissement d'un syndrome transsexuel et à une expertise médicale préalable est totalement contraire à ce qui est prévu par les Principes de Jogjakarta.

En laissant à des spécialistes le soin de prendre les décisions concernant l'intimité des personnes, ces conditions vont à l'encontre de ce que les recommandations prévoient en matière de reconnaissance de l'identité de genre, pour laquelle les Principes de Jogjakarta attendent notamment des états qu'ils prennent des dispositions afin que chacun voie son identité de genre pleinement respectée et reconnue³¹⁰, et surtout, en l'espèce, qu'ils garantissent à chacun le droit de choisir quand, à qui et comment divulguer des informations concernant son identité de genre, et qu'ils s'assurent que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande soit pertinente, nécessaire et raisonnable, qu'elle poursuive un but légitime, et qu'elle respecte le droit à l'autodétermination³¹¹. Ce droit doit par ailleurs être protégé par l'état, et il doit à cet égard interdire toute pratique consistant en des examens génitaux intrusifs, à moins que ce soit requis par la loi lorsque c'est relevant, raisonnable et nécessaire pour atteindre un but légitime³¹².

Cela va par conséquent à l'encontre des Principes de laisser la détermination du genre à une personne externe, ce qui ne permet pas de garantir en définitive que c'est bien l'identité de genre que la personne a déterminé qui sera reconnue.

³¹⁰ Recommandations 3, B., C. D. et E., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p.12.

³¹¹ Recommandation 6.G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 18 ; Recommandation 6.F., Les principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 15.

³¹² Recommandations 32.A. et G., The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 10.

Les Principes prévoient à cet effet que les états doivent assurer une procédure de changement de sexe qui ne soit pas basée sur des critères telles que la nécessité d'une intervention médicale ou psychologique ou sur base d'un diagnostic médical³¹³. Ces pratiques vont, de plus, à contre sens de la protection que les Principes prévoient contre les pratiques médicales aussi bien nuisibles que non-désirées, et ce dans le but qu'il n'existe plus de traitement ou conseil, médical ou psychologique, qui aborde l'identité de genre comme une maladie devant être traitée, soignée ou supprimée³¹⁴.

§2. Un autre raisonnement possible

La Cour a décidé d'analyser les conditions du « syndrome transsexuel » et de l'expertise médicale sous l'angle des obligations positives. Cependant, il ne s'agit pas de la seule option qui s'offrait à elle, puisqu'elle aurait pu analyser ces exigences sous l'angle des obligations positives et se demander par conséquent si la France avait manqué à son obligation négative de ne pas s'ingérer dans la vie privée des requérants³¹⁵. La CEDH admet elle-même que la limite entre les deux types d'obligations n'est pas établie de manière précise³¹⁶. En procédant dans cette affaire par le biais de l'obligation négative, l'état aurait dû prouver que ces deux conditions répondaient à un des buts légitimes prévus par l'article 8. Or, aucun ne semble justifier l'usage par l'état de telles pratiques³¹⁷.

Concernant ensuite la marge d'appréciation qui est laissée à l'état, la Cour aurait dû parvenir au résultat que, vu les indices contradictoires déduits de l'absence de consensus au sujet d'un élément très intime de la vie privée, la France bénéficiait d'une marge d'appréciation « intermédiaire³¹⁸ ». Effectivement la Cour estime que la marge d'appréciation des états est plus large lorsqu'il n'y a pas de tendance dans une majorité d'états contractants à agir de la sorte³¹⁹, en l'espèce à supprimer toute condition

³¹³ Recommandation 31.C., The Yogyakarta principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 9.

³¹⁴ Recommandations 18.A., D., et F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 24.

³¹⁵ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* pp. 10 et s.

³¹⁶ À titre d'exemple, voy. Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, *op. cit.*, §59.

³¹⁷ B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* pp. 11 et s.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

³¹⁹ G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 123.

médicale pour changer de sexe sur l'état civil. À l'inverse, elle estime que plus une approche est partagée parmi les états parties à la Convention, moins elle accordera de marge d'appréciation à ceux-ci³²⁰.

Dans l'affaire A.P., Nicot et Garçon, il semble que la Cour ait conclu à une large marge d'appréciation laissée aux états, sans justifier suffisamment son raisonnement³²¹. Par conséquent, suivant ces critiques méthodologiques, on peut constater qu'il était aussi possible qu'elle parvienne à un constat de violation par la France du droit à la vie privée consacré par l'article 8 également en ce qui concerne le recours à une expertise médicale et à l'établissement d'un « syndrome transsexuel »³²², comme il était possible qu'elle parvienne à un autre raisonnement lors de l'arrêt Hämäläinen en laissant par exemple plus de place à la liberté de croyance.

Chapitre 3. L'avenir face à l'enjeu de la parenté

Section 1. Une question pendante devant la Cour

§1. La position de la Cour sur la question de la parenté

En admettant que l'imposition d'une opération de réassignation sexuelle stérilisante constitue une violation du droit à la vie privée et familiale des personnes transgenres, la Cour estime qu'une personne transgenre, passée civilement d'un sexe à l'autre, peut enfanter. Par conséquent, une personne transgenre peut conserver sa capacité reproductrice qui, bien qu'elle puisse être altérée par un traitement hormonal, peut ne pas mener à une stérilisation de la personne, ou être simplement contrée par des techniques de conservation des gamètes³²³.

Puisque la Cour n'a plus égard au sexe biologique, mais au sexe tel qu'il est ressenti la personne pour reconnaître l'identité de genre d'une personne, il est désormais possible qu'un homme transgenre se retrouve « enceint³²⁴ », accouche d'un enfant, et établisse

³²⁰ G. LETSAS, « The ECHR as a living instrument : its meaning and legitimacy » in *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, *op. cit.*, p. 115.

³²¹ RANZONI, C., opinion dissidente sous_Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

³²² B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* pp. 12 et 13.

³²³ S., PIRACARD, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe », *op. cit.*, p. 7.

