

Faculté de droit et de criminologie

La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle dans la rhétorique populiste

Comment protéger des droits politisés ?

Auteure : Marie VANLOOCKE
Promoteur : Marc VERDUSSEN
Année académique 2023-2024
Master [120] en droit, à finalité
spécialisée Droit public

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application 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

Je tiens à remercier celles et ceux qui m'ont aidé à réaliser ce mémoire.

En premier Monsieur Verdussen, mon promoteur, pour sa disponibilité, ses encouragements et ses précieux conseils. Merci de nous avoir fait confiance, à Nathan et moi, lorsque nous avons proposé ce travail en tandem, et tout au long de nos recherches.

Merci à Nathan, pour son idée de réaliser notre mémoire ensemble, mais surtout pour ses conseils et son soutien. Je suis heureuse d'avoir pu t'avoir à mes côtés, non seulement pendant ce travail, mais aussi au cours de nos études.

Je tiens aussi à remercier tous les amis qui m'ont accompagnée lors de l'écriture de mon mémoire, et particulièrement durant ces mois de juin et juillet. Merci à tous ceux qui ont fait partie, d'une manière ou d'une autre, de ces cinq années d'études.

Enfin, merci à mes parents, pour le temps qu'ils ont consacré à relire mon mémoire, et plus largement pour leur soutien continu.

AVANT-PROPOS

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

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

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

Nathan COLLART et Marie VANLOOKE

Août 2024

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	III
AVANT-PROPOS	V
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1. LA CONSECRATION DU DROIT A L'ORIENTATION SEXUELLE DANS LA CONSTITUTION BELGE	5
Section 1. La nécessité du droit à l'orientation sexuelle	5
<i>§1. L'orientation sexuelle selon la Cour européenne des droits de l'homme</i>	<i>5</i>
A. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme	5
B. L'orientation sexuelle, « un aspect des plus intimes de la vie privée »	7
C. L'expression de l'orientation sexuelle dans la sphère publique	9
D. La dignité humaine, clé d'une meilleure protection de l'orientation sexuelle ?	10
<i>§2. La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle</i>	<i>12</i>
A. Le rejet des personnes LGBT dans les discours populistes	12
B. Une protection insuffisante des droits liés à l'orientation sexuelle	16
Section 2. L'intérêt et les limites d'une protection constitutionnelle	18
<i>§1. Le choix d'une protection nationale</i>	<i>18</i>
<i>§2. La Constitution, garantie matérielle ou symbolique des droits fondamentaux ?</i>	<i>20</i>
A. La Constitution, porteuse de valeurs fondatrices	20
B. L'influence de la Constitution sur l'œuvre législative	22
C. Les mécanismes de protection des droits fondamentaux	22
D. La nécessité d'un fondement national	24
<i>§3. Un recours trop systématique à la Constitution ?</i>	<i>25</i>
Section 3. Les contours du droit à l'orientation sexuelle	27
<i>§1. Pourquoi un droit à l'orientation sexuelle</i>	<i>27</i>
A. Les pistes précédemment envisagées	27
a) Le droit à l'égalité et à la non-discrimination	28
b) Le droit à l'autonomie personnelle	29

B. Le droit à l'orientation sexuelle, fondement des droits liés à l'orientation sexuelle	31
§2. <i>La définition du droit à l'orientation sexuelle</i>	32
A. La notion d'orientation sexuelle	32
B. La formulation et la portée du droit à l'orientation sexuelle.....	35
Section 4. Le droit à l'orientation sexuelle face à la crise de l'Etat de droit.....	37
CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE L'ETAT DE DROIT, CLE POUR GARANTIR LES DROITS LIES A	
L'ORIENTATION SEXUELLE.....	39
Section 1. La crise de l'Etat de droit	39
§1. <i>L'impact de la crise de l'Etat de droit sur les droits liés à l'orientation sexuelle</i>	40
§2. <i>Le rôle de l'Union européenne dans la crise de l'Etat de droit</i>	42
A. L'impact de la crise sur le fonctionnement de l'Union	43
B. L'impact de la crise sur l'identité de l'Union.....	44
Section 2. La réaction de l'Union européenne	47
§1. <i>La stratégie de la Commission</i>	47
§2. <i>Les outils mobilisés contre la crise de l'Etat de droit</i>	48
A. La voie politique – L'article 7 TUE et le Cadre pour l'Etat de droit	49
B. La voie juridictionnelle – La procédure en manquement	50
Section 3. Vers une protection plus efficace des valeurs de l'Union européenne	53
§1. <i>La crise de l'Etat de droit, une crise de valeurs</i>	53
A. Comprendre les enjeux de la crise de l'Etat de droit	53
B. La consécration (insuffisante) des valeurs de l'Union.....	55
§2. <i>Renforcer le rôle des valeurs de l'Union</i>	56
CONCLUSION.....	61
BIBLIOGRAPHIE.....	65

INTRODUCTION

La question des droits des personnes LGBTQIA+¹ est aujourd’hui encore une question qui divise. Si à certains égards ceux-ci sont de plus en plus acceptés et consacrés², dans le même temps les discours anti-LGBTQIA+ se multiplient en Europe, voire se banalisent. Au point de faire partie intégrante de certains discours politiques. Les exemples ne manquent pas, allant de responsables politiques dénonçant « l’idéologie gay »³ à des mesures concrètes, telles que la mise en place de « zones anti-LGBT » en Pologne⁴ ou l’adoption d’une loi interdisant de « promouvoir l’homosexualité » auprès de mineurs d’âge en Hongrie⁵.

Ces tensions grandissantes trouvent écho dans un contexte européen marqué par la montée de partis populistes, aux tendances « illibérales » autoproclamées⁶. Bien que cette crise soit un phénomène global, qui touche de nombreux droits fondamentaux, les débats autour des droits des personnes LGBTQIA+ sont particulièrement virulents. L’objectif de ce mémoire est de s’interroger sur la manière de mieux protéger ces droits, alors qu’ils sont de plus en plus politisés.

Néanmoins, l’orientation sexuelle et l’identité de genre ne soulèvent pas les mêmes questions, bien que ces notions soient régulièrement associées. C’est pourquoi nous avons fait le choix de nous concentrer sur l’orientation sexuelle, et la protection des personnes LGB⁷. Nous aborderons cependant parfois le mouvement LGBTQIA+ dans son ensemble, en particulier lorsqu’il sera question de l’attitude générale à son égard. Si nous pouvons en effet distinguer les droits attachés à protéger l’orientation sexuelle de ceux liés à l’identité de genre, ils sont souvent confondus dans les débats publics, ce que nous ne souhaitons pas occulter.

¹ Acronyme de « Lesbiennes, Gays, Bisexuel.le.s, Trans, Queer/Questioning, Asexuel.le.s, et autres ».

² Au niveau mondial, l’acceptation du mouvement a augmenté entre 1980 et 2020. Voy. A. R. FLORES, « Global Acceptance of LGBTI People in 175 Countries and Locations. 1981 to 2020 », *UCLA Williams Institute*, 2021, <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Global-Acceptance-Index-LGBTI-Nov-2021.pdf> (9 juil. 2024), p. 18.

³ Voy. par exemple X., « Polish president issues campaign pledge to fight “LGBT ideology” », *The Guardian*, 12 juin 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/12/polish-president-issues-campaign-pledge-to-fight-lgbt-ideology> (9 juil. 2024).

⁴ A. CHARLISH et A. WLODARCZAK-SEMCIUK, « Polish court rules that four “LGBT-free zones” must be abolished », *Reuters*, 28 juin 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/polish-court-rules-that-four-lgbt-free-zones-must-be-abolished-2022-06-28/> (30 avril 2023).

⁵ T. MOLLER-NIELSEN, « Belgium to support EU decision to take Hungary to court over anti-LGBTQ law », *The Brussels Time*, 13 février 2023, <https://www.brusselstimes.com/370013/belgium-to-support-eu-decision-to-take-hungary-to-court-over-anti-lgbtq-law> (30 avril 2023).

⁶ G. HALMAI, « Illiberal Constitutionalism in East-Central Europe », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 52-54.

⁷ Voy. à cet égard N. COLLART, *Les droits liés à l’orientation sexuelle en Europe. Vers un droit fondamental européen ?*, mémoire (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024, pp. 6-8.

A la multitude de termes existants, tels que « droits LGBT » ou encore pour la doctrine anglophone, « *SOGI-related rights* », pour « *sexual orientation and gender identity* », nous privilégierons donc la notion de « droits liés à l'orientation sexuelle ». Ceux-ci désignent « *l'ensemble des droits reconnus à la minorité homosexuelle, qui visent à avoir des droits similaires aux personnes hétérosexuelles, qu'il s'agisse de droits établissant une égalité ou une protection particulière* »⁸.

Le premier élément que nous soulignerons est la vulnérabilité de ces droits, particulièrement mise en lumière par le contexte politique actuel (**chapitre 1**). Si les droits liés à l'orientation sexuelle ne sont pas tous des droits fondamentaux⁹, ces derniers protègent en revanche *certain*s aspects de l'orientation sexuelle. A défaut d'un droit spécifique à cet égard, cette protection découle alors de l'interprétation d'une série de droits fondamentaux – d'abord le droit à la vie privée, puis plus tard les libertés de réunion et d'association, d'expression, *etc*¹⁰. Or, cet ancrage des droits liés à l'orientation sexuelle dans une *multitude* de fondements en affaiblit la protection, les rendant particulièrement vulnérables aux critiques de partis populistes (section 1).

C'est pourquoi nous proposons de créer un droit à l'orientation sexuelle, dont nous analyserons la potentielle introduction dans la Constitution belge. Contrairement aux droits *liés* à l'orientation sexuelle, celui-ci serait un droit fondamental, qui quoique plus restreint leur conférerait un fondement unique, à l'inverse de la situation actuelle (section 2). Une fois ce cadre posé, nous pourrions alors préciser le contenu et la portée du droit à l'orientation sexuelle (section 3), avant de conclure ce premier chapitre en examinant les limites de ce droit face à la crise de l'Etat de droit (section 4).

Cette crise désigne la période politiquement mouvementée que traverse actuellement l'Europe, marquée par la montée au pouvoir de certains partis populistes qui entendent démanteler les fondements de la démocratie libérale. Or, ceci n'est pas sans conséquence pour la protection des droits liés à l'orientation sexuelle (**chapitre 2**).

Après avoir examiné l'impact de cette crise sur les droits liés à l'orientation sexuelle, nous nous pencherons sur le rôle de l'Union européenne, qui s'est révélée cruciale pour tenter d'enrayer son développement (section 1). Après avoir consacré quelques pages à l'étude de la réponse qu'elle a apportée à cette crise (section 2), et au regard du succès limité de sa stratégie, nous chercherons des

⁸ N. COLLART, *op. cit.*, p. 11.

⁹ E. HEINZE, *Sexual orientation : a human right. An essay on international human rights law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 21-23.

¹⁰ Cette approche est commune au droit international. Voy. not. Com. D.H., décision *Toonen c. Australie*, 31 mars 1994, communication n°488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, point 9 et A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, « Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity : An Analysis of 193 National Constitutions », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2016, p. 150.

pistes alternatives. Nous argumenterons que la crise de l'Etat de droit remet en question l'identité même de l'Union, ce qui est notamment rendu possible par la fragilité des valeurs qui la soutiennent. Nous proposerons alors quelques idées afin de leur consacrer une place dans l'ordre juridique européen à la hauteur de leur importance (section 3).

En abordant la question de la protection de l'orientation sexuelle à travers deux chapitres à première vue assez différents, nous souhaitons mettre en avant sa complexité, mais surtout la nécessité d'aborder ce problème sous tous ses angles. Surtout, nous avons désiré mettre en lumière l'influence du contexte politique mouvementé que vit (notamment) l'Europe depuis plusieurs années. Ce n'est qu'en prenant compte de ce contexte que l'on peut comprendre qu'aucune des deux solutions ici envisagées ne se suffit à elle-même. La création d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle ne peut remplir toutes ses promesses face à la menace de partis populistes qui tendent à vider la Constitution de sa substance, annihilant les garanties qu'elle consacre. De même, si l'Union européenne a assurément un rôle à jouer dans la protection de l'Etat de droit, et même dans la défense des droits fondamentaux, nous ne pouvons oublier que ces derniers doivent avant tout trouver leur assise dans la Constitution, siège des valeurs fondatrices d'un Etat.

CHAPITRE 1. LA CONSECRATION DU DROIT A L'ORIENTATION SEXUELLE DANS LA CONSTITUTION BELGE

Malgré l'importance de l'orientation sexuelle, notamment au regard de l'identité personnelle, sa protection en termes de droits fondamentaux laisse encore à désirer. C'est en partant du « paradoxe » des droits liés à l'orientation sexuelle, entre consécration et remise en question, que nous pourrions prendre conscience de l'insuffisance de la protection qui leur est actuellement consacrée (section 1).

Partant de ce constat, nous développerons notre proposition, à savoir la consécration d'un droit à l'orientation sexuelle, droit fondamental qui trouverait son assise dans la Constitution belge. Nous justifierons notre choix d'une protection *constitutionnelle* en indiquant son intérêt et ses limites (section 2), avant de nous pencher plus en détail sur le contenu et la portée de ce droit (section 3).

SECTION 1. LA NECESSITE DU DROIT A L'ORIENTATION SEXUELLE

La nécessité d'un droit à l'orientation sexuelle s'ancre dans l'insuffisance de la protection aujourd'hui consacrée aux droits liés à l'orientation sexuelle. Comprendre cette vulnérabilité requiert d'étudier comment s'est construite leur protection (§1). Ce n'est qu'alors que nous pourrions nous interroger sur les discours populistes et la composante anti-LGB qui peut s'y trouver (§2).

§1. L'orientation sexuelle selon la Cour européenne des droits de l'homme

La reconnaissance et la protection de l'orientation sexuelle, ainsi que le développement de droits liés à l'orientation sexuelle qui en découla, se fit au départ des droits fondamentaux existants. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme fut un acteur particulièrement prolifique (A), depuis ses débuts fondés sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention » ou « la CEDH ») (B), jusqu'à son élargissement aux articles 10 et 11 (C), puis finalement à l'article 3 (D).

A. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme

Si l'on s'intéresse à la protection des personnes LGB, force est de constater qu'à ce jour aucun texte juridique contraignant ne consacre l'orientation sexuelle comme un droit fondamental¹¹. Tout au plus trouve-t-on parfois un droit à l'égalité et à la non-discrimination du fait de l'orientation

¹¹ Ce qui n'équivaut pas à dire que le droit à l'orientation sexuelle ne peut être conçu comme un droit fondamental, même sans reconnaissance textuelle. A ce sujet, voy. N. COLLART, *op. cit.*

sexuelle¹². Seul l'Equateur se distingue, puisque sa Constitution impose également à ses citoyens l'obligation de respecter et reconnaître certaines différences (ethniques, nationales, *etc.*), ainsi que l'orientation sexuelle et l'identité¹³.

A défaut d'un fondement unique, c'est à travers l'application d'autres droits fondamentaux (droit à la vie privée, à la liberté d'expression, à la non-discrimination, *etc.*) à des situations concrètes que s'est consolidée, petit-à-petit, la protection des personnes LGB. Plus qu'une protection de l'orientation sexuelle, c'est donc une protection de *certain*s de ses aspects qui s'est construite à travers la jurisprudence : dépénalisation de l'homosexualité, reconnaissance juridique du couple, accès du conjoint survivant à une pension de survie, *etc.*¹⁴. On voit là comment certains droits liés à l'orientation sexuelle ont été dégagés jurisprudentiellement, au départ de droits fondamentaux plus larges.

Malgré la diversité des questions posées, et la multitude de fondements invoqués, la notion d'orientation sexuelle est toujours présente en filigrane. Il nous semble par conséquent indispensable de comprendre comment la jurisprudence appréhende cette notion, dont la conception est intrinsèquement liée à la protection des personnes LGB. A cet égard, un acteur en particulier se démarque : la Cour européenne des droits de l'homme, qui fut l'une des premières à se pencher sur la question des droits fondamentaux des personnes LGB. Plus que d'avoir simplement créé une jurisprudence en matière de droits liés à l'orientation sexuelle, la Cour strasbourgeoise peut être considérée comme ayant conçu la « personne homosexuelle » en tant que sujet de droit¹⁵.

Or, si sa jurisprudence a globalement eu un impact positif sur la situation des personnes LGB, la conception de l'orientation sexuelle qui transparait de ses arrêts peut laisser à désirer. En particulier, nous pouvons regretter le choix originel de présenter celle-ci comme un aspect intime de la vie privée – quoiqu'elle semble progressivement s'éloigner de ce point de vue¹⁶.

¹² A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, *op. cit.*, pp. 157-160. Voy. aussi Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, art. 21, §1.

¹³ Constitution équatorienne, articles 11(2) et 83(14). L'Equateur est depuis plusieurs années dans un processus de transformation, lequel a pris d'autant plus d'ampleur suivant l'élection du Président Rafael Correa en 2007. Celui-ci guida l'adoption d'une nouvelle Constitution en 2008, au sein de laquelle furent inclus les articles précités en matière d'orientation sexuelle. Voy. A. LIND et C. KEATING, « Navigating The Left Turn. Sexual Justice and the Citizen Revolution in Ecuador », *International Feminist Journal of Politics*, 2013, pp. 515-533. Le projet de Constitution du Chili de 2022 contenait également une disposition consacrant un droit à l'éducation sexuelle, visant notamment à promouvoir la reconnaissance de la diversité d'identités sexuelles et de leur expression. Elle ne fut cependant pas reprise dans les projets subséquents. Voy. Projet de Constitution du Chili (2022), art. 40.

¹⁴ Pour un aperçu complet, voy. Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Orientation sexuelle*, 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_sexual_orientation_fra (9 janv. 2024).

¹⁵ P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, coll. Glasshouse Book, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 41-42.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 118-120 et P. DUCOULOMBIER, « The Protection of Sexual Minorities in European Law », in *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework* (sous la dir. de F. IPPOLITO et S. IGLESIAS SANCHEZ), coll. Modern Studies in European Law, Oxford et Portland, Hart, 2015, pp. 208-209.

Par ailleurs, dans le contexte d'une proposition visant à insérer un droit à l'orientation sexuelle au sein de la Constitution belge, il nous faut souligner l'importance particulière de la jurisprudence de cette Cour en Belgique. En effet, le droit à la vie privée (qui, nous le verrons, est au cœur des droits liés à l'orientation sexuelle) est garanti par l'article 22 de la Constitution, lequel a été ajouté dans l'optique de présenter la plus grande concordance possible avec l'article 8 de la Convention¹⁷. La protection de l'orientation sexuelle par l'intermédiaire des droits fondamentaux est donc, en Belgique également, issue de l'interprétation du droit à la vie privée développée par la Cour strasbourgeoise. La Cour constitutionnelle belge n'a pas de jurisprudence spécifique en la matière¹⁸.

Pour ces raisons, nous nous proposons d'étudier, entre les lignes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le développement de sa conception de l'orientation sexuelle en elle-même. Nous ne nous targuerons pas ici d'exhaustivité, mais tenterons de peindre un tableau succinct de l'évolution en la matière.

B. L'orientation sexuelle, « un aspect des plus intimes de la vie privée »¹⁹

Le coup d'envoi en termes de protection de l'orientation sexuelle fut l'arrêt *Dudgeon* (1981), qui reconnut comme contraire à l'article 8 de la CEDH la pénalisation d'actes homosexuels. Élément crucial de cette décision, la Cour admit que l'ingérence de l'Etat concernait « *un aspect des plus intimes de la vie privée* »²⁰, « *une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine* »²¹. On peut comprendre l'importance de l'intimité, et du caractère privé des relations en question, dès lors que l'arrêt *Dudgeon* s'intéresse aux actes, pratiques ou comportements homosexuels dans un cadre strictement privé, mais il est regrettable que la Cour ait ultérieurement employé les mêmes termes afin de définir l'orientation sexuelle²².

¹⁷ J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel 3 de rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen*, Brugge, Die Keure, 2019, p. 387 et Proposition de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24quater relatif au respect de la vie privée, Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits (1) par M. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n°48-997/5, p. 2.

¹⁸ Le seul arrêt s'en rapprochant a trait à l'interdiction de don de sang pour les hommes ayant eu un contact sexuel avec un autre homme dans les douze mois précédents. La Cour y a cependant estimé que le critère n'était pas l'orientation sexuelle en elle-même, mais bien un double critère fondé sur « le sexe du candidat » et « un type déterminé de contact sexuel ». C. Const., arrêt 122/2019 du 26 septembre 2019, B. 7.2 et 7.3.

¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 25 juillet 2000, §82 et Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, §89.

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, §52.

²¹ *Ibid.*, §60.

²² M. KAVEY, « The public faces of privacy : rewriting *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* », in *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR* (sous la dir. de E. BREMS), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 300-301.

La nécessité d'une telle définition se fit ressentir dans les premiers arrêts concernant l'accès des personnes homosexuelles à l'armée. Dans *Smith et Grady* (1999) et *Lustig-Prean et Beckett* (2000), la Cour jugea que les investigations menées auprès des requérants afin de déterminer leur homosexualité, ainsi que leur renvoi subséquent de l'armée britannique, avaient constitué une violation de l'article 8 de la Convention²³. Elle s'inspira pour ce faire de sa jurisprudence *Dudgeon*, considérant que l'ingérence en cause avait trait à « *un aspect des plus intimes de la vie privée* »²⁴. Or, il n'était pas ici question de pratiques homosexuelles privées, mais bien de l'expression de l'orientation sexuelle, l'ingérence attaquée découlant de la législation britannique ayant contraint les requérants à révéler leur homosexualité. En transposant un raisonnement et des termes créés pour analyser une ingérence dans la vie sexuelle (arrêt *Dudgeon*) à la question de l'expression de l'homosexualité dans la sphère publique, la Cour instaura une vision de l'homosexualité restreinte et hypersexualisée²⁵.

Cette conception de l'homosexualité comme une affaire privée, presque secrète, fut renforcée par le fait que la Cour ne retint pas de violation de l'article 10 de la Convention, pourtant invoquée dans l'arrêt *Smith et Grady*. Les requérants argumentèrent que la liberté d'expression protégeait également l'expression de l'orientation sexuelle, et que leur droit avait par conséquent été violé par la politique de l'armée britannique les ayant poussés à garder le silence sous peine d'être révoqués²⁶. Si la Cour admit qu'une telle ingérence dans la liberté d'expression n'était pas à exclure, elle considéra toutefois cette question comme « *accessoire par rapport au droit des requérants au respect de leur vie privée* »²⁷. Les débuts sa jurisprudence en matière d'homosexualité furent donc marqués par une vision de cette dernière comme un aspect intime de la personne humaine, mettant l'accent plus sur la sexualité que sur l'aspect relationnel ou affectif.

Or, cette conception influença la jurisprudence ultérieure de la Cour, rendant parfois difficile la protection des personnes LGB dans l'espace publique. En matière de migration notamment, elle admit à plusieurs reprises que le renvoi d'un demandeur d'asile, craignant d'être persécuté du fait de son homosexualité, ne violerait pas l'article 3 de la Convention. Dans *F. c. Royaume-Uni* (2004), sa décision fut notamment supportée par le constat que les autorités iraniennes ne menaient pas « *[an] active prosecution [...] of adults involved in consensual and private homosexual*

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* précité et Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* précité.

²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* précité, §89 et Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* précité, §82.

²⁵ M. Kavey, *op. cit.*, pp. 300-301.

²⁶ P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 173-174 et Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* précité, §126.

²⁷ *Ibid.*, §127.

relationships »²⁸. A l'occasion d'une affaire *M. E. c. Suède* (2014), elle conclut que le renvoi du requérant ne saurait violer l'article 3, dès lors qu'il ne serait que temporaire, l'intéressé pouvant en conséquent « être discret sur sa vie privée durant cette période »²⁹.

Par la suite, sans délaisser l'article 8 de la Convention, c'est en ayant recours à d'autres droits fondamentaux que la Cour étoffa sa jurisprudence en matière d'orientation sexuelle. Plusieurs années s'écoulèrent pourtant avant qu'elle n'admette de violations en matière de libertés d'expression (article 10 CEDH), de réunion et d'association (article 11 CEDH) ou d'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH)³⁰.

C. L'expression de l'orientation sexuelle dans la sphère publique

C'est avant tout dans la jurisprudence en matière de libertés de réunion et d'association que nous trouvons les premières avancées quant à la protection de l'expression de l'orientation sexuelle dans l'espace public³¹. Non seulement celles-ci protègent le droit des individus à revendiquer leur orientation sexuelle³², mais elles imposent aussi aux Etats une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour garantir le déroulement paisible de tels rassemblements³³. Cependant, les libertés de réunion et d'association, comme la liberté d'expression, ne permettent pas toujours de prendre en compte les conséquences sociales plus larges de mesures étatiques résolument hostiles aux personnes LGB, ce qu'illustre notamment l'arrêt *Bayev* (2017).

Dans cet arrêt, la Cour admit une violation de l'article 10 de la Convention, du fait de l'adoption par la Russie d'une loi contre la « propagande de l'homosexualité ». Néanmoins, il ne s'agit pas ici de « simplement » limiter la liberté d'expression de personnes LGB : l'enjeu réel derrière ce type de législation est de rejeter toute mention de l'orientation sexuelle de l'espace public. Selon les termes des juges strasbourgeois eux-mêmes, « en adoptant cette législation, les autorités [ont accentué] la stigmatisation et les préjugés et [encouragé] l'homophobie »³⁴. Si l'on peut saluer cette remarque, nous pouvons également en souligner l'impact limité : l'arrêt *Bayev* ne porte *in fine* que sur la loi

²⁸ Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Royaume-Uni* du 22 juin 2004 (décision d'admissibilité), §1 (nous soulignons) et P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, pp. 210-211.