³²⁴ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *op. cit.*, p. 16.

avec lui un « lien paternel », tandis qu'une mère transgenre pourrait être son géniteur et établisse avec cet enfant un lien « maternel »³²⁵.

La Cour doit-elle faire primer la réalité sociale sur la réalité biologique dans un tel cas d'espèce ? Si la question se pose devant la Cour, elle doit s'assurer notamment qu'il existe une structure dans laquelle une évaluation des intérêts en compétition doit pouvoir se faire, tout en veillant à ce que l'intérêt de l'enfant soit toujours celui qui prime, et qu'il ait toujours un moyen de s'exprimer sur les sujets qui le concerne³²⁶, une appréciation à toujours faire au cas par cas³²⁷.

Toutefois, cette vision future de la parenté qui viendrait modifier notre conception occidentale du sexe dans le Code civil, ne fait pas l'unanimité³²⁸. Selon Sophie Piracard, il ne faudrait pas modifier la cohérence du code civil pour les quelques cas exceptionnels que cela constitue, considérant qu'il plus est que « le transsexuel n'a fondamentalement pas envie de procréer dans son sexe d'origine car il y aurait là une discordance entre l'identité de la personne et l'identité procréative »³²⁹. Celle-ci considère par conséquent qu'une personne transgenre qui procréé doit être considérée selon son sexe d'origine, ce qui a l'avantage pour elle de maintenir la réalité de la filiation.

La CEDH a auparavant démontré son attachement à la catégorisation binaire des genres « homme-femme », refusant de laisser perdurer une situation dans laquelle une personne ne peut se définir comme n'appartenant à aucun des deux sexes³³⁰. Cependant, son processus allant vers la dissociation du sexe et de la reproduction semble s'accélérer³³¹ et la Cour tend, sans y parvenir, vers une conception du sexe purement psychosociale,

³²⁵ S., PIRACARD, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe », *op. cit.*, p. 7.

³²⁶ A. BÜTCHER & H. KELLER, « Synthesis » in *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, *op. cit.*, pp. 528-533.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 535 et 536.

³²⁸ S., PIRACARD, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe », *op. cit.*, pp. 7 et 8.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, pp. 18 et 19.

³³¹ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *op. cit.*, pp. 1, 6 et s.

ne prenant plus en compte le facteur biologique comme déterminant, en tout ou en partie, l'identité de genre³³².

§2. L'affaire D.H., O.H. et G.H. c. Allemagne

La question du statut parental des personnes transgenres fait l'objet d'une affaire communiquée le 6 février 2019 en attente de réponse du gouvernement allemand³³³, dans laquelle O.H., un homme transgenre, a conservé sa capacité de reproduction de femelle, et a donné naissance à G.H. grâce une insémination artificielle. Il demande la modification de l'acte de naissance de son enfant G.H., document qui le désigne comme étant sa mère, et non son père, et utilise son nom d'origine, alors que ces deux données ont fait l'objet d'une modification sur ces documents officiels en Allemagne³³⁴. Il se plaint que ces inscriptions vont à l'encontre de la relation qu'il vit réellement avec son fils, et l'oblige à un « outing » constant et forcé concernant sa transidentité³³⁵.

Les questions posées consistent à se demander si, en refusant de reconnaître le statut parental revendiqué par les requérants, l'Allemagne agit en violation de l'article 8 de la Convention consacrant le droit à la vie privée et familiale, et s'il y a violation de cet article combiné à l'article 14 consacrant l'interdiction de la discrimination.

L'affaire étant communiquée le 6 février 2019, la Cour attend les conclusions du gouvernement allemand.

Section 2. Le Cour et les Principes de Jogjakarta sur la même tonalité ?

§1. Le maintien de la jurisprudence actuelle de la Cour

Selon la jurisprudence actuelle de la CEDH, définie en partie par l'arrêt AP, Nicot et Garçon c. France et selon laquelle l'état ne peut imposer à une personne transgenre de passer par une opération de réassignation sexuelle stérilisante afin de pouvoir changer la mention du sexe sur son état civil, alors la Cour admet par conséquent qu'un homme transgenre peut être enceint, et qu'on n'a pas égard au sexe biologique d'un parent lorsqu'on détermine son statut de père ou de mère, mais qu'on a simplement égard au sexe tel qu'il est défini par la personne.

§2. Le respect des Principes de Jogjakarta et le droit à fonder une famille

³³² B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *op. cit.* p. 1.

³³³ Cour eur. D.H., O.H. et G.H. c. Allemagne, 16 février 2019 (cmquée), req. n° 53568/16 et 54741/78.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ *Ibidem*.

Comme nous l'avons exposé précédemment, les Principes attendent des états qu'ils prennent toutes les mesures afin que l'identité de genre de tous les individus soit respectée, et que les modifications que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe³³⁶. Dès lors, si la loi allemande requiert l'indication du sexe des parents sur un acte de naissance, celui-ci doit respecter, selon les Principes, le sexe masculin du requérant.

Cette recommandation est appuyée par d'autres principes, qui prévoient que les états doivent prendre des dispositions afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes, de sa vie privée et de ses relations humaines, et que l'état doit en plus protéger ces individus contre des divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre. Enfin, ils doivent s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande soit pertinente, nécessaire et raisonnable, qu'elle poursuive un but légitime, et qu'elle respecte le droit de la personne à déterminer par elle-même son identité de genre³³⁷. Dans, pour respecter au mieux ces principes, l'Allemagne dans devrait permettre aux requérants de nommer par eux-mêmes la qualité de filiation qui leur est propre, la relation de « père-enfant » en l'occurrence. En effet, dans cette situation, Mr O.H. est obligé de dévoiler sa transidentité chaque fois qu'il est question de son enfant, puisque ce n'est pas le bon nom ni le bon genre qui est indiqué sur son acte de naissance, et que ceux-ci ne correspondent pas aux papiers d'identité de Mr O.H.

Finalement, puisqu'il s'agit d'une décision qui concerne aussi l'enfant, l'Allemagne devra démontrer selon les Principes que l'intérêt de l'enfant a été pour elle une considération primordiale dans cette prise de décision, et que l'identité de genre d'un membre de sa famille n'a pas été considéré comme incompatible avec cet intérêt. En outre, elle devra s'être que l'enfant doté de discernement donne son avis sur les questions qui le concernent et que cet avis soit pris en compte, relativement à l'âge et la

³³⁶ Recommandations 3.B., C., D., et E, Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 12.

³³⁷ Recommandation 6.G., The Yogyakarta principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, *op. cit.*, p. 18 ; Recommandations 6.A. et F., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

maturité de celui-ci³³⁸. En l'occurrence, il n'a que six ans mais désigne probablement le requérant, suivant ses affirmations, comme étant son père.

³³⁸ Recommandations 24.B. C. et D., Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, *op. cit.*, p. 29.

Conclusion générale

Véritable révélateur de l'avancée des droits, les mots choisis par la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont une manière d'évaluer la progression des droits qu'elle accorde aux personnes transgenres. En effet, au plus la sphère des droits des personnes transgenres augmente, au plus elle utilise un vocabulaire adapté à cette thématique.

À l'origine de ce mémoire, la question de recherche consistait à comprendre la portée de la voix des Principes dans la jurisprudence de la Cour. Si les deux mécanismes semblent désormais parler une langue de plus en plus proche, se rejoignent-ils sur le plan des idées ?

La première partie de ce travail consistait à présenter les droits des personnes transgenres à travers deux mécanismes différents, respectivement par les Principes de Jogjakarta et la jurisprudence de la CEDH. Elle nous a permis de comprendre le statut normatif particulier des Principes de Jogjakarta en tant que « soft law » rédigée par des experts des droits LGBTI, qui n'engage à lui-seul pas directement les états, si ce n'est en ce qu'il répète dans ces Principes des normes de droit international qui sont obligatoires pour les pays membres de Nations Unies notamment. Par la suite, cette partie nous a présenté la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de sa Cour, que des états se sont engagés à respecter, qui est en constante évolution, qui présente aussi des défauts de respect, et qui accorde dans sa jurisprudence de plus en plus de droits aux personnes transgenres. Nous avons pu démontrer que les Principes de Jogjakarta sont à l'appui de nombreux développements à travers le monde, en Europe et en Belgique y compris, et que leur influence dans le paysage des droits LGBTI n'est plus à démontrer puisqu'ils sont même cités par des juges à la Cour.

Au fil des développements jurisprudentiels de la CEDH, nous avons analysés que de plus en plus de droits sont accordés aux personnes transgenres. La Cour a commencé par leur accorder le droit d'obtenir la reconnaissance de leur identité de genre, puis le droit à une chirurgie de réassignation sexuelle, et enfin le droit à ne pas subir d'opération de changement de sexe pour être reconnu dans son identité de genre. Si des conditions liées au statut marital ou des conditions médicales ont été validées par la Cour, on a pu démontrer qu'un autre raisonnement était possible, et les solutions à laquelle la Cour aurait abouti dans ces cas serait plus conforme aux Principes de

Jogjakarta, et par conséquent plus conformes aux normes de droit international dont ils sont apparemment le reflet.

Au fur et à mesure des arrêts que la Cour a rendus, on aperçoit aussi qu'elle s'est détachée quelque peu de la réalité biologique en permettant une reconnaissance du sexe social, pour ensuite permettre à cette première réalité d'être modifiée, pour après dire qu'elle base le sexe sur une conception en dehors de toute opération, pour finalement, probablement détacher totalement le sexe anatomique du sexe génétique³³⁹ et se baser uniquement sur une réalité sociale. C'est ce qu'elle choisit en désignant les requérants par les pronoms qu'ils revendiquent, ainsi qu'en choisissant qu'une personne transgenre a le droit de voir le genre qu'elle revendique reconnu sans passer par une opération de réassignation sexuelle.

À cet égard, en admettant que l'opération de réassignation sexuelle n'est pas nécessaire pour être reconnu dans le genre revendiqué, la Cour a ouverte d'elle-même la porte à d'autres raisonnements conséquents, si bien qu'on peut être amené à penser que cette conception détachée de la biologie et attachée à la réalité sociale mènera sans doute la Cour à suivre les Principes de Jogjakarta et admettre qu'un homme puisse être enceint.

Un questionnement subsiste, au vu du respect progressif de la Cour quant aux Principes de Jogjakarta, la Cour en viendrait-elle à s'aligner sur la même fréquence des droits que ces Principes prônent ?

³³⁹ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *op. cit.*, p.18.

Bibliographie :

Législation

- Internationale

The Yogyakarta Principles plus 10, Additionnal principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles, adopté le 10 novembre 2017, Genève.

Les Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007, Jogjakarta.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, New York.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, New York, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

- Européenne

CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 2048 (2015) sur la « Discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 22 Avril 2015.

Recommandation CM/Rec(2010)5 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, adopté par le Comité des Ministres le 31 mars 2010.

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne 7 décembre 2000

- Interne

Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, M.B., 10 août 2017.

Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Doc., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2015-2016, n° A318/1.

Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Doc., Parl. w., 2013-2014, n° 3/602.

Proposition de résolution relative à la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Doc. Parl., Sénat, 2012-2013, n° 5-1847/3.

Voorstel van resolutie betreffende een geïntegreerd gelijke kansen beleid voor holebi's en het actief uitdragen van de Jogjakartaprinicipes op internationaal niveau, Doc., Parl. fl., 2007-2008, n° 1/1685.

- Étrangère

- C. civ., art. 61-5 à 61-7 (Code civil Français).
- C. pén., art. 377 (Code pénal Indien).

Jurisprudence

- Cour Européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D.H., arrêt X. c. Ex-République Yougoslave de Macédoine, 17 janvier 2019, req. n° 29683/16.
- Cour eur. D.H., arrêt S.V. c. Italie, 11 octobre 2018, req. n° 55216/08.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.
- Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, req. n° 14793/08.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hämäläinen c. Finlande, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09.
- Cour eur. D.H., arrêt Schlumpf c. Suisse, 8 janvier 2009, req. n° 29002/06.
- Cour eur. D.H., arrêt L. c. Lituanie, 11 septembre 2007, req. n° 27527/03.
- Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, req. n° 35968/97.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95.