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *M. E. c. Suède* du 26 juin 2014, §88 et C. HERI, *Responsive Human Rights. Vulnerability, Ill-treatment and the ECHR*, coll. Modern Studies in European Law, Oxford, Hart, 2021, p. 217.

³⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Orientation sexuelle*, *op. cit.*

³¹ Ceci se comprend aussi en ce que les libertés de réunion et d'association sont des *lex specialis*, par rapport à la *lex generalis* qu'est la liberté d'expression. P. JOHNSON, *op. cit.*, p. 190 et Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie* du 7 février 2017, §363.

³² Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010, §84. Notons que la Cour avait déjà conclu à la violation de l'article 8 dans le cadre d'un arrêt antérieur relatif à l'organisation d'un événement LGBTQIA+. Dans ce cas-là cependant, elle conclut que l'ingérence n'était pas « prévue par la loi », au sens de l'article 8, §2 de la Convention, et n'aborda pas la question de la justification. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007.

³³ Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* précité, §73 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* précité, §64 et Cour eur. D.H., arrêt *Berkman c. Russie* du 1^{er} décembre 2020, §46.

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie* du 20 juin 2017, §83.

susmentionnée, et non sur l'impact plus global de l'attitude ouvertement hostile des autorités russes à l'égard des personnes LGB.

Comment prendre en compte *juridiquement* la stigmatisation, voir la déshumanisation, qui accompagnent ce type de normes ? Comme faire état des violations parfois systématiques des droits fondamentaux des personnes LGB ? Derrière ces mesures, il y a plus fondamentalement un rejet de l'identité même de ces dernières, de leur valeur en tant qu'êtres humains. C'est pourquoi la réponse se joue peut-être sur le terrain de l'article 3 de la Convention, lequel permet notamment de condamner les mauvais traitements aliénants ou déshumanisants portant atteinte à la dignité humaine³⁵.

D. La dignité humaine, clé d'une meilleure protection de l'orientation sexuelle ?

Dès l'arrêt *Smith et Grady* déjà évoqué, la Cour souligna qu'un « *traitement fondé sur un préjugé de la part d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle* »³⁶ pourrait être constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention, sans pour autant l'admettre dans le cas d'espèce. Le tournant en la matière survint en 2015, avec l'arrêt *Identoba*, concernant les réactions homophobes à une manifestation pourtant régulièrement organisée. La Cour conclut en une violation de l'article 3, découlant de l'insuffisance tant de la protection offerte par les forces de police que de l'enquête ultérieure.

Premier point marquant de cet arrêt, afin de déterminer si le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention était atteint, la Cour reconnut la situation particulièrement vulnérable de la communauté LGBTQIA+, résultant de l'attitude hostile à leur égard prévalant dans la société³⁷. Par cette référence à l'opinion générale de la population, il y a déjà une prise en compte du caractère *systématique* du problème, une reconnaissance du fait qu'il aille au-delà du cas d'espèce. Ensuite, reprenant l'enseignement de l'arrêt *Smith et Grady*, la Cour rappela que l'article 3 ne requiert pas nécessairement de souffrances physiques, des souffrances psychologiques humiliantes ou avilissantes suffisant³⁸. Elle en conclut qu'un traitement discriminatoire seul est susceptible de constituer un traitement dégradant, « *where it attains a level of severity such as to constitute an affront to human dignity* »³⁹, ce qui lui permit d'écarter la question de savoir si les requérants avaient ou non subi des blessures physiques⁴⁰.

³⁵ P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 192-209 et C. HERI, *op. cit.*, p. 21.

³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* précité, §121.

³⁷ C. HERI, *op. cit.*, p. 108 et Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015, §68. Notez que la Cour européenne des droits de l'homme privilégie la notion de « communauté LGBT ».

³⁸ *Ibid.*, §65

³⁹ *Ibid.* (nous soulignons).

⁴⁰ *Ibid.*, §70.

Sur base de l'article 3, et du respect de la dignité humaine, il serait donc possible de prendre en compte l'aspect systémique, mais surtout stigmatisant voire déshumanisant, de l'hostilité envers la communauté LGBTQIA+ qui peut exister à l'échelle d'un pays, et du rôle de l'Etat à cet égard. Depuis *Identoba*, d'autres arrêts ont conclu en la violation de l'article 3 du fait de traitements qui, sans avoir causé de souffrance physique, « *must necessarily have aroused [...] feelings of fear, anguish and insecurity which were not compatible with respect for [...] human dignity* »⁴¹. Cependant, cette évolution positive reste relativement fragile, notamment car le seuil de gravité requis pour invoquer l'article 3 est élevé. Bien que les requérants n'eurent pas à prouver avoir subi de violence physique dans le cas de l'arrêt *Identoba*, il nous faut souligner qu'ils furent confrontés à un *raz-de-marée* de contre-manifestants.

A contrario, l'arrêt *Bayev*, pourtant postérieur à *Identoba*, ne fut pas analysé sous l'angle de l'article 3, qui ne fut par ailleurs pas invoqué par les requérants⁴². Pourtant, l'adoption de la loi en question (interdisant toute forme de « propagande gay ») fut justifiée selon les autorités russes par le besoin de protéger les mineurs, assimilant l'homosexualité à la pédophilie⁴³. Comme nous avons pu le souligner, une telle loi va au-delà d'une simple ingérence dans la liberté d'expression, en ce qu'elle participe à l'aliénation et la déshumanisation des personnes LGB.

De plus, il est difficile de situer la frontière entre une agression verbale homophobe constitutive d'un traitement inhumain et dégradant (article 3 CEDH) ou d'une atteinte à l'intégrité morale ou psychique (article 8 CEDH). En 2021, dans un cas ayant trait à l'interruption de la projection d'un film portant sur la question de l'homoparentalité par des contre-manifestants aux revendications homophobes, la Cour considéra que l'atteinte psychologique subie par les requérants n'avait pas atteint le seuil de gravité de l'article 3, mais pouvait être examinée sous l'angle de l'article 8⁴⁴.

Il ressort de la jurisprudence examinée que la protection de l'orientation sexuelle, en l'absence d'un fondement unique, demeure une question compliquée, et ce particulièrement dans l'espace public. Le recours nécessaire à divers droits fondamentaux rend difficile l'appréhension de la portée parfois systémique du problème. Si dans un premier temps la Cour a choisi d'étendre sa notion de « vie privée » sous l'article 8 afin de couvrir plus de situations, cette solution a rapidement révélé ses limites, de telle sorte que ces dernières années ont vu un certain nombre d'arrêts se fonder sur

⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *Oganezova c. Arménie* du 17 mai 2022, §97. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Women's Initiative Support Group et autres c. Géorgie* du 16 décembre 2021, §59 et Cour eur. D.H., arrêt *Aghdomelashvili et Japaridze c. Géorgie* du 8 octobre 2020, §49.

⁴² Il y a aussi l'influence de la manière dont s'est construite la jurisprudence de la Cour, les requérants ayant tendance à se « conformer » à sa jurisprudence antérieure afin de maximiser leurs chances d'obtenir gain de cause. Voy. F. R. AMMATURO, « The Council of Europe and the creation of LGBT identities through language and discourse: a critical analysis of case law and institutional practices », *I.J.H.R.*, 2019, p. 577.

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Bayev c. Russie* précité, §69.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Association ACCEPT et autres c. Roumanie* du 1^{er} juin 2021, §§56-57 et §§66-68.

l'interdiction de traitements inhumains et dégradants⁴⁵. Cependant, le seuil de gravité requis pour fonder une violation sur base de l'article 3 amène la Cour à jongler entre celui-ci et l'article 8, ce qui complexifie la question. Or, les limites de la protection actuelle des droits liés à l'orientation sexuelle sont mises en exergue par l'époque troublée que traverse l'Europe, notamment caractérisée par la hausse des partis populistes aux tendances autoritaristes⁴⁶.

§2. La remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle

Le populisme, par les éléments qui le caractérisent, s'accommode particulièrement d'une hostilité vis-à-vis des personnes LGB (A). Or, l'ancrage des droits liés à l'orientation sexuelle dans la sphère des droits fondamentaux n'est pas suffisamment solide que pour faire face à ces critiques (B).

A. Le rejet des personnes LGB dans les discours populistes

Ces dernières années, les personnes LGB sont devenues une cible de plus en plus récurrente des partis populistes, et ce partout en Europe⁴⁷. Les exemples les plus fréquemment cités sont la Hongrie et la Pologne, où le *Fidesz* comme le *PiS* revendiquent ouvertement un discours hostile aux personnes LGB⁴⁸. Cependant, ce phénomène n'est pas exclusif à ces pays, ni même à l'Europe de l'Est. S'il nous serait impossible d'en faire un compte-rendu détaillé, nous pouvons souligner certains exemples, tels que la *Lega* en Italie⁴⁹, *Vox* en Espagne⁵⁰, ou le *FPÖ* en Autriche⁵¹.

L'ampleur prise par ce phénomène est tel qu'il dépasse aujourd'hui la sphère purement nationale, comme le démontre notamment le réseau *Agenda Europe*, dont l'objectif consiste à coordonner des ONGs à travers toute l'Europe afin de promouvoir une vision de la société ultraconservatrice⁵². Il s'oppose notamment aux droits liés à l'orientation sexuelle, considérant l'homosexualité contre-

⁴⁵ Voy. Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Orientation sexuelle*, op. cit., pp. 2-5.

⁴⁶ B. BUGARIC et A. KUHELJ, « Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger? », *Hague J. Rule Law*, 2018, pp. 22-23; Analysis and Research Team (Council of the European Union), *Populism*, 8 décembre 2021, <https://www.consilium.europa.eu/media/53807/art-paper-on-populism-8-dec-2021.pdf> (25 oct. 2023), pp. 2-3 et Timbro, *Authoritarian Populism Index 2024*, 2024, https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2024/04/TAPI_2024_digital_2024-04-15-compressed.pdf (10 juil. 2024), pp. 37-40.

⁴⁷ C'est le cas, plus généralement, du mouvement LGBTQIA+ dans son ensemble. Puisque notre question porte sur les droits liés à l'orientation sexuelle, nous nous concentrons cependant sur les personnes LGB.

⁴⁸ Voy. not. M. GERA, « "Here, the Hungarian People will decide how to raise our children": Populist Rhetoric and social categorization in Viktor Orbán's anti-LGBTQ campaign in Hungary », *New Perspectives*, 2023, pp. 104-129 et O. YERMAKOVA., « PiS vs LGBT: The "Othering" of the LGBT Movement as an Element of Populist Radical Right Party Discourse in Poland », *Sprawy Narodowościowe*, 2021, <https://doi.org/10.11649/sn.2568> (20 sept. 2023).

⁴⁹ A. DONÀ, « Radical right populism and the backlash against gender equality: the case of the Lega (Nord) », *Contemporary Italian Politics*, 2021, p. 306.

⁵⁰ A. KASSAM, « "Where does it end?" Far-right's gains raise fears for LGBTQ+ freedoms in Spain », *The Guardian*, 15 juil. 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/15/spain-far-right-vox-castilla-y-leon> (28 oct. 2023).

⁵¹ FPÖ, *Welche politische Agenda steckt hinter der "LGBTIQ Community" ?*, 20 juin 2023, <https://www.fpoe.at/artikel/welche-politische-agenda-steckt-hinter-der-lgbtq-community/> (28 oct. 2023).

⁵² A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *Anti-Gender Politics in the Populist Moment*, coll. Studies in Gender, Sexuality and Politics, Londres et New York, Routledge, 2023, p. 51.

nature, et appelle à lutter contre « l'Agenda Gay »⁵³. Or, ce groupe vise à être reconnu sur la scène internationale (notamment auprès de l'ONU) ainsi qu'à placer certains de ses membres comme juges de la Cour de Justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴. Il est crucial de se rendre compte qu'il y a une forme de « politisation » de la question des droits des personnes LGB, dont l'enjeu réel est la protection des libertés individuelles des individus. Pour prendre la mesure de ce phénomène, il nous faut comprendre comment se construisent ces discours populistes.

Bien que les définitions du populisme varient (ce dernier étant influencé par le contexte politique où il se développe, et souvent combiné avec d'autres idéologies⁵⁵), il est possible d'en identifier certaines caractéristiques fondamentales⁵⁶. L'un de ses éléments principaux consiste en la polarisation de la société en deux groupes homogènes et antagonistes, le « peuple » (dont le mouvement populiste serait le seul vrai représentant) contre l'« élite »⁵⁷. Les partis populistes se fondent en ce sens sur l'opposition entre « nous » et « eux », par référence à un ennemi commun indistinct, lequel n'est pas seulement opposé en termes d'intérêts mais aussi car il présenterait une sorte de mépris, ou de manque d'humanité, à l'égard de ce « nous » constitutif du peuple à défendre⁵⁸.

Certains auteurs apportent une analyse plus fine du phénomène, considérant que la rhétorique populiste se fonde sur la construction d'une triade, le « peuple » étant menacé à la fois par les « élites » (opposition verticale) et par les « autres » (opposition horizontale). Ce triptyque s'applique particulièrement bien aux personnes LGB, qui peuvent à la fois être « l'autre » (dont les valeurs seraient incompatibles avec les valeurs traditionnelles de la société) et « l'élite » (les partis populistes assimilant la lutte pour la reconnaissance de droits liés à l'orientation sexuelle à la revendication de privilèges)⁵⁹.

Cette conception d'un peuple homogène va de pair avec la défense d'une théorie alternative de la démocratie, prônant l'expression spontanée de la volonté générale par le recours aux formes de démocratie directe. En conséquence, les partis populistes dénoncent l'aspect libéral des démocraties

⁵³ Cette information était tirée directement du site du réseau (Agenda Europe, "*Gay Rights*", <https://agendaeurope.wordpress.com/gay-rights/>), consulté en octobre 2023, qui est depuis lors devenu un site en accès privé. Une ancienne version du site est toutefois disponible ici : <https://web.archive.org/web/20230703190457/https://agendaeurope.wordpress.com/gay-rights/> (14 juil. 2024).

⁵⁴ A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *op. cit.*, pp. 51-52. Pour plus d'information sur Agenda Europe, voy. European Parliamentary Forum on Population & Development, *Restoring the natural order*, 2018, https://www.epfweb.org/sites/default/files/2020-05/rtno_epf_book_lores.pdf (10 juil. 2024).

⁵⁵ A. DONA, *op. cit.*, p. 297 et O. YERMAKOVA, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁶ Nous n'en aborderons ici qu'une partie. Pour une analyse plus détaillée, voy. P. ROSENVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, coll. Points – Essais, Paris, Seuil, 2021, p. 16.

⁵⁷ O. YERMAKOVA, *op. cit.*, pp. 5-6 et B. BUGARIC et A. KUHELJ, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁵⁸ P. ROSENVALLON, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁵⁹ O. YERMAKOVA, *op. cit.*, pp. 7 et 16.

actuelles, lequel implique l'existence de mécanismes et corps intermédiaires visant à empêcher une « tyrannie des majorités »⁶⁰. De ce rejet du libéralisme politique découle un rejet du pluralisme, qui prônerait l'individualisme au détriment des intérêts de la collectivité, en protégeant à outrance les libertés individuelles (parmi lesquelles figurent les droits liés à l'orientation sexuelle)⁶¹. La défense de ces dernières est ainsi présentée comme partie d'une « vision sociétale et « droit-de-l'hommiste », accusée d'avoir le culte de l'individu et des minorités au détriment du souci d'affirmer la souveraineté du peuple »⁶². Cette conception de la démocratie libérale est particulièrement visible dans le discours du Premier Ministre hongrois, Viktor Orbán. Associant le libéralisme à une forme de totalitarisme, celui-ci revendique l'« illibéralisme » comme moyen de restaurer la « vraie démocratie », et tient un discours extrêmement critique des libertés individuelles, privilégiant les références à la communauté ou au bien commun⁶³.

En sus de leur conception du peuple et de la démocratie, les partis populistes réservent également une place importante à leur vision de l'économie, où s'inscrit le débat relatif à l'orientation sexuelle⁶⁴. Ils se caractérisent souvent par une défense du protectionnisme, qu'ils fondent sur une conception particulière de l'égalité : l'accent est mis sur l'écart en termes d'inégalités distributives entre les 1% et les 99% restants, gommant les inégalités *internes* à ce second groupe⁶⁵. Elles sont d'avantage relativisées en rattachant à la notion d'égalité une dimension sociétale, valorisant certaines questions identitaires, de sorte que « la notion d'égalité se confond [...] avec celle d'une inclusion dans un tout homogène »⁶⁶. Le protectionnisme fait par ailleurs partie plus largement d'une politique de sécurité, qui englobe également la protection de l'identité du peuple, amenant à rejeter les idéologies et identités extérieures considérées comme des menaces à ce dernier⁶⁷. En somme, même le programme économique populiste repose sur la construction d'un groupe homogène, où les divergences en matière d'orientation sexuelle n'ont pas leur place.

Ceci ressort particulièrement du discours construit autour de la famille : en parallèle de dénoncer les personnes LGB comme une menace à la « famille traditionnelle » présentée comme une valeur fondamentale de la société, les partis populistes promeuvent une politique socio-économique qui

⁶⁰ P. ROSENVALLON, *op. cit.*, p. 39.

⁶¹ B. BUGARIC et A. KUHELJ, *op. cit.*, p. 26 et E. KOVÁTS, « Questioning Consensus: Right-Wing Populism, Anti-Populism, and the Threat of “Gender Ideology” », *Sociological Research Online*, 2018, p. 533.

⁶² P. ROSENVALLON, *op. cit.*, p. 40.

⁶³ G. HALMAI, *op. cit.*, pp. 52-54. Voy. not. le discours de Viktor Orbán qui y est repris, à l'occasion de l'adoption de la nouvelle Loi Fondamentale hongroise en 2011: « *In Europe the trend is for every constitution to be liberal, this is not one. Liberal constitutions are based on the freedom of the individual and subdue welfare and the interest of the community to this goal* » (nous soulignons).

⁶⁴ A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁶⁵ P. ROSENVALLON, *op. cit.*, pp. 59 et 61-64.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 64-65.

viendrait plus généreusement en soutien de cette dernière⁶⁸. La *Legha*, par exemple, énonce dans son programme politique que « *la famille se compose d'une mère et d'un père, et pas de 'parents 1 et 2'. [...] L'Etat doit valoriser l'identité et la culture de notre pays, et contribuer à protéger les mineurs contre les menaces telles que [...] la déconstruction de l'identité sexuelle* »⁶⁹. Dans la foulée, cette même famille est non seulement le futur de la société, mais « *aussi le moteur de l'économie de notre pays* »⁷⁰. Un discours similaire peut être observé en Hongrie⁷¹. Dans le même registre, ce sont parfois les dépenses publiques en lien avec le mouvement LGBTQIA+ qui sont pointées du doigt, par exemple par le *FPÖ* en Autriche⁷² ou le *Vlaams Belang* en Belgique⁷³.

Il ressort de cette brève analyse que la rhétorique populiste s'allie particulièrement bien avec une certaine hostilité vis-à-vis des personnes LGB. Surtout, ce type de discours peut se transposer avec plus ou moins d'aisance dans de nombreux Etats. Même en Belgique, pourtant ouverte sur la question des droits liés à l'orientation sexuelle, il existe un risque de dérive. Preuve en est le soutien apporté au régime hongrois par le *Vlaams Belang*, qui reprend allègrement le discours populiste jusqu'ici analysé en accusant « l'élite libérale de gauche » d'avoir une vision tronquée de la démocratie⁷⁴. En 2021, ce fut le seul parti à s'abstenir de voter en faveur d'une résolution au Parlement Flamand portant sur « les droits des personnes LGBTQI+ en Hongrie »⁷⁵.

Le *Vlaams Belang* est peu loquace quant à sa position vis-à-vis des droits liés à l'orientation sexuelle, bien que selon leur déclaration de principe « *[d]e eerste en belangrijkste kern van de samenleving is het traditionele gezin, waarvan de waarde maatschappelijk erkend en gewaarborgd wordt door het huwelijk tussen man en vrouw* »⁷⁶. Dans les faits, ils prônent toutefois également de repousser les questions en matière d'orientation sexuelle en dehors de l'espace public. En janvier

⁶⁸ A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁶⁹ Lega, *Elezioni Politiche 2022. Programma di Governo, 2022*, https://static.legaonline.it/files/Programma_Lega_2022.pdf (9 janv. 2024), p. 70: « *La famiglia è quella composta da una mamma e un papà e non da un "genitore 1 e 2". Lo Stato deve essere soggetto attivo nel valorizzare l'identità e la cultura del nostro Paese, aiutando a proteggere i minori da minacce come la liberalizzazione della cannabis, la decostruzione dell'identità sessuale e i contenuti pericolosi che circolano sul web* ».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 69 : « *la famiglia è anche il motore dell'economia del nostro Paese* ».

⁷¹ U. REALFONZO, « Viktor Orbán criticises the EU's "population exchanges" in latest far-right speech », *The Brussels Times*, 23 juillet 2023, <https://www.brusselstimes.com/613219/viktor-orban-criticises-the-eus-population-exchanges-in-latest-far-right-speech> (9 janv. 2024).

⁷² *FPÖ, op. cit.*

⁷³ *Vlaams Belang, Zestien regenboogzebrapaden kosten Brusselaar 65.000 euro*, 28 juillet. 2023, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/zestien-regenboogzebrapaden-kosten-brusselaar-65000-euro> (9 janv. 2024).

⁷⁴ *Vlaams Belang, Hongaarse democratische uitslag verdient respect*, 7 avril 2022, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/hongaarse-democratische-uitslag-verdient-respect> (9 janv. 2024).

⁷⁵ R. BONNY, « Blijft België ook na 2024 de rechten van de lgbti+-gemeenschap beschermen? », *MO**, <https://www.mo.be/column/de-volgende-verkiezingen-worden-ook-voor-belgi-cruciaal-als-het-aankomt-op-lgbti-en> (7 oct. 2023) et Voorstel van resolutie over de rechten van de lgbtqi+-gemeenschap in Hongarije, *Hand.*, Vl. Parl., sess. Ord. 2022-2021, n°1-865. Pour les résultats du vote, voy. *Vlaams Parlement, Voorstel van resolutie 865*, <https://www.vlaamsparlement.be/nl/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/1536490> (9 janv. 2024).

⁷⁶ *Vlaams Belang, Beginselverklaring*, <https://www.vlaamsbelang.org/beginselverklaring> (9 janv. 2024) (nous soulignons).

2023, le parti a ainsi déposé une proposition de résolution devant le Parlement Flamand contre la « censure woke », qui fut finalement rejetée⁷⁷. C'est cette absence de soutien de la part d'autres partis qui semble pour l'instant limiter le *Vlaams Belang*. Pour reprendre les termes de son président Tom Van Grieken, « [w]e gaan geen 50 procent van de stemmen halen, en dus zijn holebirechten verworven rechten. »⁷⁸. Au regard des résultats des élections de juin dernier, qui ont vu le parti gagner deux sièges de plus à la Chambre, et huit au Parlement flamand, ceci est cependant inquiétant⁷⁹.

Face à l'ampleur prise par ce type de discours, il est aujourd'hui nécessaire de réfléchir à une meilleure protection des droits liés à l'orientation sexuelle.

B. Une protection insuffisante des droits liés à l'orientation sexuelle

Comme nous l'avons démontré à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la protection actuelle de l'orientation sexuelle repose sur divers droits fondamentaux, ce qui ne permet pas de saisir tous les enjeux de la prolifération des discours hostiles aux droits liés à l'orientation sexuelle. Dès lors que ces débats font partie d'un rejet plus large de la démocratie libérale et des libertés individuelles, il y a une forme de « politisation » de la question, dont le caractère systémique est difficilement appréhendable à défaut d'un fondement unique et cohérent garantissant un droit à l'orientation sexuelle.

En l'absence d'un tel droit, les problèmes rencontrés doivent être traduits, juridiquement, comme portant atteinte à un *autre* droit fondamental (à la vie privée, à la liberté d'expression, *etc.*). Il y a alors un écart entre la réalité concrète des faits et sa traduction juridique : alors que le cœur du problème est l'orientation sexuelle, l'accent est mis sur le droit fondamental dont on invoque la violation. Ce faisant, les enjeux sous-jacents à ces litiges sont perdus de vue, ou à tout le moins rendus moins évidents. Nous avons déjà pu illustrer ceci à travers l'arrêt *Bayev* : la reconnaissance par la Cour d'une violation de la liberté d'expression ne permet pas de rendre compte de l'hostilité systémique qui existe en Russie vis-à-vis de la communauté LGBTQIA+.

⁷⁷ Voorstel van resolutie over het vrijwaren van de vrije meningsuiting, en het vrije onderricht en onderzoek in het hoger onderwijs tegen de wokecensuur, Verslag namens de Commissie voor Onderwijs uitgebracht door Jan Laermans, *Hand.*, Vl. Parl., sess. ord. 2022-2023, n°2-1536 et *Vlaams Belang, Resolutie Vlaams Belang vraagt actie tegen wokecensuur hoger onderwijs*, 24 janvier 2023, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/resolutie-vlaams-belang-vraagt-actie-tegen-woke-censuur-hoger-onderwijs-0> (9 janv. 2024).

⁷⁸ W. DE MAESENEER, « Gender is een verkiezingsthema geworden: hoe denken de verschillende partijen erover? », *VRT news*, 31 mai 2024, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2024/05/31/vlaams-belang-gender-het-conclaaft/> (17 juil. 2024) (nous soulignons).

⁷⁹ Service public fédéral Intérieur, *Résultat Chambre des Représentants 9 juin 2024*, <https://resultatselection.belgium.be/fr/election-results/chambre-des-repr%C3%A9sentants/2024/royaume/251712> (17 juil. 2024) et Service public fédéral Intérieur, *Résultat Parlement flamand 9 juin 2024*, <https://resultatselection.belgium.be/fr/election-results/parlement-flamand/2024/r%C3%A9gion/251714> (17 juil. 2024).

Or, de plus en plus de partis populistes essaient – parfois avec succès – de faire adopter des normes semblables à celle en cause dans l’arrêt *Bayev* : création de zones « anti-LGBT » en Pologne⁸⁰, loi restreignant l’expression de contenu LGBTQIA+ en Lituanie⁸¹ ou en Hongrie⁸², ou permettant de dénoncer des comportements en violation du « rôle reconnu par la Constitution [au mariage et [à] la famille] »⁸³... Ce type de normes participe à la construction d’une vision de la personne LGB comme « autre », selon le schéma des discours populistes que nous avons détaillé auparavant. Il ne s’agit pas uniquement de limiter la liberté d’expression ou le droit à la vie privée des personnes LGB, mais d’une réelle déshumanisation⁸⁴. Lorsque la lutte pour la reconnaissance de droits liés à l’orientation sexuelle est présentée comme une « idéologie » qui mènerait à une sexualisation précoce des enfants⁸⁵, ou encore lorsque l’homosexualité est assimilée – explicitement ou non – à la pédophilie⁸⁶, c’est la dignité même des personnes LGB qui est remise en cause.

Ce qui ressort des discours populistes est une vision de l’homosexualité hypersexualisée, qui en occulte complètement l’aspect relationnel et affectif, et qui permet d’argumenter que les questions liées à l’orientation sexuelle appartiennent uniquement à la sphère privée⁸⁷. Ce type de conception s’observe à travers l’instauration de lois contre la « propagande gay » par exemple, mais aussi par le refus de reconnaître « officiellement » les couples homosexuels en leur accordant l’accès au mariage ou à un statut équivalent. Or, la conception originelle de l’orientation sexuelle comme « un aspect des plus intimes » de la vie privée contribue à cette hypersexualisation, et ce malgré l’extension progressive de la protection de l’orientation sexuelle dans la sphère publique⁸⁸.

La protection relativement limitée de l’expression de l’orientation sexuelle dans l’espace public est à la fois un symptôme et une illustration du problème posé par l’absence d’un droit à l’orientation sexuelle. Si dans la sphère privée, l’orientation sexuelle bénéficie d’un fondement unique et solide (le droit à la vie privée), dans la sphère publique, il repose sur une multitude de fondements (droit à la vie privée, liberté d’expression, libertés de réunion et d’association, interdiction des traitements inhumains et dégradants, *etc.*), ce qui diminue sa protection. L’orientation sexuelle n’étant pas reconnue comme un droit fondamental à part entière, son aspect essentiel – notamment comme

⁸⁰ A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *op. cit.*, p. 53.

⁸¹ P. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁸² Parlement européen, *Le Parlement européen s’oppose fermement à la loi hongroise anti-LGBTIQ*, 8 juillet 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20210701IPR07502/le-parlement-europeen-s-oppose-fermement-a-la-loi-hongroise-anti-lgbtiq> (9 janv. 2024).

⁸³ Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2023 sur les violations de l’état de droit et des droits fondamentaux en Hongrie et le gel des fonds de l’Union européenne*, P9_TA(2023)0216, Bruxelles, 1^{er} juin 2023, point K.

⁸⁴ O. YERMAKOVA, *op. cit.* p. 13.

⁸⁵ A. GRAFF et E. KOROLCZUK, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁸⁷ M. KAVEY, *op. cit.*, pp. 304 et 318.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 304.

composante de l'identité même d'un individu – est occulté. C'est pourquoi nous proposons de créer un droit à l'orientation sexuelle, qui fournirait un fondement unique et cohérent, et permettrait de rendre compte du caractère déshumanisant qui peut accompagner le rejet des identités LGB.

SECTION 2. L'INTERET ET LES LIMITES D'UNE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

Notre proposition consiste en l'insertion, dans la Constitution belge, d'un droit à *l'orientation sexuelle*. Bien que nous ayons jusqu'ici parlé de droits *liés* à l'orientation sexuelle, nous envisageons en effet de créer un droit fondamental, certes plus restreint, mais qui serait un fondement au développement d'un arsenal plus large de droits, fondamentaux ou non.

En premier lieu, nous expliquerons notre choix d'un fondement *constitutionnel*, plutôt qu'europpéen ou international (§1). Nous soulignerons ensuite l'intérêt, mais aussi les limites, d'une disposition constitutionnelle garantissant le droit à l'orientation sexuelle, en nous adressant à deux ordres de critique : l'intérêt pratique de la protection des droits fondamentaux par la Constitution, parfois considérée comme trop vague et principalement symbolique (§2), et la pertinence même de la consécration de droits fondamentaux au sein de la Constitution (§3).

§1. Le choix d'une protection nationale

La création d'un droit fondamental protégeant une catégorie spécifique de personnes n'est pas une nouveauté. Depuis la fin du XXème siècle, on a vu émerger dans les catalogues constitutionnels des droits fondamentaux propres à certains groupes, souvent en infériorité numérique⁸⁹. La question est toujours d'actualité, comme en témoigne l'insertion en 2021 d'un article 22ter dans la Constitution belge, garantissant le droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap⁹⁰.

Après avoir mises en avant l'insuffisance de la protection des droits liés à l'orientation sexuelle et la montée en puissance des mouvements populistes *en Europe*, il semblerait cohérent de proposer l'adoption d'un droit à l'orientation sexuelle en droit européen, voire international. Nous aurions par exemple pu défendre l'adoption d'une Convention *ad hoc* au niveau onusien, sur le modèle de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ou de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Si cette option ne doit pas être abandonnée, elle ne nous apparait pas comme la plus pertinente.

⁸⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, coll. A Droit Ouvert, Paris, Dalloz, 2019, pp. 172-173.

⁹⁰ Révision de la Constitution du 17 mars 2021 visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, *M.B.*, 30 mars 2021, p. 29539.

Tout d'abord, la création d'un nouveau droit en matière d'orientation sexuelle, en droit international ou européen, nous paraît difficilement réalisable. Au regard des tensions qui traversent aujourd'hui l'Europe, il est peu réaliste d'espérer l'adoption d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, encore moins d'une Convention onusienne. Au sein de l'Union européenne, la question ne nous semble pas plus aisée, la création d'un droit à l'orientation sexuelle risquant d'entraîner une plus grande polarisation entre les différents Etats membres. Comme nous avons déjà pu le souligner, le rejet actuel des droits liés à l'orientation sexuelle est lié au rejet, plus global, de valeurs « libérales », lesquelles sont souvent perçues comme « imposées » par l'Europe ou les Etats de l'Ouest⁹¹. En Hongrie par exemple, Viktor Orbán dénonce ce qu'il nomme « *the EU's LGBT+ offensive against family-friendly nations of Europe* »⁹².

Ensuite, et surtout, il nous semble crucial de rappeler l'importance de la Constitution. Le développement de droits fondamentaux au niveau international, s'il est sans nul doute bénéfique, ne doit en effet pas se traduire par un « abandon » de la Constitution, laquelle reste la première garante de ces mêmes droits. La protection offerte par le droit international n'est que minimale et subsidiaire, l'Etat devant assumer « [een] *verantwoordelijkheid inzake de bescherming van grondrechten* »⁹³. Pourtant, à ce jour, le fondement des droits liés à l'orientation sexuelle reste, la plupart du temps, en dehors de la Constitution. Selon une étude de 2014, sur 193 Constitutions, seules dix garantissaient explicitement un droit à l'égalité et la non-discrimination sur base de l'orientation sexuelle⁹⁴. L'absence d'un tel fondement national pose problème à divers égards, ce sur quoi nous reviendrons par la suite⁹⁵.

Le choix de se concentrer sur le droit national et la Constitution n'implique pas pour autant que nous renoncions à la défense des droits liés à l'orientation sexuelle dans une optique plus globale. Au demeurant, nous n'ignorons pas que si nous pouvons envisager la création d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle en Belgique, ceci est peu probable dans certains autres Etats. A ce titre, nous souhaiterions souligner deux points. D'une part, l'insertion d'une disposition constitutionnelle en Belgique pourrait *in fine* avoir un impact sur la scène internationale, en influençant d'autres Etats à suivre son exemple⁹⁶. L'attention portée sur les développements du droit international en matière de droits fondamentaux nous amène parfois à oublier que ces évolutions

⁹¹ A. TIRADO CHASE, « Human rights contestations : sexual orientation and gender identity », *I.J.H.R.*, 2016, p. 705.

⁹² U. REALFONZO, *op. cit.*

⁹³ J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar ...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴ A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁵ Voy. *infra*, pp. 24-25.

⁹⁶ Voy. not. Proposition de résolution relative à la reconnaissance sociale des holebis et à la mise en œuvre d'une politique d'égalité des chances en leur faveur, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2007-2008, n°4-687/1, pp. 6-7 : lors de discussions au Sénat et à la Chambre concernant la possibilité pour la Belgique de souscrire aux Principes de Jogjakarta, l'argument de l'influence internationale d'avancées législatives belges avec déjà été invoqué.

sont souvent le fruit du travail de certains Etats, par exemple à travers leur implication dans des organes internationaux tels que l'Assemblée Générale des Nations-Unies ou le Conseil des Droits de l'Homme des Nations-Unies⁹⁷. Au niveau européen, cela se traduit également par l'importance du consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸. D'autre part, nous aborderons dans le second chapitre une solution alternative à la création d'un droit à l'orientation sexuelle, à savoir la défense, par l'Union européenne, de l'Etat de droit dans ses Etats membres.

C'est pourquoi nous aborderons ici l'intérêt d'un droit *constitutionnel* à l'orientation sexuelle. Les développements ci-avant quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme restent à cet égard pertinents, puisqu'ils illustrent les faiblesses que devra combler ce droit. Afin de démontrer plus en détail l'intérêt d'un recours à la Constitution, nous partirons de deux types de critiques qui pourraient s'y opposer.

§2. *La Constitution, garantie matérielle ou symbolique des droits fondamentaux ?*

La première critique qui peut être invoquée à l'encontre de l'insertion d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle se fonde sur l'idée qu'une telle révision ne serait que purement symbolique. De manière globale, les débats quant à l'impact concret des droits fondamentaux ne sont ni récents, ni achevés⁹⁹. Preuve en est les travaux préparatoires relatifs à l'insertion de l'article 22ter de la Constitution, garantissant le droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap, où l'argument fut soulevé par la *N-VA* et le *Vlaams Belang*¹⁰⁰.

Face à cette critique, quatre éléments sont à souligner : l'importance de la portée axiologique de la Constitution (A) ; l'influence de cette norme fondamentale sur l'œuvre du législateur (B) ; l'intérêt des mécanismes de garantie des droits fondamentaux (C) ; enfin, l'utilité d'un fondement national face à la place grandissante du droit international et européen (D).

A. La Constitution, porteuse de valeurs fondatrices

Relevons tout d'abord que la Constitution, porteuse des valeurs fondamentales de la société, a une portée symbolique non négligeable : dès lors que ces valeurs évoluent, la Constitution doit être

⁹⁷ P. CANNOOT, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: the Case of Belgium*, Utrecht, Boom Juridisch Antwerpen, 2022, pp. 260-261.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 260 ; concernant spécifiquement l'orientation sexuelle, voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* précité, §83.

⁹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰⁰ Projet de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, Rapport fait au nom de la commission de la Constitution et du renouveau institutionnel par Mme Claire Hugon, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1445/2, pp. 10 et 12.

modifiée en conséquence¹⁰¹. En l'occurrence, si la Belgique protège depuis longtemps les relations homosexuelles (le mariage entre personnes de même sexe ayant été légalisé dès 2003¹⁰²), au point où certains auteurs estiment que cela constitue une part de son identité constitutionnelle, ceci n'est pas reflété dans la Constitution belge¹⁰³. L'importance de la dimension axiologique de la Constitution est d'ailleurs illustrée par la revendication de certains partis populistes, souhaitant à l'inverse y consacrer la « famille traditionnelle »¹⁰⁴, ou définir le mariage comme l'union entre un homme et une femme¹⁰⁵.

Comme nous l'avons relevé, les discours politiques hostiles aux personnes LGB sont de plus en plus fréquents. Or, les représentations de ces dernières « véhiculées par les médias et la culture populaire favorisent elles aussi l'incitation à la violence, à la haine, à l'exclusion et à la discrimination, ce qui a pour effet d'accroître la détresse psychologique des personnes visées »¹⁰⁶. S'il est difficile de contrôler de tels discours, le droit peut néanmoins contribuer à présenter une vision plus positive des personnes LGB. La dimension axiologique de la Constitution n'est donc pas qu'une question de principe, superflue ou inutile.

Il est cependant vrai qu'une révision constitutionnelle ne peut pas être *que* symbolique¹⁰⁷. A cet égard, du fait même que la Constitution traduise des valeurs fondamentales découle une série d'implications pratiques. En tant que texte fondateur de l'Etat, elle en est « le point d'ancrage ou la colonne vertébrale »¹⁰⁸, et de ce fait influence l'ensemble de son ordre juridique¹⁰⁹. Nous ne saurons faire état de toute l'étendue de cette influence, mais en soulignerons certains aspects essentiels.

¹⁰¹ A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, *op. cit.*, p. 193 et M. VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels subséquents », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 77.

¹⁰² Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, p. 9880.

¹⁰³ P. CANNOOT, *op. cit.*, p. 264 et E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *T.P.B.*, 2017, p. 320. Nous parlons d'identité constitutionnelle au sens de la notion développée par la Cour constitutionnelle. Voy. C. Const., arrêt 62/2016 du 28 avril 2016, B.8.7.

¹⁰⁴ Ce fut par exemple le cas en Hongrie, lors de l'adoption de la nouvelle Loi Fondamentale en 2011 ; Z. SZENTE, « Challenging the basic values – the problems with the rule of law in Hungary and the EU's failure to tackle them », in *The enforcement of EU law and values: methods to achieve compliance* (sous la dir. de A. JAKAB et D. KOCHENOV), Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 463. La question s'est également posée en Géorgie, en Roumanie ou en Autriche ; voy. A. MAURAS, A. BERTHOUT, G. GALUSTIAN et J. ARLETTAZ, « Chronique de droit constitutionnel comparé – 2019 – Le mariage entre personnes de même sexe devant le juge », *R.D.L.F.*, 2019, <https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-2019-le-mariage-entre-personnes-de-meme-sexe-devant-le-juge/> (30 oct. 2023).

¹⁰⁵ A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, *op. cit.*, p. 159 ; 22% des Constitutions étudiées par les auteurs comportent une telle définition du mariage.

¹⁰⁶ Assemblée Générale des Nations Unies, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, A/74/181, 2019, p. 11.

¹⁰⁷ M. VERDUSSEN, « Le pointillisme constitutionnel », in *De grondwet verleden, heden en toekomst – La Constitution hier, aujourd'hui et demain* (sous la dir. de A. ALEN et autres), coll. Cahiers du Sénat, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 126.

¹⁰⁸ Proposition de révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n°55-939/1, p. 3.

¹⁰⁹ V. CHAMPAIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 173.

B. L'influence de la Constitution sur l'œuvre législative

En premier lieu, la Constitution a vocation à impacter directement l'œuvre du législateur. La création d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle en Belgique pourrait être un moteur favorisant l'adoption de normes législatives (tant au niveau fédéral que fédéré) en matière de droits liés à l'orientation sexuelle¹¹⁰. Ceci est d'autant plus vrai si la disposition en question s'accompagne d'une obligation positive de réaliser ce droit. Il s'agit d'un élément crucial de notre proposition : la Constitution n'est qu'un point de départ, certes indispensable, mais qui nécessite pour déployer toute son efficacité que le législateur prenne le relais.

Un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle permettrait au surplus de consolider l'action du législateur en matière d'orientation sexuelle. Il pourrait notamment couper court au débat quant à la constitutionnalité de telles normes, tel que celui qui eut lieu en Espagne¹¹¹, en France¹¹² ou en Andorre¹¹³ lors de l'adoption de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la constitutionnalité d'une norme soit attaquée pour que celle-ci soit l'objet de controverses, comme en témoignent les débats récents liés à l'éducation à la vie relationnelle, affective et sexuelle (EVRAS) en Belgique. L'éducation sexuelle est cruciale dans le développement et la protection des droits liés à l'orientation sexuelle¹¹⁴. Or, le fait d'y aborder la question de l'orientation sexuelle est un point d'achoppement important, non seulement en Belgique mais également dans de nombreux autres Etats européens¹¹⁵. L'existence d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle peut donc être un atout, afin de consolider l'action législative en la matière.

C. Les mécanismes de protection des droits fondamentaux

Ensuite, l'insertion d'une disposition dans le Titre II de la Constitution s'accompagnerait de plusieurs mécanismes qui permettraient de protéger ce droit à l'orientation sexuelle. En effet, l'efficacité d'une disposition constitutionnelle dépend non seulement de son contenu, mais aussi

¹¹⁰ P. CANNOOT, *op. cit.*, p. 266.

¹¹¹ Voy. A. B. ORTEGA, « Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne », *Rev. fr. dr. constit.*, 2007, pp. 249-267.

¹¹² X. DUPRE DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *R.D.L.F.*, 2012, <https://revuedlf.com/personnes-famille/le-mariage-homosexuel-la-constitution-et-lagregee-des-facultes-de-droit-billet-dhumeur/> (9 janv. 2024), p. 28.

¹¹³ ILGA Europe, *2023 Annual review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe and Central Asia*, 2023, <https://www.rainbow-europe.org/sites/default/files/annual-report/Annual-Review-Full-2023.pdf> (10 janv. 2024), p. 28.

¹¹⁴ Assemblée Générale des Nations Unies, *op. cit.*, p. 4. En Belgique, voy. Projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération du 7 juillet 2023 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la généralisation de l'éducation à la vie relationnelle, affective et sexuelle, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2022-2023, n° 572/1, p. 5.

¹¹⁵ D. MIJATOVIC, « Une éducation sexuelle complète protège les enfants et contribue à rendre la société plus sûre et inclusive », *J.D.J.*, 2020, pp. 15-16.

(voire surtout) des mécanismes qui l'accompagnent¹¹⁶. D'une part, les règles encadrant la révision constitutionnelle confèreraient au droit à l'orientation sexuelle une certaine stabilité, qui lui permettrait de ne pas être remis en question au gré des évolutions politiques¹¹⁷. D'autre part, ce droit serait protégé par divers mécanismes spécifiques visant à garantir le respect de la Constitution par les normes qui lui sont inférieures¹¹⁸.

A cet égard, si l'on pense immédiatement au contentieux objectif qui se déploie devant la Cour constitutionnelle, nous devons cependant souligner que le contrôle de constitutionnalité des normes n'est pas exclusif à cette dernière, ni intrinsèque aux seules normes législatives. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons également citer l'intervention du Conseil d'Etat, tant de sa section législation (qui opère un contrôle *a priori* et non-contraignant de normes législatives et d'arrêtés réglementaires), que de celle du contentieux administratif (notamment compétent pour contrôler la constitutionnalité des normes réglementaires). N'oublions pas également le rôle des juridictions ordinaires, qui disposent de divers outils leur permettant de contrôler la constitutionnalité de normes législatives (à travers le mécanisme de question préjudicielle), ou réglementaires (l'article 159 de la Constitution leur permettant de les laisser inappliquées si elles sont inconstitutionnelles).

Qui plus est, l'enjeu de ces mécanismes n'est pas uniquement de s'assurer du respect de la Constitution par les normes inférieures. Ils prolongent également l'influence de la Constitution sur l'ordre juridique belge dans son ensemble, en participant au phénomène de « constitutionnalisation du droit », entendu comme la diffusion du droit constitutionnel dans les autres branches du droit¹¹⁹.

A côté de ce contrôle objectif, le contentieux subjectif peut également bénéficier de la création d'un nouveau droit fondamental, lequel pourra notamment être invoqué afin d'interpréter d'autres normes législatives¹²⁰. L'article 22*bis* de la Constitution en est un exemple parlant, dès lors qu'il ressort des travaux préparatoires que le droit des enfants à leur intégrité morale, physique, psychique et sexuelle fut notamment consacré afin de guider l'interprétation par les juges ordinaires des normes qu'ils appliquent¹²¹.

¹¹⁶ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace ? », in *l'Efficacité de la norme juridique*, coll. A la croisée des droits : droit international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 217.

¹¹⁷ P. CANNOT, *op. cit.*, p. 266.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 267 et A. CASSOLA, J. HEYMANN, I. LATZ et A. RAUB, *op. cit.*, p. 153.

¹¹⁹ D. CACCAMISI et G. PIJCKE, « La constitutionnalisation du droit. Etude d'un bouleversement de perspective (accompli) », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 444 et 463-475.

¹²⁰ J. HEYMAN, A. SPRAGUE et A. RAUB, « The Equal Rights Amendment in Global Context: Gender Equality in Constitutions Worldwide and the Potential of More Comprehensive Approaches », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2022, p. 40.

¹²¹ A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1611 et 1615 et Proposition de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits de l'enfant à l'intégrité morale, physique, mentale et sexuelle, Rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles par Mme Taelman, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-21/4, p. 29.

D. La nécessité d'un fondement national

Enfin, l'insertion d'un droit à l'orientation sexuelle dans la Constitution garantirait aux droits liés à l'orientation sexuelle un fondement supralégislatif dans l'ordre juridique belge, indépendamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

De nos jours, la protection octroyée à l'orientation sexuelle à travers le droit à la vie privée est fondée sur une interprétation de l'article 22 de la Constitution, lu à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il est inspiré¹²². Rappelons à cet égard que ladite Convention est supposée n'être qu'un seuil minimal de protection, que les Etats sont libres de dépasser¹²³. C'est le cas concernant l'orientation sexuelle, le droit belge se montrant plus protecteur que le droit conventionnel. Il est cependant préoccupant que ces garanties supplémentaires, d'origines législatives – par exemple quant à l'accès au mariage¹²⁴ ou à l'adoption¹²⁵ pour les couples de même sexe – ne bénéficient pas d'un ancrage constitutionnel spécifique.

En sus de l'intérêt de la disposition constitutionnelle nouvellement instituée, nous souhaiterions souligner l'importance, parfois oubliée, de la révision constitutionnelle elle-même¹²⁶. L'intervention du constituant dérivé est en effet l'occasion de débats¹²⁷, lesquels nous semblent aujourd'hui plus que nécessaires concernant le statut des personnes LGB. Le fait que la Belgique soit pionnière en la matière, et le haut niveau de protection qu'elle octroie, peut amener à considérer que s'interroger sur les droits liés à l'orientation sexuelle est superflu. Or, comme nous avons pu le voir avec la question de l'éducation sexuelle, dont le point sur l'orientation sexuelle a suscité une levée de boucliers, il reste du chemin du parcourir. Nous pourrions notamment espérer que l'insertion d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle, par effet de ricochet, suscite des discussions quant à une modification de l'article 150 de la Constitution visant à inclure les discours homophobes dans les délits de presse jugés devant le Tribunal correctionnel¹²⁸.

¹²² M. VAN OVERSTRAETEN, « Le droit au respect de la vie privée et le corps humain », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 934 et J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar...*, op. cit., pp. 387 et 414.

¹²³ *Ibid.*, p. 47 et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 53.

¹²⁴ Loi du 13 février 2003 précitée.

¹²⁵ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.

¹²⁶ P. CANNOOT, op. cit., p. 265.

¹²⁷ De manière analogue, il fut souligné lors des travaux préparatoires de l'article 22bis de la Constitution que l'introduction d'un nouveau droit fondamental « peut signifier une étape essentielle en vue d'un large débat public » : Proposition de révision du titre II de la Constitution..., n° 2-21/4, op. cit., p. 4.

¹²⁸ UNIA, *Révision des articles de la Constitution concernant les discours de haine et les emplois statutaires*, 2018, <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/recommandations-dunia/revision-des-articles-de-la-constitution> (10 janv. 2024).

Cette influence peut même se poursuivre au-delà du moment de la révision elle-même : une fois inscrite dans la Constitution, une disposition peut continuer à irriguer le débat public. A cet égard, nous pouvons prendre l'exemple de l'Equateur. La Révolution Citoyenne initiée par le président Rafael Correa fut à l'origine marquée par un discours favorable aux droits liés à l'orientation sexuelle, menant notamment à l'inscription d'un droit à la non-discrimination en la matière dans la nouvelle Constitution de 2008¹²⁹. Si par la suite le gouvernement équatorien adopta une position plus ambiguë quant à ces mêmes droits, leur inclusion dans les discussions ayant entouré l'adoption de cette Constitution en a fait un sujet aujourd'hui établi dans le débat politique¹³⁰.

§3. *Un recours trop systématique à la Constitution ?*

Au-delà de la question des répercussions concrètes de l'insertion d'un droit fondamental à l'orientation sexuelle dans la Constitution, un autre ordre de critiques met en avant la pertinence de la protection *constitutionnelle* des droits fondamentaux.

Certains auteurs dénoncent ainsi une forme d'« obsession constitutionnelle », argumentant que le recours à la Constitution nous amène à oublier que l'avènement de progrès sociaux, économiques ou culturels ne nécessite pas nécessairement une révision de cette dernière¹³¹. Il est en effet vrai que la Constitution n'est pas le seul instrument permettant de protéger les droits fondamentaux, et cette critique nous rappelle à juste titre que la seule protection constitutionnelle ne suffit pas. La Constitution n'est pas une fin en soi : la création d'un droit à l'orientation sexuelle doit permettre, à terme, de garantir plus largement *les* droits liés à l'orientation sexuelle, fondamentaux ou non¹³².