- Affaire pendante

- Cour eur. O.H. et G.H. c. Allemagne, 16 février 2019 (cmquée), req. n° 53568/16 et 54741/78.

- Décisions belges et étrangères

- Cr. Const, 19 juin 2019, n° 99/2019.
- Haute Cour de Delhi, arrêt Navtej Singh Johar v. Union of India, 6 septembre 2018, n°76/2016.

- Haute Cour de Delhi, arrêt Naz Foundation c. Government of NCT of Delhi, 2 Juillet 2009, n°7455/2001.

Doctrine

- Ouvrage

ACADÉMIE DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR (ARES), *Guide d'accompagnement pour l'inclusion des personnes Trans dans l'enseignement supérieur en Fédération Wallonie-Bruxelles*, Fédération Wallonie Bruxelles, Bruxelles, Avril 2018.

AILINCAI, A. (sous la dir.), « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (octobre 2016 – octobre 2017) », *Rev. trim. dr. h.* (114/2018), pp. 409 à 452.

AILINCAI, M. (sous la dir.), *Soft Law et droits fondamentaux – Acte du colloque du 4 et 5 février 2016*, Paris, éditions A. Pedone, 2017.

IDEM, (sous la dir.), « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (juin 2015 – octobre 2016) », *Rev. trim. dr. h.* (110/2017), pp. 307 à 349.

IDEM, (sous la dir.), « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (juin 2014 – juin 2015) », *Rev. trim. dr. h.* (110/2016), pp. 183 à 225.

AFROUKH, M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, De Boeck, 2011.

ARC INTERNATIONAL, *Guide des Principes de Jogjakarta à l'usage des militants et des militantes*, Août 2010.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et rapports du Haut-Commissariat et du Secrétaire général », Conseil des droits de l'homme, 19^{ème} session, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41.

IDEM, « Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 30 juin 2016 », Conseil des droits de l'homme, 32^{ème} session, 15 juillet 2016, A/HRC/RES/32/2.

BARRIÈRE BROUSSE, I. et DOUCHY-LOUDOT, M. (sous la dir.), *Les contentieux familiaux – droit interne, international et européen*, 2e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016.

BATTEUR, A. (sous la dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016.

BOND, M., *Le Conseil de l'Europe et les droits de l'homme – Une introduction à la Convention européenne des droits de l'homme*, septembre 2010, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2010.

BÜCHLER, A. & KELLER, H., *Family Forms and Parenthood – Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016.

BREMS, E. (sous la dir.), « Minorities - ECtHR judgment on State recognition of the sexual identity of transgender persons », *Jour. Eur. dr. Ho.*, 2017/3, « Actualités News », 2017, pp. 296 à 308.

BROWN, D., « Student Note – Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law : an introduction to the Yogyakarta Principles », J.D., University of Michigan Law School, 2009, pp. 822 à 879.

IDEM, « Should Pluriform Human Rights Become One ? - Exploring the Benefits of Human Rights Integration », *J.E.D.H.*, 2014/4, pp. 447 à 470.

IDEM, *Diversity and European Human Rights - Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

BRILLAT, M., Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens, « Collection de Thèses », Varenne, L.G.D.J., 2015, n°110.

BUCKLEY, C., DONALD, A. & LEACH, P., *Towards Convergence in International Human Rights Law*, Brill Nijhoff, Boston, 2016.

COUR AFR. D.H.P., COUR INTERAM. D.H., ET O.N.U., « Mettre fin à la violence et autres violations des droits de l'homme fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre - Un dialogue conjoint entre la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et les Nations Unie », Pretoria University Law Press, Pretoria, 2016.

CAP, S. et WILLEMS, G., « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux » in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille* », Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, pp. 7 à 51.

CHASSIN, C.-A., *Heurs et malheurs du mariage des transsexuels (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Hamalainen c. Finlande, 16 juillet 2014)*, Rev. trim. dr. h. (102/2015), 2015, pp. 463 à 480.

CONCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*, 30 Avril 2017, Council of Europe / European Court of Human Rights, 2018.

IDEM, *Rapport de recherche – Boéthique et jurisprudence de la Convention des droits de l'homme*, 20 octobre 2016, Conseil de l'Europe / Cour européenne des droits de l'homme, 2016.

IDEM, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou sur l'identité de genre*, juin 2011, Conseil de l'Europe, 2011.

DOTHAN, S., « The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights », *Fordham International Law Journal*, n°42/3/765, 2019, pp. 770-771.

DREYFUS, T., « The Half-Invention of Gender Identity in International Human Rights Law : From Cedaw to the Yogyakarta Principles », *Australian Feminist Law Journal*, Volume 37, 2012, pp. 33-50.

ELLIS, E. & WATSON, PH., *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., London, Oxford University Press, 2012.

ETTELBRICK, P. L. & TRABUCCO ZÉRAN, A., « The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development – A study of November 2007- June 2010 – Final Report », Final Report 1.0, 10 septembre 2010.

EQUITAS – CENTRE INTERNATIONAL D'ÉDUCATION AUX DROITS HUMAINS, « Les droits des personnes gaies lesbiennes, transsexuelles et transgenres », 9 juin 2012.

FOLLESDAL, A., PETERS, B. & ULFSTEIN, G., *Constituting Europe – The European Court of Human Right in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

FORTAS, A.-C., *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme – Contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Editions Pedone, Paris, 2015.

FULCHIRON, H., « Vie privée et familiale », Jour. Eur. dr. Ho., 2017/5, « Chronique / Column », 2017, pp. 456 à 488.

GONZALEZ-SALZBERG, D. A., « An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent : A Queer Reading of AP, Garçon and Nicot v. France », The Modern Law review, 2018, pp. 526-538.