De manière analogue, d'autres auteurs mettent en garde contre le risque de « banalisation » de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux, à force d'ajouts trop spécifiques et récurrents¹³³. Ceci est particulièrement pertinent dans le cas qui est le nôtre, à savoir la reconnaissance de droits fondamentaux propres à une certaine catégorie de personnes. Il devient alors inévitable de réfléchir à *quelles* catégories peuvent se voir reconnaître de tels droits, au risque de devoir constamment actualiser le Titre II de la Constitution¹³⁴. Quant à la Belgique en particulier,

¹²⁹ Voy. *supra*, p. 6, note de bas de page 13.

¹³⁰ A. LIND et C. KEATING, *op. cit.*, pp. 527-530.

¹³¹ S. DION, « Le respect des constitutions et l'avenir des démocraties libérales », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, pp. 80-85.

¹³² E. HEINZE, *op. cit.*, pp. 21-23.

¹³³ J. VELAERS, « Over de Noodzaak om Titel II van de Grondwet over “de Belgen en hun rechten” te herzien », in *De grondwet verleden, heden en toekomst – La Constitution hier, aujourd'hui et demain* (sous la dir. de A. ALEN et autres), coll. « Cahiers du Sénat », Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 113.

¹³⁴ Proposition de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, Rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles par M. Uyttendaele, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2019-2020, n°7-169/2, pp. 11-12.

cette critique rejoint celle, plus générale, qui concerne le caractère lacunaire dudit Titre II¹³⁵. Il est vrai que l'insertion d'un droit à l'orientation sexuelle s'inscrit dans le schéma des révisions constitutionnelles que nous connaissons aujourd'hui, lesquelles manquent de cohérence à défaut d'un mouvement global de réactualisation des droits fondamentaux belges¹³⁶.

Finalement, il nous faut souligner que la création d'un nouveau droit fondamental peut avoir un effet inverse à celui recherché, et *in fine* devenir un frein plutôt qu'un outil d'émancipation¹³⁷. En effet, l'avènement d'un nouveau droit fondamental peut rendre plus difficile la critique – parfois nécessaire – des inégalités qui subsistent. Il est plus compliqué de mettre en lumière les carences d'un droit nouvellement acquis, soit par peur de le perdre, soit du fait d'une sorte d'« aveuglement de la victoire » occultant les lacunes persistantes¹³⁸.

Un exemple typique à cet égard est celui du mariage entre personnes de même sexe. Sa reconnaissance est une étape importante dans le développement des droits liés à l'orientation sexuelle, mais elle peut occulter les conceptions normatives qui sous-tendent le mariage, considéré dans nos sociétés comme la forme idéal de couple, gage de stabilité¹³⁹. L'importance du mariage se traduit juridiquement par une protection plus favorable des couples mariés, dans un certain nombre de domaines. Si cette différence de traitement par rapport aux autres formes de couples est de plus en plus remise en question, elle est cependant souvent considérée comme légitime¹⁴⁰. Bien que certaines personnes, en ce compris au sein du mouvement LGBTQIA+, remettent en question la place centrale du mariage dans la société et dans le droit, ceci est rendu plus difficile dès lors que l'avènement du mariage entre personnes de même sexe est souvent considéré comme une victoire. L'obtention d'un nouveau droit peut donc occulter l'existence d'inégalités résiduelles.

Similairement, la consécration d'un droit *fondamental* peut aussi avoir l'effet pervers d'exacerber les tensions : le discours relatif aux droits fondamentaux peut être extrêmement polarisant, ceux-ci étant parfois perçus comme « moralement non-négociables »¹⁴¹. Dans le contexte que nous avons

¹³⁵ Voy. not. F. BOUHON, M. EL BERHOUMI, T. MOONEN, C. ROMAINVILLE et D. SINARDET, « Que réviser dans la Constitution belge ? Bilan d'une réflexion collective », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, pp. 628 et s.

¹³⁶ M. VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels subséquents », *op. cit.*, pp. 88-89.

¹³⁷ C. ASHFORD, A. MAINE et G. ZAGO, « Normative behaviour, moral boundaries and the state », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 409-410.

¹³⁸ M. SIGNORILE, *It's Not Over Yet: Getting Beyond Tolerance, Defeating Homophobia, and Winning True Equality*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2015, pp. 8 et 25.

¹³⁹ C. ASHFORD, A. MAINE et G. ZAGO, *op. cit.*, pp. 411-415.

¹⁴⁰ P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 216 et voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Manenc c. France* du 21 septembre 2010 (décision sur la recevabilité).

¹⁴¹ E. KOVÁTS, *op. cit.*, p. 534.

décrit, où les discours populistes décrivent les droits liés à l'orientation sexuelle comme « imposés » par des élites extérieures, ce risque de polarisation n'est pas négligeable.

Toutes ces critiques sont valides, mais elles ne sont pas, à notre sens, suffisantes pour rejeter entièrement la consécration d'un droit fondamental protégeant l'orientation sexuelle. Plutôt, elles sont autant de mises en garde qui doivent guider notre réflexion, et nous aider à déterminer les contours du droit à l'orientation sexuelle, ainsi que son contenu. Il ne faut en effet pas généraliser l'évolution de la protection des droits fondamentaux : en particulier, il importe de distinguer si celle-ci résulte d'un mouvement *top-down* (imposé par certaines autorités) ou *bottom-up* (en réponse aux revendications portées par une partie de la population). Dans le second cas, les droits fondamentaux restent un fondement solide que nous ne pouvons ignorer¹⁴². En ce sens, les risques ainsi exposés doivent nous rappeler à quel point il est important qu'existe un débat démocratique dans nos sociétés. A cet égard, une révision constitutionnelle peut être aussi importante que la disposition qu'elle consacre, car elle invite à discussion¹⁴³ : « *faire œuvre constituante, c'est dégager les tendances profondes et significatives d'une société, en structurant le débat qui va permettre de s'interroger sur leur signification* »¹⁴⁴.

SECTION 3. LES CONTOURS DU DROIT A L'ORIENTATION SEXUELLE

Qu'entend-on concrètement par « droit à l'orientation sexuelle » ? C'est à cette question que nous nous proposons de répondre. Auparavant, nous préciserons ce qui nous a amené au choix de ce droit (§1), après quoi nous en expliquerons le contenu et la portée (§2).

§1. Pourquoi un droit à l'orientation sexuelle

Sur la question de comment renforcer la protection de l'orientation sexuelle, certaines solutions ont déjà été envisagées. Nous les présenterons brièvement (A), avant d'expliquer pourquoi nous avons fait le choix de la création d'un droit fondamental distinct (B).

A. Les pistes précédemment envisagées

Dans l'optique de mieux protéger les personnes LGB, il a déjà été proposé de consacrer l'orientation sexuelle explicitement comme motif interdit de discrimination, au sein de la

¹⁴² A. TIRADO CHASE, *op. cit.*, p. 716.

¹⁴³ P. CANNOT, *op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁴ M. VERDUSSEN, « Le pointillisme constitutionnel », *op. cit.*, p. 127.

Constitution (a). Certains auteurs ont également évoqué l'idée de créer un droit à l'autonomie personnelle en lien avec l'orientation sexuelle (b).

a) *Le droit à l'égalité et à la non-discrimination*

Le droit à l'égalité et à la non-discrimination, tel qu'il est consacré dans la Constitution belge, est fondé sur un système « ouvert », les articles 10 et 11 ne listant pas de motifs de discrimination interdits – mis à part le genre et l'appartenance à une minorité idéologique ou philosophique – de telle sorte que toute forme de discrimination est potentiellement prohibée, peu importe le critère de distinction qui en est l'origine¹⁴⁵. Nous pourrions cependant imaginer une consécration explicite au sein de la Constitution de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination interdit. Cette solution, pour intéressante, ne nous semble pourtant pas suffisante, et devrait plutôt être considérée comme un complément à l'insertion d'un droit fondamental autonome en la matière¹⁴⁶.

En effet, pour indispensable qu'il est, le droit à l'égalité et à la non-discrimination *seul* risque de ne garantir qu'une égalité formelle, en imposant de se conformer à un certain standard afin d'en bénéficier¹⁴⁷. Il s'applique en effet, dans la majorité des cas, en ayant référence à d'*autres* droits et libertés, dont il garantit l'application sans distinction à différentes catégories de personnes¹⁴⁸. En d'autres termes, il repose sur une *comparaison*, laquelle peut amener à reproduire et renforcer des conceptions normatives stéréotypées qui sous-tendent le droit existant¹⁴⁹. S'agissant de l'orientation sexuelle, la protection amenée par l'égalité et la non-discrimination dépend des droits reconnus aux personnes hétérosexuelles, qui sont ensuite appliqués aux personnes LGB. Ce faisant, le risque existe de ne protéger ces dernières qu'à condition qu'elles se conforment à un certain modèle hétérosexuel, occultant les particularités des identités LGB¹⁵⁰. Ce type de dynamique ressort par exemple de la notion de famille, que la Cour européenne des droits de l'homme a étendu aux couples de même sexe¹⁵¹. Ceci s'entend cependant d'une *certaine* conception de la famille, stable et monogame, excluant de ce fait ceux qui ne s'y conforment pas¹⁵².

La piste d'un droit fondamental spécifique garantissant l'orientation sexuelle nous semble donc plus prometteuse. Dans cet ordre d'idées, certains auteurs envisagent l'insertion d'un droit à

¹⁴⁵ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 583.

¹⁴⁶ P. CANNOT, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴⁷ B. MACDOUGALL, *Queer Judgments. Homosexuality, Expression, and the Courts in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 49.

¹⁴⁸ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 570-571

¹⁴⁹ P. CANNOT, *op. cit.*, pp. 277-278 et C. ASHFORD, A. MAINE et G. ZAGO, *op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁰ B. MACDOUGALL, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

¹⁵² P. CANNOT, *op. cit.*, p. 277.

l'autonomie personnelle en lien avec l'orientation sexuelle. Néanmoins, cette proposition ne nous convainc pas non plus au regard de l'objectif que nous poursuivons.

b) Le droit à l'autonomie personnelle

S'il est difficile de définir précisément l'autonomie personnelle, on peut néanmoins considérer que cette notion renvoie essentiellement à la capacité d'un individu à s'auto-déterminer, à poser des choix afin de construire son identité¹⁵³. L'autonomie personnelle comprend ainsi les choix en matière d'orientation sexuelle, mais protège également de nombreux autres aspects de la personnalité de l'individu, s'appliquant aux questions relatives à l'euthanasie, au droit à l'image, à l'avortement, au port du voile, *etc*¹⁵⁴. Comme le souligne H. HURPY, « *son originalité est précisément de ne pas s'épuiser au sein d'un domaine particulier* »¹⁵⁵.

L'ampleur prise par le concept d'autonomie personnelle est liée au changement de paradigme des droits fondamentaux : à l'origine conçus comme protégeant les citoyens contre les ingérences, ils sont aujourd'hui la garantie du maintien d'une « sphère de liberté » au sein de laquelle l'individu peut se développer sans crainte d'immixtion¹⁵⁶. Les droits fondamentaux n'ont plus seulement pour objectif de protéger la liberté négative des individus (« *freedom from* »), mais également leur liberté positive (« *freedom to* »), synonyme pour certains d'autonomie personnelle¹⁵⁷. De ce fait, celle-ci est devenue une notion transversale aux droits fondamentaux, parfois même considérée comme une valeur sous-jacente à l'ensemble de ces derniers¹⁵⁸. C'est pourquoi l'autonomie personnelle, en elle-même, nous semble être un concept trop vague pour que sa consécration comme droit fondamental soit suffisante à protéger les personnes LGB de manière optimale.

Certains auteurs proposent cependant de consacrer dans la Constitution un droit à l'autonomie personnelle spécifiquement en lien avec l'orientation sexuelle¹⁵⁹. Sans pour autant rejeter d'emblée cette proposition, il est toutefois probable que si un droit à l'autonomie personnelle devait ainsi être introduit, il ne serait pas reconnu *uniquement* vis-à-vis de l'orientation sexuelle¹⁶⁰. Pour intéressante, la consécration d'un droit à l'autonomie personnelle dans cette optique ne va pas non plus sans

¹⁵³ H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, 1^{ère} éd., coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 29-32.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 146

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 49

¹⁵⁶ J. VELAERS, « Over de Noodzaak... », *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁷ K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, coll. Oxford Constitutional Theory, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 29-30.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 30 et 34-35.

¹⁵⁹ Voy. not. P. CANNOT, *op. cit.*, pp. 274 & s et F. BOUHON, M. EL BERHOUMI, T. MOONEN, C. ROMAINVILLE et D. SINARDET, *op. cit.*, p. 631.

¹⁶⁰ Éventuellement, nous pourrions imaginer que soit accolée à ce droit une liste non-exhaustive d'aspects protégés par l'autonomie personnelle, au sein de laquelle figurerait l'orientation sexuelle.

inconvenient. Nous avons déjà pu le souligner, le débat entourant une révision constitutionnelle peut être aussi significatif que la révision elle-même, en ce qu'il permet d'aborder certaines questions cruciales¹⁶¹. En l'occurrence, et nous aurons l'occasion d'y revenir, il est absolument indispensable de s'interroger sur la notion d'orientation sexuelle. Or, au regard des débats traversant la société et susceptibles d'être appréhendés à travers la notion d'autonomie personnelle (droit à l'avortement¹⁶², gestation pour autrui¹⁶³, euthanasie¹⁶⁴, etc.), nous sommes en droit de douter du fait que la question de l'orientation sexuelle, moins saillante en Belgique, soit abordée en profondeur.

Enfin, nous nous devons de souligner que le contenu de la notion d'autonomie personnelle n'est pas sans rappeler celui du droit à la vie privée, ce qui nous amène à nous interroger sur l'intérêt de l'insertion d'un droit à l'autonomie personnelle. Si l'on peut envisager qu'un même texte garantisse ces deux droits¹⁶⁵, on peut néanmoins s'interroger sur la valeur ajoutée du droit à l'autonomie personnelle par rapport au droit à la vie privée *tel qu'il est aujourd'hui conçu* par la Cour européenne des droits de l'homme et, à sa suite, la Cour constitutionnelle belge.

Il est en effet frappant de remarquer à quel point la conception de la vie privée de la Cour strasbourgeoise est proche de la notion d'autonomie personnelle, qu'elle reconnaît par ailleurs comme étant un principe sous-jacent dans l'interprétation de l'article 8 de la CEDH¹⁶⁶. Cette position est suivie par la Cour constitutionnelle belge, laquelle considère que l'article 22 de la Constitution doit être interprété en combinaison avec l'article 8 de la CEDH, dont il est inspiré¹⁶⁷. On observe un rapprochement similaire entre ces notions dans les termes choisis par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle « [l]e droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence »¹⁶⁸.

Par ailleurs, tout comme le droit à la vie privée, l'autonomie personnelle s'est développée à travers la notion de « droit à l'intimité »¹⁶⁹. De la même manière, l'autonomie personnelle a donc d'abord été conçue en lien avec la sphère privée, avant d'être progressivement étendue à la sphère

¹⁶¹ P. CANNOOT, *op. cit.*, p. 265 et M. VERDUSSEN, « Le pointillisme constitutionnel », *op. cit.*, p. 127.

¹⁶² H. HURPY, *op. cit.*, pp. 107-109.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 554-567.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 46-47.

¹⁶⁵ Il est en effet possible de consacrer dans une même Constitution un droit à l'autonomie personnelle et un droit à la vie privée. La Constitution suisse, par exemple, garantit en son article 10 le droit à la « liberté personnelle » (voy. H. HURPY, *op. cit.*, p. 52), et en son article 13 le droit à la vie privée et familiale.

¹⁶⁶ J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar...*, *op. cit.*, p. 413 ; Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2004, §61. La Cour constitutionnelle, citant la Cour européenne des droits de l'homme, suit cette approche : voy. C. Const., arrêt 99/2019 du 19 juin 2019, B.5.5.

¹⁶⁷ K. LEMMANS, « Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 912-913.

¹⁶⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme du 23 janvier 1970*, Résolution 428(1970), point 16 et J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar...*, *op. cit.*, p. 413.

¹⁶⁹ H. HURPY, *op. cit.*, pp. 165-166.

publique, dans certains de ses aspects (notamment en ce qui concerne le droit de nouer des relations avec autrui)¹⁷⁰. Ce rattachement originel à la sphère privée risque d'amener les inconvénients que nous avons déjà relevés vis-à-vis du droit à la vie privée, en particulier une protection plus faible dans la sphère publique.

Fondamentalement, le droit qui est ici envisagé protège avant tout l'*autonomie personnelle*, l'orientation sexuelle n'en étant qu'un aspect parmi tant d'autres. Or, notre objectif est de changer le paradigme actuel, afin de faire de l'orientation sexuelle un droit autonome, un fondement cohérent en matière de protection des personnes LGB. C'est ce que nous proposons à travers le droit à l'orientation sexuelle.

B. Le droit à l'orientation sexuelle, fondement des droits liés à l'orientation sexuelle

Notre proposition ne consiste pas à faire table rase du système actuel en matière de protection des droits liés à l'orientation sexuelle. En effet, si nous avons surtout mis en avant ses faiblesses, cela n'enlève en rien l'importance des avancées législatives et jurisprudentielles récentes. Ce que nous avons souhaité traduire, notamment à travers l'analyse parallèle de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des discours populistes hostiles aux personnes LGB, est qu'il y a aujourd'hui une lacune dans ce système, que nous nous proposons de combler à travers le droit à l'orientation sexuelle. Là où les droits liés à l'orientation sexuelle sont aujourd'hui dépendants d'une multitude de fondements, nous proposons d'en créer un, unique et cohérent.

D'une part, nous avons relevé que l'absence d'un tel fondement en matière d'orientation sexuelle contraint les requérants (et la jurisprudence) à transformer leurs revendications. Une situation qui implique concrètement une atteinte aux droits d'un individu du fait de son orientation sexuelle doit être juridiquement traduite en une violation du droit à la vie privée, à la liberté d'expression, *etc.* Le problème n'est pas d'invoquer d'autres droits fondamentaux, qui restent pertinents, mais plutôt le fait que cette traduction juridique amène à perdre de vue l'essentiel, à savoir que la violation en cause est *avant tout* fondée sur un rejet de l'orientation sexuelle des requérants. C'est à ce problème que doit s'adresser le droit à l'orientation sexuelle, qui n'a pas pour vocation de suppléer les droits fondamentaux existants, auxquels il pourra toujours être combiné.

D'autre part, les droits fondamentaux existants ne sont pas toujours adaptés aux revendications et aux besoins spécifiques de certains groupes, dans notre cas les personnes LGB¹⁷¹. Ils ne permettent pas d'appréhender tous les aspects de l'orientation sexuelle et, partant, de protéger

¹⁷⁰ H. HURPY, *op. cit.*, pp. 196-202.

¹⁷¹ Projet de révision de la Constitution..., n° 55-1445/2, *op. cit.*, pp. 6-7.

l'ensemble des droits qui y sont liés. C'est notamment le cas de la question de l'expression publique de cette dernière, comme nous l'avons déjà souligné.

L'objectif du droit à l'orientation sexuelle est d'être un fondement des droits liés à l'orientation sexuelle, en ce sens où il a vocation à être complété par l'œuvre du législateur. Dans le même ordre d'idée, E. BREMS considère que les droits liés à l'orientation sexuelle font partie des droits « émancipatoires », « *intended to correct a legacy of structural discrimination of specific groups and to provide to members of such groups equal opportunities and equal enjoyment of their human rights* »¹⁷². En somme, la Constitution n'est pas une fin en soi, mais plutôt un noyau auquel le législateur doit « *donner corps* »¹⁷³.

En résumé, l'idée est d'opérer un mouvement inverse à celui qui prévaut aujourd'hui : plutôt que de ne protéger que *certain*s aspects de l'orientation sexuelle, au gré des cas concrets soumis aux juges et à travers le recours aux droits fondamentaux existants, il existerait un fondement unique, cohérent, sur lequel bâtir une meilleure protection des droits liés à l'orientation sexuelle. En ce sens, le caractère fondamental du droit à l'orientation sexuelle a trait au fait de pouvoir vivre cette dernière dans toutes ses dimensions, sans pour autant voir diminuer sa jouissance des droits et libertés reconnus à tous ; il ne s'agit pas de créer un statut à part¹⁷⁴.

Cependant, l'étendue et l'effectivité de la protection accordée par ce nouveau droit dépend de sa formulation, ainsi que de la compréhension de la notion d'orientation sexuelle.

§2. La définition du droit à l'orientation sexuelle

Afin de créer un droit fondamental à l'orientation sexuelle, il convient avant tout de se pencher sur la signification de cette notion (A), avant de s'interroger sur la portée de ce droit (B).

A. La notion d'orientation sexuelle

Si l'on entend consacrer un droit à l'orientation sexuelle, la première question qui se pose consiste à savoir ce qu'*est* exactement l'orientation sexuelle. Il est en effet indispensable de s'entendre sur le contenu de ce concept afin de délimiter le champ d'application de ce droit¹⁷⁵. Pour autant, une telle définition n'est pas chose aisée. D'une part, l'intérêt de la notion d'orientation sexuelle réside

¹⁷² E. BREMS, « Lessons for children's rights from women's rights ? Emancipation rights as a distinct category of human rights », in *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape* (sous la dir. de E. BREMS, E. DESMET et W. VANDENHOLE), Londres, Routledge, 2017, pp. 94-95.

¹⁷³ Projet de révision de la Constitution..., n° 55-1445/2, *op. cit.*, p. 7. Voy. aussi M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*, pp. 226-227.

¹⁷⁴ E. HEINZE, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 59.

notamment dans sa fluidité et son adaptabilité à des situations extrêmement diverses¹⁷⁶. D'autre part, s'agissant d'une disposition constitutionnelle, il importe de ne pas cadenasser l'interprétation qui pourrait en être faite, pour en garantir l'évolution et, partant, l'efficacité¹⁷⁷. Pour reprendre les termes de B. MACDOUGALL, « *fluidity of meaning is the lifeblood of the law* »¹⁷⁸.

Toute la complexité de la création d'une disposition constitutionnelle réside dans ce difficile équilibre, entre la nécessité d'un caractère intentionnellement vague garantissant une certaine « *adaptabilité constitutionnelle* »¹⁷⁹, et celle d'une formulation suffisamment précise que pour en assurer l'efficacité¹⁸⁰. C'est pourquoi il ne nous semble pas pertinent de fixer une fois pour toute une définition de l'orientation sexuelle dans la Constitution – ou ailleurs, si l'on part seulement du principe qu'une telle entreprise est possible. En revanche, il est indispensable d'en préciser les contours : à cette fin, il nous paraît plus opportun d'avoir recours aux travaux préparatoires, lesquels auront à loisir de se pencher sur la question¹⁸¹.

Pour autant, nous pouvons d'ores et déjà souligner certains éléments qui devraient à notre sens ressortir de la notion d'orientation sexuelle. Repartons pour ce faire des Principes de Jogjakarta, qui définissent cette dernière comme « *la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* »¹⁸².

Deux premiers éléments ressortent de cette définition. D'une part, l'orientation sexuelle comporte un lien avec la sexualité mais ne s'y limite pas, et comprend également une dimension affective ou relationnelle (i). La prise en compte de ces diverses dimensions est un point dont nous avons souligné l'importance à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une conception de l'orientation sexuelle principalement axée sur la sexualité mène à une protection lacunaire, trop enracinée dans la sphère intime des individus. D'autre part, l'orientation sexuelle englobe tant des actes concrets (« *entretenir des relations intimes et sexuelles* ») qu'un ressenti (« *capacité à ressentir une profonde attirance* »), ce que E. HEINZE qualifie plus simplement de « *outward acts* » et « *inwards feelings* »¹⁸³. Il importe de protéger l'orientation sexuelle même

¹⁷⁶ B. MACDOUGALL, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁷ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *op. cit.*, pp. 218-219.

¹⁷⁸ B. MACDOUGALL, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁹ M. VERDUSSEN, « Le pointillisme constitutionnel », *op. cit.*, p. 127.

¹⁸⁰ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *op. cit.*, pp. 226-227.

¹⁸¹ P. CANNOT, *op. cit.*, p. 291.

¹⁸² Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007, Introduction.

¹⁸³ E. HEINZE, *op. cit.*, p. 59.

lorsqu'elle ne se manifeste pas par des actes perceptibles, dès lors qu'un individu peut être préjudicié du simple fait de son homosexualité (ii)¹⁸⁴.

En revanche, on peut reprocher à la définition des Principes de Jogjakarta la manière dont ces deux éléments sont mis en parallèle. La formulation choisie laisse à penser que la dimension relationnelle et affective de l'orientation sexuelle est plutôt de l'ordre du ressenti, tandis que les actes concrets par lesquels elle s'exprime, limités au fait d'« *entretenir des relations intimes et sexuelles* », renvoient uniquement à la sexualité. On retombe ici dans le schéma de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : en considérant que l'orientation sexuelle se manifeste surtout à travers la sexualité (privée, intime), on occulte le fait qu'elle implique nécessairement une forme d'expression publique, liée à sa dimension relationnelle ou affective. Il s'agit de tous ces gestes banals du quotidien, comme la mention de son conjoint dans une conversation, la présence d'une photographie sur un bureau, *etc*¹⁸⁵. Comme le souligne M. KAVEY, si l'on ne douterait pas du fait que l'hétérosexualité constitue « *a pervasively public manifestation of human personality* », cela ne va pas de soi concernant l'homosexualité¹⁸⁶.

La formulation choisie par les Principes de Jogjakarta renforce cette conception tronquée. Une meilleure protection de l'orientation sexuelle dans la sphère publique passe d'abord par une redéfinition de cette dernière, afin de mettre en avant l'aspect banal et indispensable de son expression, qui n'est pas nécessairement liée à la sexualité. L'expression de l'orientation sexuelle peut d'ailleurs même avoir lieu en dehors de tout cadre relationnel ou affectif, en tant qu'elle constitue également une partie de l'identité d'un individu. Cette prise en compte de la dimension publique de l'orientation sexuelle est notre troisième élément (iii). Il est d'autant plus crucial au regard des discours populistes que nous avons analysés, et qui se fondent sur une vision de l'homosexualité comme une chose privée, qui n'a pas sa place dans la sphère publique, car fondamentalement liée à la sexualité.

Les divers éléments que nous avons ici soulignés ressortent peut-être plus clairement de la définition de l'orientation sexuelle proposée par E. HEINZE, c'est-à-dire « *real or imputed acts, preferences, lifestyles, or identities, of a sexual or affective nature, in so far as these conform to or derogate from a dominant normative-heterosexual paradigm* »¹⁸⁷. Il en découle par ailleurs un élément additionnel, à savoir le fait que l'orientation sexuelle puisse être réelle ou imputée (iv), les deux pouvant être source de préjudices¹⁸⁸.

¹⁸⁴ E. HEINZE, *op. cit.*, p. 59. Pour reprendre l'exemple de l'auteur, on peut citer l'exclusion des personnes homosexuelles de l'armée.

¹⁸⁵ M. KAVEY, *op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 300.

¹⁸⁷ E. HEINZE, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 59-60.

B. La formulation et la portée du droit à l'orientation sexuelle

Comme nous avons déjà pu le souligner, les dispositions constitutionnelles sont souvent intentionnellement vagues, pour en faciliter l'applicabilité et l'adaptabilité, sans pour autant perdre de leur efficacité. Tout l'enjeu de notre nouvelle disposition sera dès lors de ménager un tel équilibre. En gardant ceci en tête, notre objectif est de créer un droit permettant à chacun de déterminer son orientation sexuelle, mais également de l'exprimer comme il ou elle l'entend, en privé comme en public, sans pour autant être victime de discrimination, ni se voir privé d'une jouissance effective de ses droits et libertés.

En ce sens, dans un premier temps, le droit à l'orientation sexuelle amènera une série d'obligations négatives pour l'Etat, lui interdisant toute ingérence injustifiée. Il importe cependant de préciser que ce droit n'a pas pour vocation d'être un droit absolu, et pourrait donc faire l'objet de restrictions selon les conditions habituelles de légalité, légitimité et proportionnalité¹⁸⁹. Au-delà de cette obligation de non-ingérence, le droit à l'orientation sexuelle devra également impliquer une série d'obligations positives à charge de l'Etat, indispensables afin d'assurer à chacun une égalité *réelle* et une jouissance *effective* de ses droits et libertés, sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle, perçue ou vécue¹⁹⁰. Une telle injonction n'est pas rare en matière de droits fondamentaux, comme le révèle une lecture rapide des articles 22, 22*bis* et 22*ter* de la Constitution, lesquels imposent au législateur de garantir le droit qu'ils consacrent (ou sa protection). L'importance des obligations positives découle du fait qu'elles ne visent pas uniquement la relation entre l'Etat et les individus, mais impactent à terme les relations *entre individus* eux-mêmes¹⁹¹.

En s'inspirant du droit international, nous pourrions imaginer certaines obligations positives qui découleraient du droit à l'orientation sexuelle, telle qu'assurer une meilleure protection contre les actes de violence motivés par l'orientation sexuelle, interdire et lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ou encore garantir la libre expression des personnes LGB dans l'espace public¹⁹². Ces divers objectifs requièrent des mesures concrètes de la part de l'Etat, telle que la mise en place de politiques publiques visant à collecter des données (par exemple sur l'état des violences, actes discriminatoires, *etc.* visant les personnes LGB), l'élaboration de dispositifs de soutien, le lancement de campagnes de sensibilisation et de diffusion d'information, *etc.*¹⁹³. Le développement

¹⁸⁹ P. CANNOOT, *op. cit.*, pp. 287-289.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 296-297.

¹⁹¹ E. BREMS, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁹² Voy. not. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Born Free and Equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, 2^{ème} éd., New York et Genève, United Nations, 2019, p. 7.

¹⁹³ Assemblée Générale des Nations Unies, *op. cit.*, p. 20.

de l'éducation sexuelle – la question de l'EVRAS que nous avons déjà abordée – fait également partie de ces considérations.

Ces exemples illustrent à nouveau que la consécration d'un droit fondamental dans la Constitution n'est pas une fin en soi, et qu'il est crucial que le législateur assume son rôle afin d'octroyer pleine effectivité à ce nouveau droit. Il lui revient de prolonger l'œuvre constitutionnelle, en se penchant sur des questions spécifiques toujours en suspens, afin de garantir à terme les droits liés à l'orientation sexuelle dans leur ensemble.

Partant de ces considérations, nous proposons de formuler notre disposition comme suit :

« Chacun a droit au respect de son orientation sexuelle, ce qui inclut le droit de librement définir cette dernière, et de l'exprimer en privé comme en public. L'orientation sexuelle d'un individu, réelle ou perçue, ne peut être une entrave à la jouissance pleine et effective de ses droits et libertés.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la réalisation de ce droit, notamment en assurant les conditions nécessaires à la libre détermination et expression de l'orientation sexuelle, ainsi qu'en luttant contre toute forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. »

Le premier paragraphe se compose de deux phrases qui, sans définir l'orientation sexuelle, mettent en avant ses différentes facettes. Le fait d'inclure dans le droit à l'orientation sexuelle la capacité à définir et exprimer cette dernière n'a pas pour objectif d'établir de manière exhaustive ce qu'implique ce droit, mais plutôt d'en préciser le principal. D'une part, le droit pour chacun de définir sa propre orientation sexuelle renvoie aux réflexions en matière d'autonomie personnelle, et assure la nécessaire fluidité de la notion d'orientation sexuelle que nous avons soulignée, permettant d'en appréhender toutes les dimensions. D'autre part, le droit à *exprimer* cette dernière, tant dans la sphère privée que dans la sphère publique, rappelle que l'orientation sexuelle, si elle est de l'ordre du ressenti, se manifeste par des actes concrets, qui n'ont pas tous trait à la sexualité. La seconde phrase vient ensuite compléter cette précision, établissant l'objectif principal du droit à l'orientation sexuelle : assurer que tout individu bénéficie de l'entière de ses droits et libertés, peu importe son orientation sexuelle. Cette dernière peut par ailleurs être « réelle ou perçue », ce qui permet d'élargir la protection garantie par cette disposition, dès lors qu'un individu peut être préjudicié du fait de présumés¹⁹⁴.

Le second paragraphe a pour objectif d'établir des obligations positives à charge de l'Etat. Sont inclus certains exemples concrets, bien qu'il ne s'agisse à nouveau pas d'une liste exhaustive, comme en témoigne l'adverbe « notamment ». L'obligation d'assurer « *les conditions nécessaires à la libre détermination et expression de l'orientation sexuelle* » établit un lien clair avec le contenu

¹⁹⁴ E. HEINZE, *op. cit.*, p. 59.

essentiel du droit à l'orientation sexuelle tel qu'établi au paragraphe précédent¹⁹⁵, tandis que la lutte contre les discriminations permet d'inclure les avantages d'un droit à la non-discrimination visant explicitement l'orientation sexuelle, sans s'y limiter. Le choix des termes « conditions nécessaires » est volontairement large, et inclut par exemple la poursuite d'une politique en matière d'éducation sexuelle, exemple déjà cité.

SECTION 4. LE DROIT A L'ORIENTATION SEXUELLE FACE A LA CRISE DE L'ETAT DE DROIT

L'insertion d'un droit à l'orientation sexuelle dans la Constitution n'est pas une fin en soi. En sus du travail législatif qui soutiendrait cette œuvre constituante, l'amélioration de la protection des droits liés à l'orientation sexuelle nécessite des changements profonds au sein de la société, en ce compris quant aux mentalités. Il s'agit d'un travail de longue haleine. Plus encore, l'inscription d'un droit fondamental dans la Constitution n'est pas une garantie éternelle. Nous avons débuté ce chapitre en replaçant l'hostilité actuelle à l'égard des personnes LGB dans le contexte plus global de la montée des extrêmes et la remise en cause des principes de la démocratie libérale. Or, l'arrivée au pouvoir de partis populistes dans certains Etats européens a mis en exergue la fragilité de nos constitutions, posant une question fondamentale : comment assurer la survie des principes et valeurs fondatrices de nos démocraties libérales qui y sont inscrites ?

En somme, si nous avons choisi la Constitution comme vecteur d'une meilleure protection de l'orientation sexuelle, nous ne pouvons oublier que ce même instrument peut servir des intérêts diamétralement opposés. Ces dernières années, plusieurs Etats européens ont assisté à la montée au pouvoir de partis populistes ayant entrepris un véritable travail de déconstruction des garanties de la démocratie libérale – un phénomène qui fut résumé sous le terme de « crise de l'Etat de droit ». Au long de cette crise, les constitutions sont devenues un enjeu pour ces partis populistes, qui une fois au pouvoir en paralysent les garanties afin de consolider leur pouvoir¹⁹⁶. La Hongrie en est un exemple frappant : arrivé au pouvoir en 2010, le *Fidesz* s'est empressé d'introduire une dizaine d'amendements à la Constitution, avant d'en adopter une nouvelle en 2011, elle-même depuis amendée à plusieurs reprises¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ceci est inspiré de l'article 4 de la Constitution Bulgare: « *The Republic of Bulgaria [...] shall create conditions conducive to the free development of the individual* ».

¹⁹⁶ A. MERT KEJANLIOGLU, « La théorie des révisions constitutionnelles " inconstitutionnelles " : un obstacle aux dérives populistes ? », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, p. 92.

¹⁹⁷ N. CHRONOWSKI, M. VARJU, P. BARD et G. SULTYOK, « Hungary: Constitutional (R)evolution or Regression ? », in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy* (sous la dir. de A. ALBI et S. BARDUTZKY), vol. 1, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2019, pp. 1441-1442.

Comment éviter de telles dérives ? En sus des limites procédurales encadrant la révision constitutionnelle, certains Etats (l'Allemagne, la France, la Turquie, *etc.*) ont également inscrit au sein de leur Constitution des limites *matérielles*, des dispositions ou principes qui ne peuvent faire l'objet d'une révision¹⁹⁸. D'autres Etats (tels l'Inde, le Bangladesh, le Pakistan ou le Kenya), ne connaissant pas de telles limites, ont vu se développer des limites matérielles *implicites*, dégagées par la jurisprudence de leur Cour constitutionnelle¹⁹⁹. L'idée sous-jacente à ces développements est l'existence de valeurs ou de principes supra-constitutionnels, qui s'imposeraient au constituant dérivé, mais dériveraient de l'ordre constitutionnel lui-même et non d'une source extérieure²⁰⁰.

Face à la crise de l'Etat de droit et la « capture » de certaines Constitutions par des partis populistes, qui les vident de leur essence pour assoir leur autorité, la question de l'existence de telles valeurs devient particulièrement pertinente. Il n'est par conséquent pas étonnant de voir que cette question est abordée par certains auteurs Hongrois, remettant en question la validité des révisions constitutionnelles menées par le *Fidesz*²⁰¹. Dans ce débat autour du maintien des valeurs qui ont fondé nos démocraties libérales, et en sus des efforts nationaux en la matière, un autre acteur a démontré une importance grandissante : l'Union européenne. Autour de la question du respect de l'Etat de droit, celle-ci a passé la dernière décennie à se mobiliser pour défendre ses valeurs face à certains Etats membres désirant s'en éloigner.

¹⁹⁸ A. MERT KEJANLIOGLU, *op. cit.*, p. 93 et M. VERDUSSEN, « Modification constitutionnelle et justice constitutionnelle », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, p. 34.

¹⁹⁹ Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 39 & s.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 69-70.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 70. Voy. not. K. L. SCHEPPELE, « Unconstitutional Constituent Power », in *Modern Constitutions* (sous la dir. de R. M. SMITH et R. R. BEEMAN), Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2020, pp. 154-206.

CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE L'ÉTAT DE DROIT, CLE POUR GARANTIR LES DROITS LIÉS À L'ORIENTATION SEXUELLE

L'exemple de la Hongrie et de la Pologne l'a démontré, la critique par les partis populistes de la démocratie libérale n'est pas sans conséquence. S'ils accèdent au pouvoir, ces critiques se concrétisent par un démantèlement des fondements de cette démocratie, dans l'objectif de s'affranchir des limites qu'ils imposent à l'exercice du pouvoir. Or, une fois ceci fait, il devient d'autant plus aisé de remettre en question les droits liés à l'orientation sexuelle ; c'est pourquoi nous nous intéressons maintenant à la crise de l'Etat de droit. Que l'orientation sexuelle soit ou non protégée par la Constitution – y compris lorsque cette protection découle du droit à la vie privée – les droits liés à l'orientation sexuelle nécessitent que soient respectés les principes de la démocratie libérale.

Après avoir expliqué la crise de l'Etat de droit et son impact sur ces droits, nous étudierons ses implications pour l'Union européenne (section 1). Nous analyserons ensuite la réponse apportée par cette dernière à cette crise, en mettant en lumière ses failles (section 2), avant de conclure en avançant quelques pistes pour apporter une réponse plus adéquate (section 3).

SECTION 1. LA CRISE DE L'ÉTAT DE DROIT

Dès 1986, la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») proclama cette dernière comme étant plus qu'un projet économique, mais bien une « Union de droit », dont les traités constitutifs forment la charte constitutionnelle, et auxquels doivent se plier tant les Etats membres que les institutions européennes²⁰². L'importance de l'Etat de droit dans la construction européenne a depuis été affirmée et réaffirmée, jusqu'à ce qu'il soit consacré dans le Traité sur l'Union européenne comme l'une de ses valeurs fondatrices²⁰³. Pourtant, l'Etat de droit est depuis plusieurs années l'objet de débats et controverses, suite à la montée de partis populistes dans divers Etats membres.

Il nous semble nécessaire de comprendre le lien entre cette « crise de l'Etat de droit » et la remise en question des droits liés à l'orientation sexuelle. D'une part, car les atteintes au premier (mise à mal de l'indépendance judiciaire, limitation de la liberté de presse, *etc.*) ont un impact direct sur la protection des seconds (§1). D'autre part, car ce lien met en lumière les enjeux plus profonds de cette crise, notamment quant à l'identité de l'Union (§2).

²⁰² CJCE, arrêt *Les Verts / Parlement* du 23 avril 1986, C-294/83, point 23.

²⁰³ Traité sur l'Union européenne (version consolidée) (ci-après « TUE »), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, art. 2.

§1. L'impact de la crise de l'Etat de droit sur les droits liés à l'orientation sexuelle

Au niveau européen, la tendance qualifiée de « crise de l'Etat de droit », ou « *rule of law backsliding* », fut précipitée par l'arrivée au pouvoir en Hongrie du *Fidesz* (2010), suivie par la victoire du *PiS* en Pologne (2015)²⁰⁴. Dès leur élection, ces partis entreprirent de consolider leur position par un processus de « *démantèlement (backsliding) des structures de l'Etat de droit et de la démocratie libérale* »²⁰⁵. En particulier, l'indépendance judiciaire et la pluralité des médias furent rapidement mises à mal par des réformes visant, par exemple, à abaisser soudainement l'âge de départ à la retraite des juges (provoquant le départ précipité de nombre d'entre eux)²⁰⁶, à limiter les compétences de la juridiction constitutionnelle²⁰⁷, ou encore à ébranler l'indépendance et l'impartialité des autorités de régulation des médias²⁰⁸.

La Hongrie et la Pologne ne sont bien évidemment pas les seuls Etats membres de l'Union ayant assisté à une montée en puissance de partis populistes, ainsi qu'aux dérives associées, mais les événements survenus dans ces deux Etats se distinguent par leur caractère systémique et délibéré²⁰⁹. Il ne s'agit pas de violations ponctuelles des principes démocratiques ou des droits fondamentaux, mais bien d'un schéma global et intentionnel, portant sur le long terme. En ce sens, la crise de l'Etat de droit peut se définir comme un processus « *through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party* »²¹⁰.

Or, les principes liés à la démocratie libérale – l'indépendance judiciaire, le respect des droits fondamentaux, *etc.* – sont une condition nécessaire (bien que pas nécessairement suffisante) à garantir l'acceptation des personnes LGB au sein de la société²¹¹. Ce même rapport entre démocratie et droits liés à l'orientation sexuelle se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puisque c'est notamment en se fondant sur la notion de « société démocratique » et des valeurs qui la sous-tendent qu'elle dégagait de l'article 8 de la Convention une obligation positive d'établir un cadre juridique pour la reconnaissance et la protection des

²⁰⁴ L. PECH et K. L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the UE », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 4-5.

²⁰⁵ E. CARPANO, « La crise de l'Etat de droit en Europe. De quoi parle-t-on ? », *R.D.L.F.*, 2019, <https://revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/> (10 fév. 2024).

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 4-5.

²⁰⁷ Z. SZENTE, *op. cit.*, p. 460.

²⁰⁸ Commission européenne, *Rapport 2020 sur l'état de droit. Chapitre consacré à la situation de l'état de droit en Pologne*, SWD(2020) 320 final, Bruxelles, 30 septembre 2020, p. 15.

²⁰⁹ L. PECH et K. L. SCHEPPELE, *op. cit.*, pp. 11-12.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 10 (nous soulignons).

²¹¹ A. R. FLORES, M. FUENTES CARREÑO et A. SHAW, « Democratic Backsliding and LGBT Acceptance », *UCLA Williams Institute*, 2023, <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/GAI-Democracy-Sep-2023.pdf> (23 janv. 2024), p. 5.

couples de même sexe. Selon la Cour, une telle interprétation est « *en harmonie avec les valeurs de la « société démocratique » promue par la Convention, au premier rang desquels [sic] figurent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »²¹², dès lors que « *la société démocratique au sens de la Convention rejette toute stigmatisation fondée sur l'orientation sexuelle* »²¹³.

En conséquence, l'affaiblissement des fondements démocratiques a des conséquences bien réelles sur la protection des personnes LGB. Ce fut notamment le cas en Pologne, où l'introduction par le PiS d'un mécanisme d'appel extraordinaire permettant de saisir la Cour Suprême, au sein de laquelle avaient précédemment été nommés des juges favorables au parti, fut à plusieurs reprises actionné par le Ministre de la Justice ou le Procureur Général afin d'interférer dans des affaires en matière de droits liés à l'orientation sexuelle²¹⁴.

De manière analogue, la mise en place de juges fidèles au PiS au sein du Tribunal Constitutionnel permit au parti d'influencer l'ensemble des cours et tribunaux polonais, ce qui fut tristement illustré par l'affaire de l'imprimeur de Łódź. En dernière instance, la Cour Suprême polonaise avait jugé que le refus de fournir ses services à une association LGBTQIA+, au motif de ne pas vouloir contribuer à la promotion de ce mouvement, était illégal²¹⁵. Dans la foulée, le Tribunal Constitutionnel, préalablement saisi par le Procureur Général, jugea inconstitutionnelle la disposition législative ayant fondé la décision de la Cour Suprême, mettant à mal l'entièreté du régime de lutte contre la discrimination en matière de fourniture de services²¹⁶.

En dehors du pouvoir judiciaire, diverses normes limitant les libertés d'expression et de réunion ont rendu plus difficile l'accès des personnes et organisations LGBTQIA+ à l'espace public²¹⁷. En Hongrie, ces dernières furent impactées par l'adoption de lois en matière de financement des ONG, créant des contraintes injustifiées quant à leur fonctionnement²¹⁸. En Pologne, la nomination de personnalités fidèles au PiS à des postes clés en matière de gestion des médias nationaux a transformé ces derniers en réseau de propagande pour le gouvernement, permettant la diffusion de campagnes anti-LGBTQIA+, notamment dans le cadre des élections parlementaires²¹⁹.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 17 janvier 2023, §179 (nous soulignons).

²¹³ *Ibid.*, §180.

²¹⁴ A. R. FLORES, M. FUENTES CARREÑO et A. SHAW, *op. cit.*, p. 26.

²¹⁵ B. GRABOWSKA-MOROZ et A. WÓJCIK, « Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding. The case of Poland », *Intersections*, 2021, pp. 93-94.

²¹⁶ M. STAMBULSKI, « Populist Jurisprudence? Examining Selected Case Law of the Polish Constitutional Court After 2016 », *Hague J. Rule Law*, 2024, <https://doi.org/10.1007/s40803-024-00208-5> (22 janv. 2024), pp. 9-11.

²¹⁷ A. R. FLORES, M. FUENTES CARREÑO et A. SHAW, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁸ La CJUE jugea que l'une de ces lois, restreignant la possibilité de recevoir des dons étrangers, violait le droit européen : CJUE, arrêt *Commission / Hongrie (Transparence associative)* du 18 juin 2020, C-78/18. Cependant, d'autres contraintes similaires furent mises en place par la suite. Voy. Parlement Européen, *Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2021 sur les violations du droit de l'UE et des droits des citoyens LGBTIQ en Hongrie par suite de l'adoption de modifications de la législation au Parlement hongrois*, P9_TA(2021)0362, Strasbourg, 8 juillet 2021, point 16.

²¹⁹ B. GRABOWSKA-MOROZ et A. WOJCIK, *op. cit.*, p. 92.

Il existe donc un lien clair entre la protection des droits liés à l'orientation sexuelle et le démantèlement des structures de la démocratie libérale que l'on peut observer en Europe. Reste alors une question : ces dérives auraient-elles pu être limitées par une protection constitutionnelle de l'orientation sexuelle, telle que nous l'avons proposée au premier chapitre ? Rien n'est moins sûr. D'une part, car les mesures que nous avons ici citées n'avaient pas trait aux droits liés à l'orientation sexuelle en eux-mêmes, mais bien aux fondements démocratiques qui en permettent la réalisation – indépendance judiciaire, pluralisme des médias, *etc.* D'autre part, car l'expérience de la Hongrie (plus encore que la Pologne) a démontré la fragilité de la Constitution face à un pouvoir démocratiquement élu qui entend se défaire de ses garde-fous. Ayant obtenu une majorité de 2/3 au Parlement à la suite des élections de 2010, le *Fidesz* a directement entamé le processus d'adoption d'une nouvelle Loi Fondamentale, complétée de diverses lois organiques²²⁰. Ce travail de refonte constitutionnelle se poursuivit ensuite, allant jusqu'à introduire cinq amendements en un an et demi²²¹. Tant la Commission de Venise que les institutions de l'Union européenne critiquèrent ces révisions – sur le plan de la procédure et du contenu – avec un succès cependant limité²²².

En résumé, il est indispensable de répondre aux problèmes posés par la crise de l'Etat de droit si l'on entend, à terme, assurer la protection des droits liés à l'orientation sexuelle. Pour autant, enrayer cette évolution s'est révélé extrêmement difficile, et les garanties constitutionnelles classiques ne sont pas toujours suffisantes. C'est pourquoi nous nous pencherons à présent sur le soutien que peut apporter l'Union européenne, qui s'est révélée être un acteur crucial à cet égard.

§2. *Le rôle de l'Union européenne dans la crise de l'Etat de droit*

Bien que la crise de l'Etat de droit semble à première vue être un problème intrinsèquement national, les raisons justifiant l'intervention de l'Union sont de deux ordres. D'une part, les évolutions constatées au sein des Etats membres sont susceptibles de l'impacter directement (A). D'autre part, et il s'agit là du cœur de la question, la crise actuelle remet en question l'identité même de l'Union européenne, qu'elle défend en mettant en avant ses valeurs, particulièrement l'Etat de droit (B). Or, la question des droits liés à l'orientation sexuelle illustre particulièrement ce point.

²²⁰ R. COMAN, « La défense de l'Etat de droit dans l'Union européenne. Un long processus de mise à l'agenda ou comment éviter l'activation de l'article 7 », in *L'Europe au kaléidoscope. Liber Amicorum Marianne Dony* (sous la dir. de E. BRIBOSIA, N. JONCHERAY, A. NAVASARTIAN et A. WAYEMBERGH), coll. Etudes Européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 135.

²²¹ Z. SZENTE, *op. cit.*, p. 406.

²²² *Ibid.*, pp. 461-462.

A. L'impact de la crise sur le fonctionnement de l'Union

Bien que la montée des mouvements populistes ait avant tout eu lieu au niveau national, ses conséquences sur l'Union européenne sont bien concrètes.

D'une part, de tels développements au sein de ses États membres risquent de mettre en péril le principe de confiance mutuelle, pierre angulaire de la construction européenne, qui selon la CJUE « repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres [...] une série de valeurs communes »²²³. Si cette prémisse est remise en question, c'est le bon fonctionnement de l'entière du droit européen qui est mis à mal²²⁴.

D'autre part, à travers leur participation au sein des institutions européennes, des États membres ne respectant pas les valeurs de l'Union sont susceptibles d'impacter l'ensemble de la population de cette dernière²²⁵. L'Italie, où le gouvernement Meloni est résolument hostile aux droits liés à l'orientation sexuelle²²⁶, en a récemment offert une illustration, puisque le Sénat italien a émis une opinion défavorable à l'encontre d'une proposition de Règlement européen visant à établir un certificat transfrontalier de reconnaissance de filiation, qui serait également valable pour les couples de même sexe²²⁷.

L'ampleur de la montée des partis populistes s'est particulièrement illustrée lors des élections européennes de 2019, lesquelles ont vu la création d'un nouveau groupe d'extrême droite au Parlement européen, *Identity and Democracy*, composé de partis tels que la *Legha* italienne, le *FPÖ*

²²³ CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, point 168 et A. BAKARDJEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS, « Rule of Law in the EU 30 Years after the Fall of the Berlin Wall: Taking Stock and Looking Ahead », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, p. 5.