H.C.D.H., *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, New York et Genève, Nations Unies, HR/PUB/12/06, 2013.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7)*, U.N. Doc. CCPR General Comment No. 20, 10 March 1992.

KANTOLA, J., *Gender and the European Union*, Basingstock, Palgrave Macmillan, 2010.

LAGOUTTE, S., GAMMELTOFT, TH. & CERONE, J., *Tracing the role of soft law in human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

LETSA, G., « A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights », Oxford, Oxford University Press, 2007.

MORON-PUECH, B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », Dalloz, 2017, n°18, pp. 994 et s.

O'FLAHERTY, M. & FISHER, J., *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principles*, Oxford, H.R.L.R., 2008, n°8, pp. 207 à 248.

O'FLAHERTY, M. (sous la dir.), « Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles », Nottingham, Novembre 2007.

POOJA, P. & NARRAIN, A., « The Yogyakarta Principles : Looking back and looking forward », Arrow for change, Vol 23 n°2, 2017, pp. 39 et 40.

ROELSTRAETE, M., « Nouvelle loi « transgenre » : de la stérilisation à l'autodétermination », J. dr. Jeun., n°367, septembre 2017, pp. 16 et s.

STEFAN, O., *Soft Law in Court – Competition Law, State Aid and the Court of Justice of The European Court*, AH Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013.

STRICKLAN, J. W., *Testing constitutional pluralism in Strasbourg : Responding to Russia's propaganda law*, May 2016, University of Michigan Law School, 2016.

SWEENEY, J. A., *The European Court of Human rights in the post-cold war era*, Abingdon, Routledge, 2016.

TODS, O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 73, n°1, 2013, pp. 133 à 187.

TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK, S. & KRENC, F. « La Soft Law et la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.* (91/2012), pp. 433 à 489.

UNITÉ DE LA PRESSE, *Fiche thématique - Identité de genre*, Cour Européenne des Droits de l'homme, Octobre 2018.

VAN DROOGHENBROECK S. (sous la dir.), « Le soft law du droit des droits de l'homme » in *Le Droit International et Européen des droits de l'homme devant le juge européen*, Bruxelles, Larcier, 2014.

VELU., et ERGEC, R., *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2ème édition par Russen Ergec, Bruxelles, Bruylant, 2014.

WACHSMANN, P. & MARIENBURGWACHSMANN, A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme - En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *Rev. trim. dr. h.* (56/2003), 2003, pp. 1157 à 1183.

WAHL, N., Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl, Recueil de la jurisprudence, Affaire C-473/16 F contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, C-2017/739, 5 octobre 2017.

WILLEMS, G., « Titre II - L'état de la personne » in *Droit des personnes et des familles 2011-2016*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, pp. 25-47

IDEM, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 76, 2016, n°1.

IDEM, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », 2010, *Rev. trim. dr. fam.* (2/2010), pp. 448 à 504.

WHITE, R. & BOUSSIAKOU, I., « Voices from the European Court of Human Rights », Netherlands Institute of Human Rights (SIM), Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 27/2, 2009, pp. 167-189.

WHO (under the dir.), « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO », World Health Organization, 2014.

- Source électronique

ARC INTERNATIONAL, « Les principes de Jogjakarta plus 10 », 2016, consulté le 06 juillet 2019, disponible sur <http://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/les-principes-de-jogjakarta-plus-10/>.

CANNOOT, P., « Human Rights Centre submits third party intervention in case concerning legal gender recognition », mis en ligne 19 février 2018, consulté le 21 juillet 2019, Strasbourg Observers, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2018/02/19/human-rights-centre-submits-third-party-intervention-in-case-concerning-legal-gender-recognition/>.

IDEM, « A.P., Garçon and Nicot v. France : the Court draws a line for trans rights », mis en ligne le 5 mai 2017, Strasbourg Observers, consulté le 21 juillet 2019, disponible sur : <https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/#more-3688>.

IDEM, « S.V. v. Italy: on temporality and transgender persons », Strasbourg Observers, mis en ligne le 19 octobre 2017, consulté le 21 juillet 2019, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2018/10/19/s-v-v-italy-on-temporality-and-transgender-persons/>.

MARRAUD DES GROTTEs, A., « Changement de sexe, la Cour européenne sanctionne la France », Contrepoints, 30 Avril 2017, consulté le 20 juillet 2019, disponible sur <https://www.contrepoints.org/2017/04/30/288065-changement-de-sexe-cour-europeenne-sanctionne-france>.

MORON-PUECH, B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *Rev. dr. h., Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 11 mai 2019, disponible sur <http://revdh.revues.org/3049/>.

IDEM, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015 », *Rev. dr. h.*, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 11 mai 2019, disponible sur <http://revdh.revues.org/1076>.

NARRAIN, A., « Questioning the pathologization of gender identity: A side Event at the United Nations », mis en ligne le 11 juillet 2017, consulté le 10 mai 2019, disponible sur <http://arc-international.net/blog/questioning-the-pathologization-of-gender-identity-a-side-event-at-the-united-nations/>.

IDEM, « Sexual Orientation and Gender Identity : A Necessary Conceptual Framework for Advancing Rights ? », consulté le 20 novembre 2018, disponible sur <http://arc-international.net/global-advocacy/human-rights-council/sexual-orientation-and-gender-identity-a-necessary-conceptual-framework-for-advancing-rights/>.

IDEM, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Six Conceptual Advances enabled by the Principles », consulté le 20 novembre 2018, disponible sur <http://arc-international.net/research-and-publications/new-arc-reports/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-six-conceptual-advances-enabled-by-the-principles/>.

IDEM, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Marking ten years of SOGI jurisprudence », 25 novembre 2016, consulté le 20 novembre 2018,

disponible sur <http://arc-international.net/blog/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-marking-ten-years-of-sogi-jurisprudence/>.

COLLECTIF INTERSEXES ET ALLIÉ.E.S - OII FRANCE, « Des chiffres », 1 mai 2019, consulté le 10 mai 2019, disponible sur <https://cia-oiifrance.org/2019/05/01/des-chiffres/>.

FONDIMARE, E., « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Rev. dr. h.*, 5/2014, mis en ligne le 20 mai 2014, consulté le 20 juillet 2019, disponible sur <http://revdh.revues.org/755>.

GENRE PLURIELS, « L'OMS retire les transidentités des maladies mentales... pour diagnostiquer l'incongruence de genre dans la santé sexuelle ! », mis en ligne le 20 juin 2018 - modifié le 27 août 2018, consulté le 30 avril 2019, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/L-OMS-retire-les-transidentites-des-maladies-mentales-pour-diagnostiquer-l>.

IDEM, « 10 idées fausses sur l'intersexuation », 18 janvier 2008 - modifié le 14 juin, consulté le 10 juillet 2019, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/Dix-idees-faussees-sur-l-intersexuation>.

I.J.R.C, « Requiring operation to correct sex on birth certificate violates rights », mis en ligne le 18 Avril 2017, consulté le 18 juillet 2019, International Resource Justice Center disponible sur <https://ijrcenter.org/2017/04/18/requiring-operation-to-correct-sex-on-birth-certificate-violates-rights/>.

PIRACARD, S., « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe », *La Revue des droits de l'homme*, 8 | 2015, mis en ligne le 21 novembre 2015, consulté le 30 novembre 2018, disponible sur <http://revdh.revues.org/1640>.

IDEM, « The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity, Establishing the universality of human rights », 2016, consulté le 20 novembre 2018, disponible sur <http://ypinaction.org/yogyakarta-principles-10/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-establishing-the-universality-of-human-rights/>.

RENZ, F., « The limitations of a “consensus” approach to trans rights: The European Court of Human Rights and the decision in A.P., Garçon and Nicot v. France », mis en ligne le 11 mai 2018, consulté le 30 novembre 2018, disponible sur <http://grundundmenschenrechtsblog.de/the-limitations-of-a-consensus-approach-to-trans-rights-the-european-court-of-human-rights-and-the-decision-in-a-p-garcon-and-nicot-v-france/>.

ROSENDAHL, J., FORSELL, T. & HENEGHAN, T., « Finnish parliament confirms same-sex marriage law », Reuters, mis en ligne le 17 février 2017, consulté le 23 juillet 2019, disponible sur <https://uk.reuters.com/article/uk-finland-politics-gaymarriage-vote-idUKKBN15W13H>.

- Autres

RANZONI, C., opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt AP, Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

SAJÓ, A., KELLER, H. et LEMMENS, P., opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt Hamalainen c. Finlande, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09.

Annexe : Dialogue entre les Principes de Jogjakarta et la C.E.D.H.— Tableau récapitulatif