²²⁴ Ce risque fut mis en lumière dans le cadre de l'arrêt *LM*. Sur renvoi préjudiciel, un juge irlandais interrogea la CJUE sur la possibilité de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen, suite aux doutes quant à l'indépendance du système judiciaire polonais mis en lumière dans le cadre de la procédure de l'article 7 TUE. La Cour estima qu'il était question de circonstances exceptionnelles justifiant de rompre avec le principe de confiance mutuelle, permettant au juge d'évaluer si la personne concernée par le mandat d'arrêt court « un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable ». Voy. CJUE, arrêt *PPU – Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* du 25 juillet 2018, C-216/18, points 73-79 et A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT et M. TABOROWSKI, « A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines », in *Defending Checks and Balances in EU Member States* (sous la dir. de A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI et M. SCHMIDT), Berlin, Springer, 2021, pp. 392-395.

²²⁵ L. PECH et K. L. SCHEPPELE, *op. cit.*, p. 11 et I. CAMERON, « The role of the Venice commission in Strengthening the Rule of Law », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, p. 170.

²²⁶ Voy. not. X., « Figli di coppie gay (e non solo), al Senato la maggioranza bocchia il regolamento Ue. Pd e 5S: "Attacco a minori inaudito, Italia come Polonia e Ungheria" », *la Repubblica*, 14 mars 2023, https://www.repubblica.it/politica/2023/03/14/news/figli_coppie_gay_destra_voto_contro_senato-392109574/ (20 juill. 2024).

²²⁷ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM(2022) 695 final, Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, ST 8017 2023 INIT, Bruxelles, 31 mars 2023.

autrichien, l'*AfD* allemand, ou encore le *Vlaams Belang*²²⁸. En amont des élections de juin 2024, le groupe s'était dit prêt à accueillir le *Fidesz*, lequel avait précédemment quitté le *European People's Party* après que ce dernier ait modifié sa politique interne de manière à pouvoir suspendre ou exclure l'entière d'un parti en son sein²²⁹. La solution finalement retenue, au lendemain de ces élections, fut de dissoudre *Identity and Democracy*, remplacé par le nouveau *Patriots for Europe*²³⁰. Composé de 84 parlementaires, il est le troisième plus grand groupe au Parlement européen, et réunit les partis d'extrême droite de toute l'Union (*Lega, Vox, Rassemblement National, Fidesz, FPÖ, etc.*)²³¹.

L'influence des partis « illibéraux » sur le reste de la population européenne se joue par ailleurs également en dehors du Parlement Européen. Certains auteurs dénoncent un risque de « contagion », l'incapacité de l'Union européenne à endiguer le démantèlement des valeurs démocratiques dans certains de ses Etats membres pouvant en amener d'autres à suivre ce mouvement²³².

L'Union européenne a donc un intérêt concret à réagir aux évolutions survenant au sein de ses Etats membres. Cependant, au-delà de ces implications pratiques, cette crise comporte surtout un aspect axiologique, au cœur duquel se retrouve la notion d'Etat de droit.

B. L'impact de la crise sur l'identité de l'Union

Si l'Etat de droit est difficile à précisément définir, nous pouvons cependant établir qu'il renvoie à l'idée générale qu'existent des limites à l'exercice de la puissance publique, qui ne peut être arbitraire²³³. Il est au-delà difficile d'en identifier précisément le contenu, ou même les composantes exactes, puisqu'il se compose d'une série de principes, chacun renvoyant à d'autres, le tout formant une sorte de « *construction à étages* »²³⁴.

²²⁸ Identity and Democracy, *Members*, <https://www.idgroup.eu/members> (15 fév. 2024).

²²⁹ M. DE LA BAUME, « Orbán's Fidesz quits EPP group in European Parliament », *Politico*, 3 mars 2021, <https://www.politico.eu/article/epp-suspension-rules-fidesz-european-parliament-viktor-orban-hungary/> (16 fév. 2024) et K. NEUBERT, « Far-right ID group invites Orbán's Fidesz to join their ranks », *Euractiv*, 1^{er} février 2024, <https://www.euractiv.com/section/elections/news/far-right-id-group-invites-hungarys-fidesz-to-join-their-ranks/> (16 fév. 2024).

²³⁰ K. NEUBERT, « Orbán and Le Pen form new far-right group "Patriots for Europe" », *Euractiv*, 8 juillet 2024, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/orban-and-le-pen-form-new-far-right-group-patriots-for-europe/> (22 juill. 2024).

²³¹ Parlement européen, *Résultats des élections européennes 2024*, <https://results.elections.europa.eu/fr/> (22 juill. 2024) et Parlement européen, *Patriots for Europe*, <https://www.europarl.europa.eu/meps/en/search/advanced?euPoliticalGroupBodyRefNum=7150> (22 juill. 2024).

²³² P. BÁRD et D. KOCHENOV, « Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement », *Reconnect Working Papers*, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3221240 (12 juin 2024), p. 15.

²³³ L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2002, p. 661.

²³⁴ L. HEUSCHLING, « Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in *L'Etat de droit en droit international. Colloque de Bruxelles*, coll. Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2009, pp. 54-55.

Examiner plus en détail la notion d'Etat de droit irait bien au-delà de l'objet de ce mémoire, et nous nous contenterons ici de préciser que nous considérons que ce dernier comporte un double volet, formel et matériel²³⁵. L'Etat de droit ne peut se suffire de régir l'exercice de la puissance publique par l'intermédiaire de règles procédurales, il requiert également le respect de certains droits fondamentaux, et participe au maintien de la démocratie²³⁶. En d'autres termes, « *l'Etat de droit ne saurait être réduit à un simple agencement hiérarchisé des normes juridiques, sans prise en compte du contenu même de ces normes : l'Etat de droit n'est pas "l'Etat de n'importe quel droit", mais d'un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes* »²³⁷.

L'Union européenne adopte une position similaire, puisque la Commission, s'appuyant sur la jurisprudence de la CJUE, reconnaît que l'Etat de droit dispose d'un contenu tant formel que matériel, lequel permet « *d'assurer la mise en œuvre et le respect de la démocratie et des droits de l'homme* »²³⁸. Parmi les diverses valeurs consacrées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, l'Etat de droit occupe donc une place particulière, les précédant en quelque sorte²³⁹. A l'origine de la transformation de l'Union en « Union de droit », cette notion est au cœur de l'identité européenne²⁴⁰.

La centralité du concept d'Etat de droit nous permet de comprendre pourquoi l'Union européenne ne peut se contenter d'assister passivement à la dégradation de la démocratie libérale dans certains de ses Etats membres. Plus qu'un simple désaccord sur certaines questions politiques, la crise actuelle met en péril l'identité européenne. L'Union européenne est plus qu'une union économique ; elle est le symbole de valeurs partagées et d'une vision commune, développée au-fur-et-à-mesure et encore en construction. On retrouve également cette idée dans la notion de « *backsliding* », celle d'un retour en arrière dans la construction européenne, laquelle évolue (ou évoluait ?) vers la consécration de valeurs communes fondées sur le respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit. Or, les droits liés à l'orientation sexuelle étant un symbole d'une Union

²³⁵ L. HEUSCHLING, « Le regard d'un comparatiste... », *op. cit.*, p. 62. S'il subsiste des débats à ce sujet, de nombreux auteurs s'entendent pour considérer que l'Etat de droit implique certains aspects substantifs. Voy. en particulier M. FORAN, « The Rule of Good Law : Form, Substance, and Fundamental Rights », *Cambridge Law Journal*, 2019, pp. 13-20. L'auteur y démontre en quoi l'Etat de droit implique *nécessairement* le respect de certains droits fondamentaux.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 15-17.

²³⁷ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 4^e ed., coll. Clefs Politiques, Paris, Montchrestien, 2003, p. 91.

²³⁸ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit*, COM(2014) 158 final, Strasbourg, 11 mars 2014, p. 4.

²³⁹ A. PEREGO, « The European Commission and the EU Rule of Law Policy », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, p. 294.

²⁴⁰ CJCE, arrêt *Les Verts / Parlement* précité, point 23.

européenne fondée sur des valeurs telles que le pluralisme ou la tolérance, les débats qui les entourent participent à la remise en question de cette identité²⁴¹.

C'est d'abord en réaction à la résistance de nouveaux Etats membres, après l'Elargissement de 2004, que la défense des droits liés à l'orientation sexuelle est devenue un marqueur de l'identité de l'Union²⁴². Aujourd'hui, ceci s'illustre tout d'abord par le fait que le respect et la protection de ces droits soient une condition nécessaire à l'accession à l'Union européenne²⁴³, puis par la réaction des institutions européennes aux dérives liées à la crise de l'Etat de droit. Dans ce contexte, le Parlement européen a en premier déclaré que « *les droits des personnes LGBTIQ sont des droits humains* » dont il faut assurer la protection, faisant de l'Union une « *zone de liberté LGBTIQ* »²⁴⁴. Dans la foulée, la Commission européenne a établi une « *stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ* » pour la période 2020-2025²⁴⁵.

En somme, la politisation de la question des droits liés à l'orientation sexuelle au sein des Etats membres, mise en lumière au chapitre précédent, illustre aujourd'hui le rejet d'une certaine conception de l'identité européenne. Comme le soulignent P. AYOUB et D. PATERNOTTE, « *these are debates not only about national identities but also about the collective destiny of Europe and civilization. Against a cosmopolitan and open Europe, these opponents of LGBT rights articulate another vision of the region, one in which Europe relies on a sovereign collection of Christian and white nations* »²⁴⁶.

Ces débats nous interrogent sur l'avenir de l'Union européenne, en tant que projet fondé sur le respect de valeurs communes, dont l'Etat de droit est la pierre angulaire. Il est par conséquent crucial pour cette dernière d'adopter une position claire quant au respect de ses valeurs. Pourtant, les efforts mis en place durant la dernière décennie pour protéger l'Etat de droit ont été marqués par l'indécision et le manque de cohérence.

²⁴¹ K. SLOOTMAECKERS, « Constructing European Union Identity through LGBT Equality Promotion: Crises and Shifting Othering Processes in the European Union Enlargement », *Political Studies Review*, 2019, pp. 11-12 et P. AYOUB et D. PATERNOTTE, « Europe and LGBT Rights: A Conflicted Relationship », in *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics* (sous la dir. de M. BOSIA, S. M. MCEVOY et M. RAHMAN), Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 7.

²⁴² K. SLOOTMAECKERS, *op. cit.*, pp. 9-10.

²⁴³ H. FENWICK et D. FENWICK, « Fully recognizing both dignity and equality values under the emergent ECHR right to a same sex registered partnership », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de D. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 122-123 et Commission européenne, *Commission Staff Working Document – Albania 2018 Report*, SWD (2018) 151 final, Strasbourg, 17 avril 2018, p. 30.

²⁴⁴ Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 11 mars 2021 sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ*, P9_TA(2021)0089, Bruxelles, 11 mars 2021, points A et 1.

²⁴⁵ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Union de l'égalité: stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025*, COM(2020) 698 final, Bruxelles, 12 novembre 2020.

²⁴⁶ P. AYOUB et D. PATERNOTTE, *op. cit.*, p. 168.

SECTION 2. LA REACTION DE L'UNION EUROPEENNE

En tant que gardienne des traités, la Commission européenne a un rôle particulier à jouer face au non-respect par certains Etats membres des valeurs de l'Union, et c'est pourquoi nous nous concentrerons sur son action²⁴⁷. Après un tour d'horizon des divers instruments dont elle dispose, tels que systématisés dans son *Plan d'action* (§1)²⁴⁸, nous nous centrerons sur les outils qu'elle a développés afin de s'adresser aux problèmes spécifiques de la crise de l'Etat de droit (§2).

§1. La stratégie de la Commission

La réaction de la Commission fut marquée par une certaine lenteur, ainsi qu'un manque de clarté quant à sa stratégie, auxquels elle ne mit fin que tardivement. Il fallut en effet attendre 2019 pour qu'elle publie deux documents, l'un systématisant l'ensemble des (nombreux) outils à sa disposition pour protéger l'Etat de droit, l'autre établissant une stratégie quant à leur usage, fondée sur trois piliers (promotion, prévention, réaction)²⁴⁹. Bien qu'elle fut établie relativement tard par rapport au début de la crise, nous tracerons ici les grandes lignes de cette stratégie, dès lors qu'elle résume les actions entreprises par la Commission au long de ces années, ainsi que sa position actuelle.

La promotion, en premier lieu, repose sur l'implication tant d'acteurs nationaux (société civile, médias, monde universitaire, parlements, *etc.*) qu'internationaux (notamment l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et l'Organisation de coopération et de développement économiques), et vise à garantir la transparence et le partage d'informations afin de « *renforcer les connaissances et promouvoir une culture commune de l'état de droit* »²⁵⁰.

La prévention, ensuite, implique un suivi concret de la situation de l'Etat de droit dans les Etats membres afin d'empêcher, en amont, que ne survienne une situation similaire à celle qui a émergé en Hongrie et en Pologne. Ce pilier repose principalement sur le cycle d'examen de l'Etat de droit, lequel requiert l'établissement d'un dialogue entre institutions européennes et Etats membres (et donc leur coopération), et aboutit à des rapports annuels sur l'Etat de droit²⁵¹.

²⁴⁷ Commission européenne, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁸ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action*, COM(2019) 343 final, Bruxelles, 17 juillet 2019.

²⁴⁹ A. MOBERG, « Can We Expect Compliance with the Rule of Law without the Rule of Law? », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 343-344 et 350; Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil*, COM(2019) 163 final, Bruxelles, 3 avril 2019.

²⁵⁰ Commission européenne, *Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action*, *op. cit.*, p. 6.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 10-11.

Finalement, la phase de réaction vise les situations de défaillances persistantes à l'Etat de droit, et englobe les principaux outils qui furent mobilisés par la Commission à l'égard de la Hongrie et de la Pologne : l'article 7 TUE, le Cadre pour l'Etat de droit, ainsi que le recours à la procédure en manquement devant la CJUE²⁵². A ceci pourrait s'ajouter le mécanisme de conditionnalité pour l'Etat de droit, adopté par la suite sous l'impulsion de la Commission, qui permet l'adoption de mesures financières à l'égard d'Etats membres qui violeraient l'Etat de droit d'une manière risquant d'affecter le budget de l'Union²⁵³.

De manière schématique, les instruments instaurés et mobilisés par la Commission démontrent une approche plutôt *managerial* (de « gestion ») que d'*enforcement* (d' « action »)²⁵⁴. La première approche, à l'inverse de la seconde, repose sur l'idée que le non-respect par un Etat de ses obligations n'est pas un choix délibéré, mais plutôt le résultat de circonstances telles qu'un manque de clarté quant au contenu desdites obligations ou une capacité limitée à les respecter, et amène à privilégier des instruments fondés sur le dialogue et la coopération²⁵⁵. Si une telle approche est efficace pour empêcher, voire remédier à des violations ponctuelles de l'Etat de droit, elle trouve ses limites dans le cas qui fut celui de la Hongrie ou de la Pologne, où le démantèlement des structures de l'Etat de droit est le résultat d'un schéma systémique et *délibéré*²⁵⁶. C'est alors une approche d'*enforcement* qui doit prendre le relai, ce qui aurait dû être le cas grâce aux instruments du troisième pilier (« réaction ») de la stratégie de la Commission : le Cadre pour l'Etat de droit, l'article 7 TUE et les procédures en manquement. Pourtant, leur mobilisation n'amena pas les résultats espérés.

§2. Les outils mobilisés contre la crise de l'Etat de droit

Confrontée aux défaillances délibérées et systémiques de l'Etat de droit au sein de la Hongrie et de la Pologne, deux voies se sont dégagées pour l'Union européenne : l'une, plutôt politique, impliquant l'article 7 TUE et le Cadre pour l'Etat de droit (A) ; l'autre, juridictionnelle, reposant sur l'introduction de recours en manquement devant la CJUE (B).

²⁵² Commission européenne, *Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action*, op. cit., pp. 15-16.

²⁵³ N. KIRST, « Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union? », *European Papers*, 2021, pp. 106-107 et Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, *J.O.U.E.*, L 4331, 22 décembre 2020, p. 1, art. 4.

²⁵⁴ S. PRIEBUS, « The Commission's Approach to Rule of Law Backsliding: Managing Instead of Enforcing Democratic Values? », *Journal of Common Market Studies*, 2022, p. 1693.

²⁵⁵ A. MOBERG, op. cit., pp. 346-347.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 363-364.

A. La voie politique – L'article 7 TUE et le Cadre pour l'Etat de droit

Lorsque les valeurs de l'Union furent consacrées au sein du Traité sur l'Union européenne, un mécanisme fut par le même temps instauré afin d'en garantir le respect. Il s'agit aujourd'hui de l'article 7 TUE, qui établit deux procédures, permettant de constater au sein d'un Etat membre soit un « *risque clair de violation grave* », soit une « *violation grave et persistante* » des valeurs de l'Union²⁵⁷. Le constat d'une violation avérée permet l'adoption de sanctions à l'égard de l'Etat concerné, à travers la suspension de « *certaines des droits découlant de l'application des traités [...] y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil* »²⁵⁸. Bien que cet article ait été introduit spécifiquement dans l'éventualité du non-respect par un Etat membre des valeurs de l'Union, sa mise en œuvre en révéla diverses faiblesses.

Son caractère vague, tout d'abord, puisqu'il se contente d'indiquer quelles institutions sont compétentes, ainsi que de préciser que l'Etat membre concerné devra être entendu en amont de toute constatation. A défaut de précisions supplémentaires quant à la procédure, de nombreuses questions restent en suspens : le constat d'un risque de violation est-il une précondition à celui d'une violation avérée²⁵⁹ ? Quelles sont les modalités des auditions de l'Etat membre concerné ? Les termes choisis (un risque « *clair* », une violation « *grave* ») sont également sujets à interprétation et octroient aux institutions européennes une marge de manœuvre importante, de même que la sanction potentielle, qui ne précise pas quels droits sont susceptibles d'être suspendus²⁶⁰. Les majorités requises, enfin, rendent difficile le constat d'un risque de violation des valeurs de l'Union (qui nécessite le soutien des quatre cinquièmes du Conseil), voire impossible celui d'une violation avérée (le Conseil européen devant alors statuer à l'unanimité)²⁶¹.

En conséquence, alors que la Hongrie et la Pologne défiaient déjà les valeurs européennes, l'Union fut longtemps réticente à activer l'article 7 TUE à leur égard, lequel se vit attribuer la réputation d'« *option nucléaire* »²⁶². Ceci mena la Commission à introduire le Cadre pour l'Etat de droit, destiné à établir une procédure informelle précédant le déclenchement dudit article dans le cas de

²⁵⁷ TUE, art. 7, §§1-2. Selon cet article, le risque de violation des valeurs de l'Union peut être constaté par le Conseil (à majorité de 4/5) avec l'approbation du Parlement européen, sur proposition d'un tiers des Etats membres, du Parlement ou de la Commission européenne ; l'existence d'un risque avéré, lui, ne peut être déclarée que par le Conseil européen (à l'unanimité) avec approbation du Parlement, sur proposition d'un tiers des Etats membres ou de la Commission.

²⁵⁸ TUE, art. 7, §3.

²⁵⁹ L. CSINK, « Rule of Law in Hungary : What can law and politics do? », in *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism* (sous la dir. de T. DRINOCZI et A. BIEN-KACALA), coll. Comparative Constitutional Change, New York, Routledge, 2020, p. 167.

²⁶⁰ R. BARATTA, « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, p. 86.

²⁶¹ TUE, art. 7, §§1-2.

²⁶² J. M. BARROSO, *Discours sur l'état de l'Union 2012. Session plénière du Parlement européen*, SPEECH/12/596, Strasbourg, 12 septembre 2012, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596 (10 juil. 2024) et E. DE CAPITANI, « La protection et promotion des valeurs de l'Union européenne, onze ans après Lisbonne », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, p. 24.

menaces systémiques à l'Etat de droit²⁶³. Il vise à engager un dialogue, sur base d'une évaluation concrète de la situation et de recommandations de la Commission²⁶⁴. Conçu pour tenter d'enrayer la dégradation de l'Etat de droit dans certains Etats membres, et ainsi éviter le déclenchement de l'article 7 TUE, le Cadre pour l'Etat de droit ne fut cependant pas en mesure de répondre à ses promesses, notamment à cause de son application tardive. Adopté en 2014, il ne fut activé qu'en 2016 à l'encontre de la Pologne. Or, dès lors que ce mécanisme repose sur la coopération de l'Etat membre concerné, il était à ce moment déjà trop tard que pour espérer qu'il puisse porter ses fruits²⁶⁵.

L'article 7 TUE fut finalement enclenché en 2017 puis 2018, afin de constater un risque de violation des valeurs européennes en Pologne puis en Hongrie²⁶⁶. Il ne donna toutefois lieu qu'à une série de dialogues menés par le Conseil, qui n'ont pas abouti à de réels progrès faute de coopération de la part des Etats membres concernés²⁶⁷. En somme, l'article 7 TUE s'est révélé être un instrument prône à être influencé par des considérations politiques, diminuant son efficacité.

B. La voie juridictionnelle – La procédure en manquement

A partir de 2014, la Commission initia une série de procédures en manquement à l'égard de la Hongrie et de la Pologne, visant des violations du droit de l'Union en lien avec le non-respect de l'Etat de droit (indépendance judiciaire, situation migratoire, financement d'ONGs, liberté académique, *etc.*)²⁶⁸. Cependant, au regard des doutes quant à la justiciabilité de l'article 2 TUE, celui-ci n'a à ce jour été invoqué qu'à titre auxiliaire, les divers recours susmentionnés ayant été fondés sur des violations d'autres dispositions de droit européen²⁶⁹.

Un nombre important de ces arrêts eu trait au système judiciaire, se concentrant progressivement sur le respect de son indépendance. Le premier recours en manquement initié par la Commission, à l'encontre de la Hongrie, visait une mesure ayant soudainement abaissé l'âge de la retraite des juges ordinaires, provoquant le départ anticipé de nombre d'entre eux²⁷⁰. Si la CJUE conclut dans le sens

²⁶³ A. J. KUMIN, « Global Activities and Current Initiatives in the Union to Strengthen the Rule of Law – State of Play », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern studies in European law, Portland, Hart, 2016, p. 218 et Commission européenne, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, *op. cit.*, p. 7.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁶⁵ A. MOBERG, *op. cit.*, p. 363.

²⁶⁶ A. PEREGO, *op. cit.*, pp. 298-300.

²⁶⁷ M. BONELLI et M. CLAES, « The Rule of Law and the Constitutionalisation of the European Union », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern Studies in European Law, Portland, Hart, 2016, p. 285.

²⁶⁸ R. MAVROULI et A. VAN WAAYENBERGE, « EU Responses to the Democratic Deficit and the Rule of Law Crisis: Is It Time for a (New) European Exceptionalism? », *Hague J. Rule Law*, 2023, p. 420.

²⁶⁹ L. D. SPIEKER, « Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis », *German Law Journal*, 2019, p. 1200 et M. BONELLI et M. CLAES, « Crossing the Rubicon ? the Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, p. 7.

²⁷⁰ A. PEREGO, *op. cit.*, p. 301.

de la Commission, ce fut toutefois sur base d'une violation du droit européen en matière de non-discrimination fondée sur l'âge, et non de l'impact de la mesure sur l'indépendance judiciaire²⁷¹.

Ce n'est qu'ensuite que la jurisprudence de la Cour évolua, menant à une forme de judiciarisation progressive de l'Etat de droit par l'intermédiaire de l'indépendance judiciaire, sous l'impulsion d'un arrêt concernant le Portugal²⁷². Interrogée sur la compatibilité avec le droit européen de mesures de réduction de salaire visant les services publics et, partant, le pouvoir judiciaire, la Cour de Justice saisit l'occasion pour innover sa jurisprudence²⁷³. Elle établit ainsi que l'article 19 TUE, au terme duquel les Etats membres doivent garantir une protection juridictionnelle effective²⁷⁴, « *concrétise la valeur de l'Etat de droit affirmée à l'article 2 TUE* »²⁷⁵.

Au fil des années, d'autres arrêts furent délivrés dans la lignée de cette jurisprudence²⁷⁶. L'une de ces affaires, concernant une loi polonaise ayant abaissé l'âge de départ à la retraite des juges, fit écho au premier recours intenté par la Hongrie. Cette fois pourtant, la décision de la Cour fut notamment fondée sur l'article 19 TUE, avec référence à l'article 2 TUE²⁷⁷. Certains juges nationaux se saisirent également de cette opportunité pour saisir la Cour de Justice par renvoi préjudiciel, l'interrogeant quant à l'indépendance de certaines chambres de la Cour Suprême polonaise, ou quant à la possibilité de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen délivré par la Pologne du fait de doutes relatifs à l'indépendance de son pouvoir judiciaire²⁷⁸.

Le recours à l'article 19 TUE permet donc d'amener devant la CJUE, quoique de manière indirecte, certaines atteintes à l'Etat de droit. Cette stratégie n'est cependant applicable qu'aux cas touchant à l'indépendance judiciaire, occultant les nombreux autres aspects de l'Etat de droit, particulièrement ceux liés à son volet matériel. D'autres arrêts furent rendus en ce sens (notamment

²⁷¹ CJUE, arrêt *Commission / Hongrie* du 6 novembre 2012, C-286/12, points 54 à 59. L'impact de la mesure sur l'indépendance judiciaire n'est abordée qu'en surface, afin d'évaluer la pertinence de la justification avancée par la Hongrie selon laquelle ladite mesure visait à améliorer la qualité du système judiciaire par l'arrivée de juges plus jeunes.

²⁷² F. PERALDI LENEUF, « Le respect par l'Union de ses propres valeurs : comment assurer la crédibilité de l'union de droit ? », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, p. 144 et CJUE, arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* du 27 février 2018, C-64/16.