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Conformes aux :	Conformes aux :
RÉSONNANCE	Arrêt Goodwin : - Obligation des états de reconnaître l'identité de genre d'une personne après sa réassignation ; <u>et</u> - Droit des personnes transgenres à se marier.	Violation : - de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) ; <u>et</u> - de l'article 12 (droit de fonder une famille).	- Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) et Principe 6 (droit à la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 24 (droit de fonder une famille) et Principe 2 (droit à l'égalité et à la non-discrimination).	Recommandations 3.B. et C. : Prendre des dispositions afin que l'identité de chacun soit respectée et reconnue, par la loi, telle que la personne l'a elle-même définie. Recommandation 6.A. : Assurer à chaque individu le droit de jouir de sa vie privée et de ses décisions intimes. De plus, les états doivent protéger ces individus contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre. Recommandation 24.B. : Reconnaître la diversité des types de famille et garantir qu'aucune famille ne soit discriminée en raison de l'identité de genre d'un de ses membres. Recommandations 2.C. et D. : Prendre des dispositions afin d'éliminer toute discrimination sur base de l'identité de genre et pour assurer aux individus une jouissance ou un exercice égal des droit humains.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Conformes aux :	Conformes aux :
RÉSONNANCE	Arrêt Van Kück c. Allemagne : Manque d'équité de la procédure de remboursement des frais médicaux liés à l'opération de réassignation sexuelle, et disproportion dans la demande faite à la requérante de prouver la nécessité médicale d'un traitement dans le but d'obtenir le remboursement de son opération.	Violation : - de l' article 6§1 (droit à un procès équitable) ; <u>et</u> - de l' article 8 (droit au respect de la vie privée).	- Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 8 (droit à un procès équitable) ; <u>et</u> - Principe 6 (droit à la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 13 (droit à la sécurité sociale et à d'autres mesures de protection sociales) ; <u>et</u> - Principe 17 (droit au plus haut niveau de santé).	Recommandations 3.B. et D. : Prendre des dispositions afin que l'identité de genre de chaque individu soit respectée pleinement et légalement telle que la personne l'a définie et s'assurer que les procédures de reconnaissance du genre doivent être efficaces, équitables et non discriminatoires, et qu'elles respectent, en outre la vie privée de tous les individus. Recommandation 8.A. : Prendre les dispositions nécessaires pour interdire et éliminer tout traitement préjudiciable fondé sur l'identité de genre. Recommandation 6.A., F. et G (+10) : Prendre des dispositions afin que chaque personne ait le droit de jouir de ses décisions intimes, le choix dans la divulgation des informations concernant son identité de genre et s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande soit pertinente, raisonnable et nécessaire et serve un but légitime tout en respectant son droit à l'autodétermination de son genre. Recommandation 13.A. : Prendre des dispositions afin d'assurer l'accès aux indemnités de maladies (les modifications corporelles liées à l'identité de genre étant expressément comprises). Recommandation 17.L. (+10) : Assurer aux individus le remboursement des frais couvrant leur réassignation sexuelle.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Conformes aux :	Conformes aux :
RÉSONNANCE	Arrêt L.C. c. Lituanie : Obligation pour les états de prévoir une loi encadrant l'opération de réassignation sexuelle. <u>et</u> Arrêt Y.Y. c. Turquie : Obligation pour les états de donner accès à une opération de changement de sexe.	Violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée).	- Principe 6 (droit au respect de la vie privée) <u>et</u> - Principe 3 (droit à la reconnaissance légale) ; <u>et</u> - Principe 17 (droit au plus haut niveau de santé) ; <u>et</u> - Principe 31 (+10) (droit à la reconnaissance légale).	Recommandations 6.A, D., F. et G. (+10): Prendre des dispositions afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes, abroger toute loi qui refuse aux individus la possibilité de modifier leur corps comme moyen d'exprimer leur identité de genre, et garantir à tout individu le choix dans la divulgation (quand, à qui et comment) et le protéger contre toute divulgation arbitraire, et, en outre, s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande respecte le droit à l'autodétermination. Recommandations 3.B., C. et E. : Prendre des dispositions afin que l'identité de genre de chacun soit pleinement respectée et reconnue, légalement, telle que la personne l'a définie pour elle-même, et ce, dans tous les documents qui la concernent, et que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe. Recommandation 17.G. : les états doivent faciliter l'accès aux opérations de réassignation sexuelle pour les personnes qui souhaitent y recourir. Recommandations 31.A., B. et C. : s'assurer que l'identité de genre soit reflétée dans tous les documents officiels, et ce, grâce à une procédure rapide, transparente et accessible.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Conformes aux :	Conformes aux :
RÉSONNANCE	Arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : Interdiction pour les états d'imposer une opération chirurgicale de changement de sexe comme condition de modification de l'état civil.	Violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée)	- Principe 6 (droit au respect de la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 18 (droit à la protection contre les abus médicaux) ; <u>et</u> - Principe 31 (+10) (droit à la reconnaissance légale) ; <u>et</u> - Principe 32 (+10) (droit à l'intégrité mentale et physique)	Recommandation 6.A. : Prendre des dispositions afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes. Principe 3 : « personne ne sera forcé de subir des procédures médicales » Recommandation 3.D. : S'assurer que les procédures de reconnaissance du genre soient efficaces, équitables et non discriminatoires, et qu'elles respectent, en outre, la vie privée de tous les individus. Recommandations 18.A. et D. : Garantir une protection complète contre les pratiques médicales aussi bien nuisibles que non-désirées. Recommandation 31.C. : S'assurer qu'une intervention médicale n'est pas une condition de reconnaissance de l'identité de genre. Recommandation 32.B. : Assurer la protection des individus contre les modifications involontaires des caractéristiques sexuelles.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Conformes aux :	Conformes aux :
RÉSONNANCE	S.V. c. Italie : La procédure de changement de nom ne doit être trop rigide et il y a un droit à changer de nom sans devoir changer de sexe (sans obligation de réassignation sexuelle).	Violation de l' article 8 (droit au respect de la vie privée).	- Principe 6 (droit au respect de la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 31 (+10) (droit à la reconnaissance légale).	Recommandation 6.A. : Les états doivent assurer à chaque personne son droit de jouir de sa sphère privée et de ses décisions intimes. De plus, les états doivent protéger ces individus contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre. Recommandation 3.D. : Garantir que les procédures de reconnaissance soient efficaces, équitables et non-discriminatoires. Recommandations 31.B. et C. : les états doivent s'assurer que la procédure pour modifier le genre et le nom sur les documents officiels soit rapide, transparente et accessible.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
LE POIDS DES MOTS	Y.Y. c Turquie et S.V. c. Italie : Utilisation du pronom correspondant à celui déterminé par la partie requérante. Mais AP., Nicot et Garçon : Non-respect du pronom tel que déterminé par la partie requérante Utilisation des mots par la Cour ; - Transsexuels/transgenre - Usage du mauvais pronom - Vocabulaire médicalisant	En jeu : article 8 (droit au respect de la vie privée - droit à la reconnaissance de son identité de genre et droit à l'auto-détermination).	- Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 6 (droit au respect de la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 32 (+10) (droit à l'intégrité physique et mentale) ; <u>et</u> - Principe 18 (protection contre les abus médicaux).	<u>Genre :</u> Introduction : L'identité de genre n'a pas de lien avec l'orientation sexuelle. Recommandation 3.B. : Prendre des dispositions afin que l'identité de genre de chacun soit pleinement respectée et reconnue, légalement, telle que la personne l'a définie pour elle-même. Recommandation 6.A. : Assurer à chaque individu le droit de jouir de sa vie privée et de ses décisions intimes. Recommandation 32.A. : Garantir et protéger le droit de chacun à l'autodétermination. <u>Vocabulaire médicalisant :</u> Recommandation 18.F. : Les états doivent garantir qu'aucun traitement ou conseil, qu'il soit médical ou psychologique, n'aborde l'identité de genre comme une maladie devant être traitée, soignée ou supprimée.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Non conformes aux :	Non conformes aux :