²⁷³ M. SCHMIDT et P. BOGDANOWICZ, « The Infringement Procedure In The Rule Of Law Crisis: How To Make Effective Use Of Article 258 TFEU », *Common Market Law Review*, 2018, p. 1097.

²⁷⁴ TUE, art. 19(1).

²⁷⁵ CJUE, arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* précité, point 32.

²⁷⁶ A. PEREGO, *op. cit.*, pp. 302-304. Voy. not. CJUE, arrêt *Commission européenne / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)* du 24 juin 2019, C-619/18 ; CJUE, arrêt *Commission / Pologne (Régime disciplinaire des juges)* du 15 juillet 2021, C-791/19 et CJUE, arrêt *Commission / Pologne* du 5 juin 2023, C-204/21.

²⁷⁷ CJUE, arrêt *Commission européenne / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)* du 5 novembre 2019, C-192/18, points 98 à 136.

²⁷⁸ Voy. CJUE, arrêt *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour Suprême)* du 19 novembre 2019, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18 et CJUE, arrêt *PPU – Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* précité.

quant à la liberté d'enseignement ou aux conditions de financement d'organisations de la société civile), mais ils sont moins nombreux, et surtout sans référence à l'article 2 TUE²⁷⁹.

La procédure de recours en manquement aurait-elle trouvé ses limites ? Rien n'est moins sûr, et il semblerait que la Commission européenne ait récemment décidé d'aller plus loin, et de pallier les défauts de la stratégie reposant sur l'article 19 TUE. Si jusqu'alors l'article 2 TUE n'avait jamais été invoqué pour fonder directement un recours en manquement, c'est désormais chose faite²⁸⁰.

Pour la première fois en juillet 2021, la Commission initia un recours à l'encontre de la Hongrie, dénonçant sa loi interdisant ou limitant l'accès des mineurs aux contenus LGBTQIA+, dont l'un des moyens porte sur une violation *directe* de l'article 2 TUE²⁸¹. Il fut suivi de l'introduction d'une procédure à l'encontre de la Pologne en juin 2023, visant une loi ayant établi un Comité spécial chargé d'examiner l'étendue de l'influence Russe sur la sécurité nationale polonaise, qui violerait notamment le principe de démocratie contenu en l'article 2 TUE²⁸². Finalement, en février 2024, la Commission a annoncé avoir engagé une troisième procédure, contre la Hongrie, considérant que sa loi sur la défense de la souveraineté viole notamment « *les valeurs démocratiques de l'Union* »²⁸³. Aucun communiqué de presse n'a confirmé le fait que cette dernière procédure soit également directement fondée sur l'article 2 TUE, mais les mots choisis par la Commission laissent entendre une telle possibilité.

Il semblerait dès lors que la Commission soit prête à user de la procédure en manquement afin de défendre plus directement les valeurs de l'Union. Le choix d'invoquer l'article 2 TUE de manière autonome pour la première fois en invoquant le non-respect des droits liés à l'orientation sexuelle comme contraire auxdites valeurs est particulièrement frappant, et controversé : non seulement s'agit-il d'une question assez sensible, mais il faut également admettre que d'autres dispositions de droit européen auraient suffi à fonder ce recours²⁸⁴. Si l'on considère en revanche que la Commission a entendu envoyer un signal fort quant à sa volonté de défendre les valeurs de l'Union, en ce compris

²⁷⁹ Voyez p. ex. CJUE, arrêt *Commission / Hongrie (Enseignement supérieur)* du 6 octobre 2020, C-66/18 et CJUE, arrêt *Commission / Hongrie (Transparence associative)* précité. Aucun de ces arrêts ne mentionne l'article 2 TUE ; tout au plus le second précise-t-il que l'Union est « fondée sur des valeurs communes » (point 70).

²⁸⁰ M. BONELLI et M. CLAES, « Crossing the Rubicon ?... », *op. cit.*, pp. 6 et 12.

²⁸¹ CJUE, affaire *Commission européenne / Hongrie* (pendante), C-769/22, Conclusions. A l'origine, la Commission avait intenté une procédure similaire à l'encontre de la Pologne, visant son manque de réaction face aux zones « anti-LGBT », qui fut par la suite abandonnée. Voy. Commission européenne, *Valeurs fondatrices de l'UE : la Commission ouvre des procédures contre la Hongrie et la Pologne pour violation des droits fondamentaux des personnes LGBTQIA*, Bruxelles, 15 juillet 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3668 (12 avril 2024) et ILGA Europe, *op. cit.*, p. 114.

²⁸² Commission européenne, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against POLAND for violating EU law with the new law establishing a special committee*, Bruxelles, 8 juin 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3134 (25 avril 2024).

²⁸³ Commission européenne, *Procédures d'infraction du mois de février : principales décisions*, Bruxelles, 6 février 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf_24_301 (25 avril 2024).

²⁸⁴ M. BONELLI et M. CLAES, « Crossing the Rubicon ?... », *op. cit.* pp. 9-10.

dans leurs aspects plus controversés, ce choix prend sens. L'un des défauts de ces valeurs est l'incertitude relative à leur contenu, qui permet d'en contester certains aspects. C'est typiquement le cas des droits liés à l'orientation sexuelle. Bien qu'une décision de la Cour de Justice en ce sens puisse clarifier et renforcer le lien entre ces derniers et les valeurs de l'Union, il faut être conscient du risque inhérent à cette stratégie, qui amène la Cour sur un terrain plutôt délicat, et pourrait heurter sa légitimité et son autorité²⁸⁵.

Un tel usage de la procédure en manquement est sans aucun doute un élément indispensable de la stratégie de la Commission dans la défense des valeurs de l'Union, mais il ne faut pour autant pas délaissier d'autres solutions. En particulier, il ne faut pas oublier que l'action de la Cour de Justice, bien qu'importante, n'est jamais que réactive. Répondre à la crise de l'Etat de droit requiert des changements plus en profondeur, en ce compris au sein de l'Union européenne elle-même.

SECTION 3. VERS UNE PROTECTION PLUS EFFICACE DES VALEURS DE L'UNION EUROPEENNE

La crise de l'Etat de droit est plus qu'un désaccord entre l'Union et certains de ses Etats membres. En remettant en question les valeurs fondatrices de cette dernière, elle menace son identité même. Or, la fragilité de ces valeurs découle en partie de la manière dont elles ont été consacrées, car elles n'ont pas su trouver une place à la hauteur de leur importance dans la construction européenne (§1). Ce n'est qu'en clarifiant leur contenu et leur rôle, en particulier l'Etat de droit, que nous pourrions dégager une solution à long terme (§2).

§1. La crise de l'Etat de droit, une crise de valeurs

Les valeurs de l'Union sont au cœur de la crise de l'Etat de droit, et pourtant les mécanismes établis pour leur protection n'ont pas rempli leur rôle cette dernière décennie (A). Or, cet écart entre leur importance dans le projet européen et leur vulnérabilité découle directement de la manière dont elles ont été consacrées (B).

A. Comprendre les enjeux de la crise de l'Etat de droit

Une dizaine d'années après le début de la crise de l'Etat de droit, le bilan de la réaction de l'Union est plutôt mitigé. Certes, la Pologne semble être sur le chemin d'une « redémocratisation », bien qu'elle ne s'annonce pas aisée²⁸⁶. En revanche, la situation en Hongrie ne s'est pas améliorée, et le

²⁸⁵ M. BONELLI et M. CLAES, « Crossing the Rubicon ?... », *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁶ T. T. KONCEWICZ, « On Rebuilding and... Keeping the Rule of Law », *Verfassungsblog*, 2024, <https://verfassungsblog.de/keeping-the-rule-of-law/> (6 juil. 2024).

résultat des élections européennes de juin 2024 démontre une hausse générale des partis populistes d'extrême droite²⁸⁷. Ne s'adressant pas aux raisons profondes de la crise actuelle, la stratégie de l'Union n'a pas su réellement l'enrayer.

Comme nous l'avons indiqué au début de ce chapitre, la crise de l'Etat de droit interroge l'identité de l'Union. Y répondre adéquatement requiert donc de comprendre *comment* cette identité a pu être mise à mal. Au cœur de cette question se trouvent les valeurs de l'Union : cette crise est née d'une confrontation entre celles-ci, et l'image de l'Union qu'elles sous-tendent, avec la vision alternative présentée par les mouvements populistes²⁸⁸. La crise de l'Etat de droit est essentiellement une crise d'identité, de valeurs. Or, si l'Union a fréquemment invoqué ces dernières durant la décennie écoulée, ce fut trop souvent de manière auxiliaire. Le recours à l'article 7 TUE, qui aurait permis de mobiliser *directement* ces valeurs, fut un échec. Les procédures en manquement que nous avons brièvement retracées ne firent jusque récemment que timidement référence à l'Etat de droit, et uniquement face à des questions touchant à l'indépendance judiciaire.

Ce qui transparait ici est l'ambivalence qui caractérise les valeurs de l'Union depuis leur origine : alors qu'elles sont le socle ayant permis la transformation de l'Union d'une organisation économique à une entité unique en son genre à la vocation bien plus large, elles n'ont pas bénéficié d'une consécration et, surtout, d'une *protection* à la hauteur de leur importance²⁸⁹. A l'inverse, leur implémentation fut le plus souvent contingente aux événements ayant échelonné le développement de l'Union, sans projet cohérent²⁹⁰. Pour reprendre les termes de P. BARD et D. KOCHENOV, « *Europe's structural constitutional vulnerability stretches far beyond enforcement issues per se [...] it is rooted in the discrepancies between the EU's proclaimed constitutional structure [...] and the reality marking the development of EU integration* »²⁹¹. Comprendre les raisons profondes de la crise de l'Etat de droit requiert de reconnaître la fragilité de ces valeurs, laquelle trouve sa source dans la manière dont elles ont été consacrées.

²⁸⁷ A ce jour, la Hongrie est toujours désignée comme « partiellement libre » par *Freedom House*. Voy. *Freedom House, Hungary*, <https://freedomhouse.org/country/hungary/freedom-world/2024> (8 juil. 2024). Quant au Parlement européen, pour une comparaison des résultats des élections de 2019 et de 2024, voy. Parlement européen, *Résultats des élections – Outil de comparaison*, <https://results.elections.europa.eu/fr/outils/outil-de-comparaison/> (8 juil. 2024).

²⁸⁸ J. NERGELIUS, « Why the Rule of Law Can Never be Part of an 'Illiberal' Democracy », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. *Swedish Studies in European Law*, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 75-76.

²⁸⁹ P. BARD et D. KOCHENOV, *op. cit.*, pp. 18 et 22 et E. DE CAPITANI, *op. cit.*, p. 15.

²⁹⁰ A. WILLIAMS, « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, p. 563.

²⁹¹ P. BARD et D. KOCHENOV, *op. cit.*, p. 18.

B. La consécration (insuffisante) des valeurs de l'Union

Malgré son ambition de créer une « *union sans cesse plus étroite* », le traité de Rome ne fit nulle mention de valeurs fondatrices²⁹². C'est en premier à travers la jurisprudence de la CJUE que celles-ci firent leur apparition, souvent de manière instrumentale²⁹³. Les droits de l'homme, par exemple, furent à l'origine incorporés afin d'éviter les conflits avec le droit national, lesquels auraient mis en péril le principe de primauté du droit européen nouvellement établi²⁹⁴. De même, la consécration de l'Etat de droit a trouvé ses prémises dans des arrêts tels que *Costa c. ENEL* ou *Van Gend en Loos*, qui établirent la primauté et l'applicabilité directe du droit européen²⁹⁵. L'évolution initiale des valeurs de l'Union fut dès lors caractérisée par une approche minimaliste, instrumentaliste, visant principalement à garantir la suprématie du droit européen²⁹⁶.

Le renforcement des valeurs de l'Union, et leur consécration au sein des traités européens, vint avec l'Elargissement vers les pays d'Europe Centrale et de l'Est. En préparation à leur accession à l'Union, le Traité d'Amsterdam introduisit ce qui sont aujourd'hui les articles 2, 7 et 49 TUE, ce dernier imposant aux Etats candidats de respecter les valeurs de l'Union²⁹⁷. Cependant, le parallélisme quant au respect des valeurs pré- et post-accession ne fut pas parfaitement assuré²⁹⁸. Alors que les mécanismes établis à l'égard des Etats candidats sont particulièrement efficaces, notamment car ils conditionnent l'accès à l'Union, on ne peut en dire autant de l'article 7 TUE²⁹⁹.

Le manque d'alternatives à ce dernier fut mis en lumière au début des années 2000, lorsque la formation d'un gouvernement d'extrême droite en Autriche provoqua une levée de bouclier de la part des autres Etats membres, qui se résolurent à user de mesures en dehors de tout cadre légal³⁰⁰. L'affaire Haider, du nom donné à cet épisode, ne mena pour autant qu'à une modification de l'article 7 TUE, afin d'en faciliter la mise en œuvre³⁰¹. Une dizaine d'années plus tard, l'absence de mécanismes intermédiaires était toujours dénoncée : « *N'y-t-il pas lieu de s'inquiéter des dérives*

²⁹² Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180, Préambule et S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*, coll. Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 565.

²⁹³ M. SMITH, « Staring Into the Abyss: A Crisis of the Rule of Law in the EU », *European Law Journal*, 2019, p. 565.

²⁹⁴ A. WILLIAMS, « Taking Values Seriously... », *op. cit.*, pp. 564-565.

²⁹⁵ M. BONELLI et M. CLAES, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 270 et A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, « The Eastward Enlargement as a Driving Force and Testbed for Rule of Law Policy in the EU », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 185-186.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 186.

²⁹⁷ A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS, *op. cit.*, pp. 6-8 et M. BONELLI et M. CLAES, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 276.

²⁹⁸ W. SCHROEDER, « The European Union and the Rule of Law – State of Affairs and Ways of Strengthening », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern Studies in European Law, Oxford et Portland, Hart, 2016, p. 4.

²⁹⁹ *Ibid.* et A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, *op. cit.*, p. 190.

³⁰⁰ A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS, *op. cit.*, p. 32.

³⁰¹ M. SMITH, *op. cit.*, p. 569.

éventuelles de certains Etats que les procédures de l'article 7 UE ne parviendraient pas à endiguer faute d'obtenir un soutien politique suffisant des membres de l'UE ? »³⁰².

En somme, la consécration des valeurs inscrites à l'article 2 TUE comme piliers de la construction européenne ne fut pas accompagnée d'un réel renforcement de leur rôle dans le fonctionnement quotidien de cette dernière³⁰³. Plutôt que de former la trame d'un projet cohérent, elles furent le plus souvent invoquées par la Cour de Justice de manière à légitimer l'action de l'Union, dans l'optique d'assurer le bon fonctionnement du droit européen, « *in such a way that leaves them at best ill-defined and at worst ancillary, contingent and frequently incoherent* »³⁰⁴.

Le manque de clarté des valeurs de l'Union, tant quant à leur contenu qu'à leur rôle, et l'absence de mécanismes en assurant le respect, sont au cœur de la crise de l'Etat de droit. Leur ambiguïté permet de contester l'identité européenne, dont elles sont le socle. L'incertitude quant à la place des valeurs dans l'ordre juridique européen et la manière d'en assurer le respect a laissé l'Union démunie, la menant à privilégier les instruments de dialogue et de coopération que nous avons présentés auparavant³⁰⁵. Quant aux mécanismes plus contraignants, telles les procédures en manquement, à défaut d'être fondés directement sur les valeurs de l'Union, ils n'ont permis de cibler que certains aspects *spécifiques* de la crise de l'Etat de droit, au gré des dispositions de droit secondaire applicables. Les questions en périphérie de cette crise – notamment celle du respect des droits liés à l'orientation sexuelle – sont restées, elles, sans réponse.

Il est aujourd'hui nécessaire de penser à une refonte plus en profondeur de l'Union, qui clarifierait le contenu *et* le rôle de ses valeurs, les intégrant de manière transversale dans l'ensemble de l'ordre juridique européen³⁰⁶.

§2. Renforcer le rôle des valeurs de l'Union

Répondre adéquatement à la crise actuelle requiert de faire des valeurs de l'Union ce qu'elles sont réellement, à savoir un objectif général devant infuser et guider l'ensemble de sa politique³⁰⁷.

³⁰² M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La vertu constituante de l'Union européenne : la promotion des principes de l'Etat de droit », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin* (sous la dir. de J.-C. MASCLÉ, H. RUIZ FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES), Paris, Pedone, 2010, p. 51.

³⁰³ P. BÁRD et D. KOCHENOV, *op. cit.*, p. 22.

³⁰⁴ A. WILLIAMS, *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, coll. Studies in European Law and Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 262.

³⁰⁵ Sur les débats ayant entouré la différence dans la compétence de l'Union à faire respecter ses valeurs, par rapport à sa compétence pour faire respecter l'*acquis* européen, voy. not. D. KOCHENOV, « The *Acquis* and Its Principles: The Enforcement of the "Law" versus the Enforcement of "Values" in the EU », in *The enforcement of EU law and values: methods to achieve compliance* (sous la dir. de A. JAKAB et D. KOCHENOV), Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 9-12.

³⁰⁶ P. BÁRD et D. KOCHENOV, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁷ A. WILLIAMS, « Taking Values Seriously... », *op. cit.*, p. 559.

Au regard de la place spécifique qu'occupe l'Etat de droit parmi ces valeurs, il nous semble adéquat de nous pencher en premier sur celui-ci. C'est après tout par ce biais que tout a commencé, à travers la proclamation de l'Union comme « Union de droit ».

La première étape en ce sens serait de clarifier la notion de l'Etat de droit. Depuis le début de la crise, de nombreux efforts ont été fait en ce sens par les institutions européennes, notamment à travers le Cadre pour l'Etat de droit de la Commission et le Règlement 2020/2092 ayant instauré le mécanisme de conditionnalité lié à l'Etat de droit³⁰⁸. Ce manque de clarté a donc été en partie résolu, de sorte que l'on peut aujourd'hui identifier les éléments principaux de l'Etat de droit tel qu'il est conçu au niveau européen³⁰⁹. Quoi qu'il en soit, cette notion reste à ce jour contestée, et l'Union pourrait en conséquent bénéficier d'en préciser d'avantage le contenu³¹⁰.

A cet égard, il est évident que l'Union ne peut imposer à l'ensemble de ses Etats membres sa propre compréhension de l'Etat de droit, qui reste un concept aux définitions multiples³¹¹. Cette difficulté à cerner ce concept ne doit cependant pas être conçue comme un obstacle, mais au contraire rend d'autant plus nécessaire une telle clarification. Pour autant, l'objectif n'est pas d'amener à une harmonisation parfaite de cette notion entre les divers Etats membres, mais plutôt d'établir un standard minimum européen, de créer une forme de culture de l'Etat de droit qu'ils partageraient³¹². Au-delà, son contenu exact varie d'un Etat à un autre, ce que la Commission elle-même admet³¹³.

La seconde étape consisterait à renforcer les mécanismes visant spécifiquement à garantir le respect de l'Etat de droit. En ce sens, les divers instruments de dialogue et de surveillance développés par la Commission, tel que le cycle d'examen de l'Etat de droit, doivent continuer à être appliqués, et renforcés³¹⁴. Ceux-ci nécessitent maintenant de s'accompagner de mesures plus contraignantes, aptes à assurer le respect des valeurs de l'Union même à l'égard d'Etats membres récalcitrants³¹⁵.

Une première solution en ce sens pourrait consister en une modification des traités, afin d'établir sans plus de doute la justiciabilité de l'article 2 TUE³¹⁶. Cette idée reste d'actualité, malgré les

³⁰⁸ Commission européenne, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, *op. cit.* et Règlement 2020/2092 précité, art. 2(a).

³⁰⁹ L. PECH, « The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law », *Hague J. Rule Law*, 2022, pp. 116 et 121.

³¹⁰ M. SKÓRA, « How to Improve the EU's Rule of Law Toolbox », *Friederich Ebert Stiftung Policy Paper*, 2023, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/20380.pdf> (12 juil. 2024), p. 7.

³¹¹ M. BONELLI et M. CLAES, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 288.

³¹² *Ibid.*, p. 289 et W. SCHROEDER, « The European Union and the Rule of Law... », *op. cit.*, p. 11.

³¹³ Commission européenne, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, *op. cit.*, p. 4.

³¹⁴ Il s'agit des instruments repris aux piliers « promotion » et « prévention » du *Plan d'action* de la Commission (voy. *supra*, pp. 47-48). Par ailleurs, l'effectivité de ces instruments dépend de la qualité de leur application, qui se doit particulièrement d'être constante, transparente et impartiale. Voy. A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS, *op. cit.*, p. 25.

³¹⁵ D. KOCHENOV, *op. cit.*, p. 26.

³¹⁶ F. PERALDI LENEUF, *op. cit.*, p. 149. Il serait en l'occurrence question d'une révision des articles 258 et 259 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union.

récents recours en manquements introduits par la Commission qui invoquent cet article comme base juridique autonome³¹⁷. En effet, l'un des risques de cette stratégie est de mettre à mal la légitimité de la CJUE, qui est de ce fait dans la position difficile de devoir trancher la question de la justiciabilité de l'article 2 TUE³¹⁸. La confirmation de cette possibilité par une modification des traités serait dès lors bienvenue. Une autre solution consisterait à modifier l'article 7 TUE, afin de pallier ses défauts, tels que relevés au-fur-et-à-mesure des dernières années. Certaines pistes d'amélioration incluent la modification des majorités requises pour l'enclencher – particulièrement l'unanimité nécessaire au constat d'une violation avérée des valeurs de l'Union – ou encore une clarification de la procédure d'audition³¹⁹.

La faiblesse de ces deux solutions réside dans le fait qu'elles impliquent une modification des traités fondateurs de l'Union. Au regard des tensions actuelles en Europe, mises en lumière par le résultat des élections européennes de juin 2024, il est peu probable de rassembler le soutien nécessaire à cette fin³²⁰. En revanche, l'adoption de mécanismes alternatifs à l'article 7 TUE reste possible par l'intermédiaire du droit secondaire, ce qui fut notamment le cas avec l'adoption du Règlement 2020/2092 précité. A l'occasion de recours intentés à l'encontre de ce règlement par la Hongrie et la Pologne, la Cour de Justice a eu l'occasion de préciser que l'Union doit être à même de défendre ses valeurs – dans les limites de ses compétences – et que l'existence de l'article 7 TUE n'empêche aucunement la mise en place de mécanismes alternatifs visant à garantir l'Etat de droit³²¹.

Le recours au droit secondaire est finalement notre troisième étape – et peut-être la plus cruciale. Partant de l'obligation qui lui incombe de promouvoir ses valeurs³²², l'Union pourrait « *systematically [incorporate] rule-of-law considerations into all its policies to actively promote, realise and sustain the rule of law* »³²³. Si elle ne peut réaliser cette obligation qu'en se fondant sur les compétences qui lui sont déjà attribuées, force est de constater qu'elle dispose déjà de telles compétences dans de nombreux domaines qui concrétisent certains aspects de l'Etat de droit³²⁴.

³¹⁷ Voy. *supra*, p. 52.

³¹⁸ M. BONELLI et M. CLAES, « Crossing the Rubicon ?... », *op. cit.*, p. 12.

³¹⁹ M. SKORA et Y. ALBRECHT, « RESILIO Toolbox », *Institut für Europäische Politik*, Berlin, 2024, https://iep-berlin.de/site/assets/files/3756/iep_resilio_toolbox_final.pdf (12 juil. 2024), p. 3.

³²⁰ Il ressort en effet de l'article 48 (4) TUE que la procédure ordinaire de révision des traités (ici applicable) requiert, *in fine*, l'accord de l'ensemble des Etats membres. D'une part, les modifications doivent être adoptées par consensus au sein de la Conférence des représentants des gouvernements des États membres ; d'autre part, elles n'entrent en vigueur qu'une fois ratifiées par l'ensemble de ces derniers.

³²¹ Arrêt *Pologne / Parlement et Conseil* du 16 février 2022, C-157/21, points 145 et 199 et CJUE, arrêt *Hongrie / Parlement et Conseil* du 16 février 2022, C-156/21, points 127 et 163.

³²² TUE, art. 3(1).

³²³ W. SCHROEDER, « The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU », *Hague J. Rule Law*, 2023, p. 3 et TUE, art. 3(1).

³²⁴ TUE, art. 3(6).

Par exemple, la sécurité juridique et l'accès à des juridictions indépendantes et impartiales font partie des principes découlant de l'Etat de droit, selon la Commission³²⁵. Le législateur européen pourrait promouvoir ces impératifs dans les domaines où s'applique le principe de reconnaissance mutuelle, en soumettant la reconnaissance d'actes, jugements ou autres documents au respect de certaines conditions permettant d'assurer qu'ils aient été établis sur base de règles claires et prévisibles, ou, concernant les jugements, par des juridictions indépendantes et impartiales³²⁶.

Si l'on s'en réfère à la Commission de Venise, la lutte contre la corruption ainsi que la collecte de données et la surveillance sont également des questions spécifiques liées à l'Etat de droit³²⁷. Concernant le premier, la Commission a proposé l'introduction d'une directive visant à lutter contre la corruption, dont la procédure d'adoption est toujours en cours³²⁸. Selon les travaux préparatoires, cette proposition poursuit notamment comme objectif de « *préserver les valeurs de l'Union [...] ainsi que maintenir l'état de droit* »³²⁹. Quant au second, divers instruments de droit primaire et secondaire en assurent le contrôle, tel que l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, ou le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)³³⁰. Ce lien entre protection des données et Etat de droit n'est pas sans rappeler le recours en manquement récemment introduit par la Commission à l'encontre de la Hongrie, vis-à-vis de sa « loi sur la souveraineté »³³¹.