DISSONANCE	Hämäläinen c. Finlande : Admission d'un changement de statut marital (passer d'un mariage à un partenariat enregistré) comme condition d'accès au changement de sexe sur l'état civil.	Non-violation de l' article 8.	- Principe 6 (droit au respect de la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 2 (droit à l'égalité et la non-discrimination) ; <u>et</u> - Principe 21 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion) ; <u>et</u> - Principe 24 (droit de fonder une famille) ; <u>et</u> - Principe 31 (+10) (droit à la reconnaissance légale).	Principe 3 : « aucun statut, mariage ou condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne » et Recommandations 3.B., C., D., et E. : Prendre des dispositions afin que chacun voie son identité de genre pleinement respectée et reconnue légalement, telle que chacun l'a définie, et ce, dans tous les documents émis par l'état. En outre, les états doivent garantir que ces procédures de changement de sexe soient non-discriminatoires et que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe. Recommandations 6.A., F. et G. (+10) : Les états doivent assurer à chaque personne leur droit de jouir de sa sphère privée, de ses décisions intimes, et de ses relations humaines et garantir à tous les individus le choix dans la divulgation des informations concernant son identité de genre (à qui, quand et comment). De plus, les états doivent protéger ces individus contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre, et enfin, s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande respecte le droit à l'autodétermination.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Non conformes aux :	Non conformes aux :
DISSONANCE				Recommandations 2.C. et D. : Prendre des dispositions législatives pour éliminer toute discrimination fondée sur orientation sexuelle ou identité de genre et garantir aux individus une jouissance ou un exercice égal des droits humains. Recommandation 21.A. : Prendre les dispositions nécessaires afin de garantir à tous les individus le droit d'être protégé contre les ingérences envers leurs croyances. Recommandation 24 B., E., F., G. : <i>Pas de droit au mariage homosexuels proclamé dans les Principes de Jogjakarta.</i> Toutefois, Les états doivent reconnaître la diversité des familles et assurer l'égalité entre les différents statuts maritaux qui existent (pour le même statut, les mêmes avantages), ainsi que garantir qu'aucune famille n'est discriminée en raison ou de l'identité de genre et que les mariages ou partenariats ne soient conclus qu'avec le consentement libre et total des futurs époux ou partenaires. Recommandations 31.A., et C. : Assurer la reconnaissance de l'identité de genre dans tous les documents officiels, le passeport compris. La procédure de changement de sexe doit être rapide et accessible, et ne peut être soumise à la condition d'un statut marital.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Non conformes aux :	Non conformes aux :
DISSONANCE	Arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France : Autorisation d'une procédure médicalisée (comprenant l'établissement d'un syndrome transsexuel et d'une expertise médicale) comme condition de changement de l'état civil des personnes transgenres.	Non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée)	- Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi – « personne ne sera forcé de subir des procédures médicales ») ; <u>et</u> - Principe 6 (droit à la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 10 (droit ne pas subir de torture, de traitement inhumain ou dégradant) ; <u>et</u> - Principe 18 (protection contre les abus médicaux) ; <u>et</u> - Principe 31 (+10) (droit à la reconnaissance légale) ; <u>et</u> - Principe 32 (+10) (droit à l'intégrité mentale et physique).	Recommandations 3.B., C., D., et E. : Prendre des dispositions afin que chacun voie son identité de genre pleinement respectée et reconnue, légalement et dans tous les documents émis par l'état et que les procédures de changement de sexe respectent la vie privée et que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe. Recommandations 6.F. + G. : Garantir le droit à chacun de choisir quand, à qui et comment divulguer des informations concernant son identité de genre et s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande soit pertinente, nécessaire et raisonnable, qu'elle poursuive un but légitime, et qu'elle respecte le droit à l'autodétermination. Recommandations 10.D. et F. (+10) : Reconnaître que la modification involontaire et forcée des caractéristiques sexuelles peut constituer de la torture, ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant. De plus, ils doivent interdire toute pratique consistant en des traitements intrusifs et irréversibles, qui sont réalisées sans le consentement prioritaire, préalable et informé de la personne concernée.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles de la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
			Non conformes aux :	Non conformes aux :
DISSONANCE				Recommandations 18.A., D., et F. : Garantir une protection complète contre les pratiques médicales aussi bien nuisibles que non-désirées, et garantir qu'aucun traitement ou conseil, médical ou psychologique n'aborde l'identité de genre comme une maladie devant être traitée, soignée ou supprimée. Recommandation 31.C. : Les états doivent assurer une procédure de changement de sexe qui ne soit pas basée sur des critères telles que la nécessité d'une intervention médicale ou psychologique ou sur base d'un diagnostic médical. Recommandations 32.A. et G. : Garantir et protéger le droit à l'autonomie et à l'autodétermination ainsi qu'interdire toute pratique consistant en des examens génitaux intrusifs, à moins que ce soit requis par la loi lorsque c'est relevant, raisonnable et nécessaire pour atteindre un but légitime.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles invoqués devant la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
PROCHAINE QUESTION	L'affaire pendante : O.H. et G.H. c. Allemagne : Interrogation sur la reconnaissance de l'identité d'un parent transgenre (son nom et son genre).	- Article 8 (droit à la vie privée et familiale) ; <u>et</u> - Article 14 (droit à la non-discrimination).	- Principe 3 (droit à la reconnaissance devant la loi) ; <u>et</u> - Principe 6 (droit à la vie privée) ; <u>et</u> - Principe 24 (droit de fonder une famille).	Recommandations 3.B., C., D., et E. : Prendre des dispositions afin que l'identité de genre de chacun soit pleinement respectée et reconnue par la loi, telle que chacun l'a définie, et ce dans tous les documents émis par l'état. En outre, les états doivent garantir que ces procédures de changement de sexe respectent la vie privée, que ces modifications soient reconnues dans toutes les situations où la loi catégorise en fonction du sexe. Recommandations 6.A., F et G. (+10) : Prendre des dispositions afin que chaque individu puisse jouir de ses décisions intimes, de sa vie privée et de ses relations humaines. De plus, les états doivent protéger ces individus contre les divulgations arbitraires ou non-souhaitées d'informations sur leur identité de genre. Enfin, ils doivent s'assurer que lorsque la loi requiert de telles informations, cette demande soit pertinente, nécessaire et raisonnable, qu'elle poursuive un but légitime, et qu'elle respecte le droit de la personne à déterminer par elle-même son identité de genre.

	Arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme	Articles invoqués devant la Convention Européenne des droits de l'Homme	Principes de Jogjakarta	Recommandations des Principes (Il est recommandé aux états de ...)
PROCHAINE QUESTION				Recommandations 24.B., C. et D. : Garantir que la diversité des familles est reconnue et s'assurer qu'aucune famille n'est discriminée en raison de l'identité de genre de l'un de ses membres, s'assurer que l'Intérêt de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions et actions qui les concernent, et que l'identité de genre d'un membre de sa famille ne puisse être considérée comme incompatible avec cet intérêt. En outre , l'état doit assurer que l'enfant doté de discernement donne son avis sur les questions qui le concernent et que cet avis soit pris en compte, relativement à l'âge et la maturité de celui-ci.