L'Union peut également agir dans certains domaines visant à renforcer la résilience de l'Etat de droit³³². En ce sens, elle a récemment adopté un Règlement visant à favoriser la pluralité et l'indépendance des médias, dont le deuxième considérant fait explicitement référence à l'Etat de droit³³³, ainsi qu'une directive contre les « poursuites-baillons » (ou SLAPP, pour *strategic lawsuit*

³²⁵ Commission européenne, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, *op. cit.*, p. 4.

³²⁶ W. SCHROEDER, « The Rule of Law as a Constitutional Mandate... », *op. cit.*, p. 14.

³²⁷ Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Liste des critères de l'état de droit, adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106e session plénière*, CDL-AD(2016)007, Strasbourg, 18 mars 2016, pp. 29-34.

³²⁸ M. SKORA et Y. ALBRECHT, *op. cit.*, p. 5 et Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la corruption, remplaçant la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil et la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, et modifiant la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil, COM(2023) 234 final, Bruxelles, 3 mai 2023.

³²⁹ *Ibid.*, p. 1.

³³⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

³³¹ Voy. *supra*, p. 52 et Commission européenne, *Procédures d'infraction du mois de février...*, *op. cit.*

³³² Voy. à cet égard le rapport récent du *Resilience observatory on the rule of law in Europe*, qui examine les facteurs contribuant à cette résilience dans les 27 États membres. M. SKÓRA, D. NONHOFF et Y. ALBRECHT, « What makes the rule of law resilient? Evidence from EU27. RESILIO Monitor Full Report », *Institut für Europäische Politik*, Berlin, 2024, https://iep-berlin.de/site/assets/files/3623/resilio_abschlussbericht.pdf (12 juil. 2024).

³³³ Règlement (UE) 2024/1083 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur et modifiant la directive 2010/13/UE (règlement européen sur la liberté des médias), *J.O.U.E.*, L 37, 17 avril 2024, p. 1.

against public participation)³³⁴. Un autre élément important à l'Etat de droit est la société civile, que l'Union entend soutenir par l'introduction d'une directive visant à en faciliter le fonctionnement³³⁵.

La montée des mouvements populistes, au-delà de ses implications nationales, menace l'identité de l'Union elle-même. Il est donc crucial qu'elle réaffirme l'importance de ses valeurs, et qu'elle se donne les moyens de les défendre. L'Etat de droit en particulier doit être la colonne vertébrale de l'Union, si celle-ci entend être réellement plus qu'un projet économique. De manière générale, c'est l'ensemble de ses valeurs qui doit guider son fonctionnement, et infuser le droit européen de son entièreté. Bien que ce rôle que nous proposons pour l'Union semble moins directement contribuer à la protection des droits liés à l'orientation sexuelle, il n'en est pas moins crucial. Nous avons eu l'occasion de le démontrer, ces droits ne peuvent pas progresser si l'Etat de droit et les valeurs qui sous-tendent la démocratie libérale ne sont pas respectés.

Par ailleurs, et malgré son image historiquement favorable aux personnes LGBTQIA+, l'Union européenne demeure dans une position difficile quant à l'adoption de mesures garantissant *concrètement* les droits liés à l'orientation sexuelle. Le processus législatif européen est fortement politisé, et on ne peut ignorer le fait que cela reste un sujet débattu au sein de divers Etats membres³³⁶. Nier cette réalité risquerait d'accentuer la polarisation entre ces derniers. En revanche, en protégeant l'Etat de droit, l'Union assure les conditions d'un espace public libre et démocratique, et soutient les acteurs nationaux – ONGs, journalistes, juges, *etc.* – qui peuvent eux appeler à protéger et renforcer les droits liés à l'orientation sexuelle.

³³⁴ Directive (UE) 2024/1069 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les demandes en justice manifestement infondées ou les procédures judiciaires abusives («poursuites stratégiques altérant le débat public»), *J.O.U.E.*, L 14, 16 avril 2024, p. 1 et M. SKORA et Y. ALBRECHT, *op. cit.*, p. 6.

³³⁵ *Ibid.*, p. 8 et Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux associations transfrontalières européennes, COM(2023) 526 final, Bruxelles, 5 septembre 2023.

³³⁶ A. TRYFONIDOU, « The Politics of Sexual Identity and the Emerging Constitutional Battles in Europe », in *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law* (sous la dir. de M. TUSHNET et D. KOCHENOV), Cheltenham, Edward Elgar, 2023, p. 544.

CONCLUSION

Ces dernières décennies ont sans conteste été témoins d'importantes avancées législatives et jurisprudentielles en matière de droits liés à l'orientation sexuelle. Pourtant, les appels à s'opposer à la « propagande LGBT », ou « l'idéologie du genre » se multiplient aussi³³⁷. À travers ce mémoire, nous avons souhaité insister sur l'importance de replacer cette hostilité persistante envers les personnes LGB – et la communauté LGBTQIA+ dans son ensemble – dans le contexte de la montée du populisme. En premier lieu, car il permet de prendre compte de la nécessité de changer le paradigme actuel quant à la protection de l'orientation sexuelle, particulièrement vulnérable aux discours populistes.

Fondé sur la conception d'un peuple homogène, excluant toute forme d'« autre », le populisme s'accommode particulièrement bien d'une composante hostile aux personnes LGB. Or, cette politisation de la question des droits liés à l'orientation sexuelle amène à banaliser leur remise en question. Surtout, le danger de ce discours est qu'il amène petit-à-petit à déshumaniser les personnes LGB, ce qui à son tour favorise le rejet de ces dernières, ainsi que les actes de violence à leur égard³³⁸. Ceci se reflète dans le rapport récemment publié par l'Agence des droits fondamentaux de l'UE. Par rapport à 2019, la situation des personnes LGB en matière de discrimination semble être restée inchangée, voire s'être légèrement améliorée. En revanche, la majorité des indicateurs relatifs à la violence ont augmenté. Il est particulièrement frappant de noter que si le pourcentage de participants ayant été attaqués du fait de leur orientation sexuelle a grimpé, ces incidents ont été moins souvent rapportés³³⁹.

Ce rapport est interpellant, et surtout, appelle à aller plus loin que la réalisation d'une égalité purement formelle. Au-delà de la non-discrimination, l'acceptation des personnes LGB dans la société nécessite encore du travail. A cet égard, la protection de l'orientation sexuelle telle qu'elle a jusqu'ici été conçue aboutit à ses limites. S'il ne faut pas nier les avancées considérables qui ont pu être réalisées grâce aux droits fondamentaux existants, il est maintenant nécessaire de rompre avec les schémas classiques. C'est la nécessité d'un tel changement de paradigme qui nous a mené à

³³⁷ Selon un rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'UE, les personnes sondées estiment à 51% être « souvent » confrontées à ces termes, et à 25% l'être « toujours ». Voy. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *LGBTIQ Equality at a crossroads. Progress and challenges*, 2024, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtiq-equality_en.pdf (25 juil. 2024), p. 73.

³³⁸ Voy. récemment, A. SENTE, « Une vague de guets-apens homophobes dans l'ouest de Bruxelles », *Le Soir*, 2 juillet 2024, <https://www.lesoir.be/599021/article/2024-07-02/une-vague-de-guets-apens-homophobes-dans-louest-de-bruxelles> (17 juill. 2024).

³³⁹ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *op. cit.*, pp. 29, 56 et 58.

proposer de faire du droit à l'orientation sexuelle un réel droit fondamental autonome, plutôt que de se rallier aux pistes déjà envisagées.

Nous avons délibérément choisi d'étudier l'insertion d'un tel droit dans la Constitution belge. Sans revenir sur les raisons qui nous y ont poussé, nous pouvons souligner la plus importante : la Constitution doit évoluer de concert avec la société. En même temps, une révision constitutionnelle peut raviver le débat et mettre en lumière les problèmes qui subsistent. La protection des droits liés à l'orientation sexuelle fait partie du tissu législatif belge depuis plusieurs années, ce qui a tendance à occulter les défis persistants. Pour autant, la création d'un droit constitutionnel à l'orientation sexuelle ne doit pas être conçue comme une fin en soi, mais plutôt comme le début d'une réflexion plus longue. En ce sens, les idées qui ont sous-tendus notre proposition sont tout à fait transposables à d'autres Etats, voire au-delà, en particulier l'importance de redéfinir l'orientation sexuelle en termes de droits fondamentaux, de manière à prendre en compte toutes ses dimensions mais aussi son inhérente fluidité.

La hausse des mouvements populistes et la mouvance « illibérale » qui les accompagne, en trame de fond de ce mémoire, nous alertent cependant aux limites de la consécration d'un droit à l'orientation sexuelle dans la Constitution – belge ou autre. Les droits qui y sont inscrits deviennent vulnérables lorsque celle-ci est vidée de sa substance par des partis désireux d'asseoir leur pouvoir, et de reformer l'Etat selon leurs propres règles, au mépris des principes fondant la démocratie libérale. Par ailleurs, si nous avons mis en lumière l'impact de ce phénomène sur les droits liés à l'orientation sexuelle, il faut réaliser que bien d'autres droits et libertés sont en jeu.

Surtout, ce contexte politique mouvementé met en lumière l'importance du débat entourant les droits liés à l'orientation sexuelle. A travers ce dernier, c'est la question des valeurs sociétales que l'on entend défendre qui se pose³⁴⁰. Les droits liés à l'orientation sexuelle participent à une certaine conception de la société, fondée sur le pluralisme, la tolérance, le respect des libertés individuelles. C'est pourquoi cette question dépasse les frontières nationales, pourquoi il nous a semblé indispensable de s'interroger sur le rôle de l'Union européenne dans ce débat. Cette crise de valeurs, c'est également une remise en question de son identité et, partant, de son futur.

Cette crise peut toutefois se révéler être une opportunité. Celle de renforcer la présence et le rôle de l'Union européenne, de se réaffirmer comme une Union de droit, fondée sur le partage de valeurs essentielles que sont l'Etat de droit, la démocratie et le respect des droits fondamentaux. A défaut,

³⁴⁰ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une question intrinsèquement européenne, bien que nous nous soyons ici limités aux Etats européens, par soucis de concision.

c'est le projet de l'Union lui-même qui est en péril. Or, face à la montée des partis populistes aux revendications « illibérales », ce projet est plus que jamais indispensable.

Cette réflexion ne doit cependant ni se confiner à l'Union européenne, ni au sujet de l'Etat de droit. Nous n'avons en réalité touché qu'à une partie minime de cette problématique aux facettes multiples. La remise en question de nos démocraties libérales par les partis populistes séduit, comme en témoignent à nouveau les élections de juin 2024. Pointer du doigt les dangers de l'alternative qu'ils proposent est une chose, mais cela ne doit pas occulter le fait que leur succès fasse écho à un désarroi auquel il faut aujourd'hui répondre. Le *statu quo* n'est plus envisageable. Pour reprendre les termes de P. ROSENVALLON, « [l]a démocratie [...] n'est pas de l'ordre d'un modèle figé que l'on pourrait adéquatement saisir en termes normatifs. Elle est par nature expérimentale »³⁴¹.

La question des droits liés à l'orientation sexuelle en témoigne, le « peuple » à l'origine de la démocratie est de plus en plus complexe, de plus en plus multiple. À la solution populiste d'effacer cette complexité en s'imaginant pouvoir construire un « peuple-un », il est aujourd'hui nécessaire de réfléchir à comment transformer la démocratie pour accommoder ces différences.

³⁴¹ P. ROSENVALLON, *op. cit.*, p. 270.

BIBLIOGRAPHIE

I. LEGISLATION

LEGISLATION INTERNATIONALE

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, articles 3, 8, 10, 11 et 53.

LEGISLATION EUROPEENNE

Droit primaire

Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180, Préambule.

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, articles 2, 3, 7, 19, 48(4) et 49.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, articles 258 et 259.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 7 juin 2016, C 202, articles 8 et 21, §1.

Droit dérivé

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, *J.O.U.E.*, L 4331, 22 décembre 2020, p. 1, articles 2(a) et 4.

Directive (UE) 2024/1069 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les demandes en justice manifestement infondées ou les procédures judiciaires abusives («poursuites stratégiques altérant le débat public»), *J.O.U.E.*, L 14, 16 avril 2024, p. 1.

Règlement (UE) 2024/1083 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur et modifiant la directive 2010/13/UE (règlement européen sur la liberté des médias), *J.O.U.E.*, L 37, 17 avril 2024, p. 1.

Travaux préparatoires

Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM(2022) 695 final, Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, ST 8017 2023 INIT, Bruxelles, 31 mars 2023.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la corruption, remplaçant la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil et la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, et modifiant la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil, COM(2023) 234 final, Bruxelles, 3 mai 2023.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux associations transfrontalières européennes, COM(2023) 526 final, Bruxelles, 5 septembre 2023.

LEGISLATION BELGE

Normes contraignantes

Constitution, articles 10, 11, 22bis, 22ter, 23, 150 et 159.

Révision de la Constitution du 17 mars 2021 visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, *M.B.*, 30 mars 2021, p. 29539.

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

Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.

Travaux préparatoires

Proposition de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24quater relatif au respect de la vie privée, Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits (1) par M. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n°48-997/5.

Proposition de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits de l'enfant à l'intégrité morale, physique, mentale et sexuelle, Rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles par Mme Taelman, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-21/4.

Proposition de révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n°55-939/1.

Proposition de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, Rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles par M. Uyttendaele, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2019-2020, n°7-169/2.

Projet de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, Rapport fait au nom de la commission de la Constitution et du nouveau institutionnel par Mme Claire Hugon, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1445/2.

Projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération du 7 juillet 2023 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la généralisation de l'éducation à la vie relationnelle, affective et sexuelle, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2022-2023, n° 572/1.

Résolutions parlementaires

Proposition de résolution relative à la reconnaissance sociale des holebis et à la mise en œuvre d'une politique d'égalité des chances en leur faveur, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2007-2008, n°4-687/1.

Voorstel van resolutie over de rechten van de lgbtqi+-gemeenschap in Hongarije, *Hand.*, Vl. Parl., sess. ord. 2022-2021, n°1-865.

Voorstel van resolutie over het vrijwaren van de vrije meningsuiting, en het vrije onderricht en onderzoek in het hoger onderwijs tegen de woecensuur, Verslag namens de Commissie voor Onderwijs uitgebracht door Jan Laermeans, *Hand.*, Vl. Parl., sess. ord. 2022-2023, n°2-1536.

LEGISLATION ETRANGERE

Constitution suisse, articles 10 et 13.

Accessible en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr> (20 juil. 2024).

Constitution équatorienne, articles 11(2) et 83(14).

Accessible en ligne (en anglais) : https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021.pdf (19 juil. 2024).

Constitution bulgare, article 4.

Accessible en ligne (en anglais) : https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015.pdf (20 juil. 2024).

Projet de Constitution du Chili (2022), article 40.

Accessible en ligne (en anglais) : https://constituteproject.org/constitution/Chile_2022D.pdf (20 juil. 2024).

II. JURISPRUDENCE

COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS-UNIES

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

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.

Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 25 juillet 2000.

Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2004.

Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Royaume-Uni* du 22 juin 2004 (décision d'admissibilité).

Cour eur. D.H., arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007.

Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *Manenc c. France* du 21 septembre 2010 (décision sur la recevabilité).

Cour eur. D.H., arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *M. E. c. Suède* du 26 juin 2014.

Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015.

Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie* du 7 février 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie* du 20 juin 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *Aghdomelashvili et Japaridze c. Géorgie* du 8 octobre 2020.

Cour eur. D.H., arrêt *Berkman c. Russie* du 1^{er} décembre 2020.

Cour eur. D.H., arrêt *Association ACCEPT et autres c. Roumanie* du 1^{er} juin 2021.

Cour eur. D.H., arrêt *Women's Initiative Support Group et autres c. Géorgie* du 16 décembre 2021.

Cour eur. D.H., arrêt *Oganezova c. Arménie* du 17 mai 2022.

Cour eur. D.H., arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 17 janvier 2023.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

CJCE, arrêt *Les Verts / Parlement* du 23 avril 1986, C-294/83.

CJUE, arrêt *Commission / Hongrie* du 6 novembre 2012, C-286/12.

CJUE, arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* du 27 février 2018, C-64/16.

CJUE, arrêt *PPU –Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* du 25 juillet 2018, C-216/18.

CJUE, arrêt *Commission européenne / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)* du 24 juin 2019, C-619/18.

CJUE, arrêt *Commission européenne / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)* du 5 novembre 2019, C-192/18.

CJUE, arrêt *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour Suprême)* du 19 novembre 2019, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

CJUE, arrêt *Commission / Hongrie (Transparence associative)* du 18 juin 2020, C-78/18.

CJUE, arrêt *Commission / Hongrie (Enseignement supérieur)* du 6 octobre 2020, C-66/18.

CJUE, arrêt *Commission / Pologne (Régime disciplinaire des juges)* du 15 juillet 2021, C-791/19.

CJUE, arrêt *Hongrie / Parlement et Conseil* du 16 février 2022, C-156/21.

CJUE, arrêt *Pologne / Parlement et Conseil* du 16 février 2022, C-157/21.

CJUE, arrêt *Commission / Pologne* du 5 juin 2023, C-204/21.

CJUE, affaire *Commission européenne/Hongrie* (pendante), C-769/22, Conclusions.

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

COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

C. Const., arrêt 62/2016 du 28 avril 2016.

C. Const., arrêt 99/2019 du 19 juin 2019.

C. Const., arrêt 122/2019 du 26 septembre 2019.

III. DOCTRINE

COLLART N., *Les droits liés à l'orientation sexuelle en Europe. Vers un droit fondamental européen ?* (Prom. M. VERDUSSEN), Université catholique de Louvain, 2024.

AMMATURO F. R., « The Council of Europe and the creation of LGBT identities through language and discourse: a critical analysis of case law and institutional practices », *I.J.H.R.*, 2019, pp. 575-595.

ASHFORD C., MAINE A. et ZAGO G., « Normative behaviour, moral boundaries and the state », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. AHSFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, AYOUN P. et PATERNOTTE D., « Europe and LGBT Rights: A Conflicted Relationship », in *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics* (sous la dir. de M. BOSIA, S. M. MCEVOY et M. RAHMAN), Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 153-168.

BAKARDJIEVA ENGELBREKT A., « The Eastward Enlargement as a Driving Force and Testbed for Rule of Law Policy in the EU », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 181-230.

BAKARDJIEVA ENGELBREKT A., MOBERG A. et NERGELIUS J., « Rule of Law in the EU 30 Years after the Fall of the Berlin Wall: Taking Stock and Looking Ahead », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 3-38.

BARATTA R., « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, pp. 83-98.

BÁRD P. et KOCHENOV D., « Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement », *Reconnect Working Papers*, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3221240 (12 juin 2024).

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « La vertu constituante de l'Union européenne : la promotion des principes de l'Etat de droit », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin* (sous la dir. de J.-C MASCLET, H. RUIZ FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES), Paris, Pedone, 2010, pp. 35-52.

BONELLI M. et CLAES M., « Crossing the Rubicon ? the Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, pp. 3-14.

BONELLI M. et CLAES M., « The Rule of Law and the Constitutionalisation of the European Union », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern Studies in European Law, Portland, Hart, 2016, pp. 265-289.

BONNY R., « Blijft België ook na 2024 de rechten van de lgbti+-gemeenschap beschermen? », *MO**, <https://www.mo.be/column/de-volgende-verkiezingen-worden-ook-voor-belgi-cruciaal-als-het-aankomt-op-lgbti-en> (7 oct. 2023).

BOUHON F., EL BERHOUMI M., MOONEN T., ROMAINVILLE C. et SINARDET D., « Que réviser dans la Constitution belge ? Bilan d'une réflexion collective », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, pp. 621-664.

BREMS E., « Lessons for children's rights from women's rights ? Emancipation rights as a distinct category of human rights », in *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape* (sous la dir. de E. BREMS, E. DESMET et W. VANDENHOLE), Londres, Routledge, 2017, pp. 93-108.

BUGARIC B. et KUHELJ A., « Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger? », *Hague J. Rule Law*, 2018, pp. 21-33.

CACCAMISI D. et PIJCKE G., « La constitutionnalisation du droit. Etude d'un bouleversement de perspective (accompli) », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 441-494.

CAMERON I., « The role of the Venice commission in Strengthening the Rule of Law », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 147-179.

CANNOOT P., *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: the Case of Belgium*, Utrecht, Boom Juridisch Antwerpen, 2022.

CARPANO E., « La crise de l'Etat de droit en Europe. De quoi parle-t-on ? », *R.D.L.F.*, 2019, <https://revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/> (10 fév. 2024).

CASSOLA A., HEYMANN J., LATZ I. et RAUB A., « Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity : An Analysis of 193 National Constitutions », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2016, pp. 149-169.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, coll. A Droit Ouvert, Paris, Dalloz, 2019.

CHARLISH A. et WLODARCZAK-SEMCZUK A., « Polish court rules that four "LGBT-free zones" must be abolished », *Reuters*, 28 juin 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/polish-court-rules-that-four-lgbt-free-zones-must-be-abolished-2022-06-28/> (30 avril 2023).

CHEVALLIER J., *L'Etat de droit*, 4^e ed., coll. Clefs Politiques, Paris, Montchrestien, 2003.

CHRONOWSKI N., VARJU M., BARD P. et SULYOK G., « Hungary: Constitutional (R)evolution or Regression ? », in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy* (sous la dir. de A. ALBI et S. BARDUTZKY), vol. 1, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2019, pp. 1439-1490.

CLOOTS E., « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *T.P.B.*, 2017, pp. 310-321.

COMAN R., « La défense de l'Etat de droit dans l'Union européenne. Un long processus de mise à l'agenda ou comment éviter l'activation de l'article 7 », in *L'Europe au kaléidoscope. Liber Amicorum Marianne Dony* (sous la dir. de E. BRIBOSIA, N. JONCHERAY, A. NAVASARTIAN et A. WAYEMBERGH), coll. Etudes Européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2019, pp. 131-150.

CSINK L., « Rule of Law in Hungary : What can law and politics do? », in *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism* (sous la dir. de T. DRINOCZI et A. BIEN-KACALA), coll. Comparative Constitutional Change, New York, Routledge, 2020, pp. 153-173.

DE CAPITANI E., « La protection et promotion des valeurs de l'Union européenne, onze ans après Lisbonne », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, pp. 15-30.

DE LA BAUME M., « Orbán's Fidesz quits EPP group in European Parliament », *Politico*, 3 mars 2021, <https://www.politico.eu/article/epp-suspension-rules-fidesz-european-parliament-viktor-orban-hungary/> (16 fév. 2024).

DE MAESENEER W., « Gender is een verkiezingsthema geworden: hoe denken de verschillende partijen erover? », *VRT news*, 31 mai 2024, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2024/05/31/vlaams-belang-gender-het-conclaaf/> (17 juil. 2024).

DION S., « Le respect des constitutions et l'avenir des démocraties libérales », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, pp. 75-85.

DONÀ A., « Radical right populism and the backlash against gender equality: the case of the Lega (Nord) », *Contemporary Italian Politics*, 2021, pp. 296-313.

DUCOULOMBIER P., « The Protection of Sexual Minorities in European Law », in *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework* (sous la dir. de F. IPPOLITO et S. IGLESIAS SANCHEZ), coll. Modern Studies in European Law, Oxford et Portland, Hart, 2015, pp. 201-226.

DUPRE DE BOULOIS X., « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *R.D.L.F.*, 2012, <https://revuedlf.com/personnes-famille/le-mariage-homosexuel-la-constitution-et-lagregée-des-facultés-de-droit-billet-dhumeur/> (9 janv. 2024).

FATIN-ROUGE STEFANINI M., « La Constitution doit-elle être efficace ? », in *l'Efficacité de la norme juridique*, coll. A la croisée des droits : droit international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-231.

FENWICK H. et FENWICK D., « Fully recognizing both dignity and equality values under the emergent ECHR right to a same sex registered partnership », in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (sous la dir. de C. ASHFORD et A. MAINE), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 120-133.

FLORES A. R., « Global Acceptance of LGBTI People in 175 Countries and Locations. 1981 to 2020 », *UCLA Williams Institute*, 2021, <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Global-Acceptance-Index-LGBTI-Nov-2021.pdf> (9 juil. 2024).

FLORES A. R., FUENTES CARREÑO M. et SHAW A., « Democratic Backsliding and LGBT Acceptance », *UCLA Williams Institute*, 2023, <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/GAI-Democracy-Sep-2023.pdf> (23 janv. 2024).

GERA M., « “Here, the Hungarian People will decide how to raise our children”: Populist Rhetoric and social categorization in Viktor Orbán's anti-LGBTQ campaign in Hungary », *New Perspectives*, 2023, pp. 104-129.

GRABOWSKA-MOROZ B. et WÓJCIK A., « Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding. The case of Poland », *Intersections*, 2021, pp. 85-103.

GRAFF A. et KOROLCZUK E., *Anti-Gender Politics in the Populist Moment*, coll. Studies in Gender, Sexuality and Politics, Londres et New York, Routledge, 2023.

HALMAI G., « Illiberal Constitutionalism in East-Central Europe », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 51-74.

HEINZE E., *Sexual orientation : a human right. An essay on international human rights law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995.

HERI C., *Responsive Human Rights. Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, coll. Modern Studies in European Law, Oxford, Hart, 2021.

HEUSCHLING L., « Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in *L'Etat de droit en droit international. Colloque de Bruxelles*, coll. Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2009, pp. 41-67.

HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2002.

HEYMAN J., SPRAGUE A. et RAUB A., « The Equal Rights Amendment in Global Context: Gender Equality in Constitutions Worldwide and the Potential of More Comprehensive Approaches », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2022, pp. 38-57.

HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, 1^{ère} éd., coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses, Bruxelles, Larcier, 2015.

JOHNSON P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, coll. Glasshouse Book, Abingdon, Routledge, 2013.

KASSAM A., « "Where does it end?" Far-right's gains raise fears for LGBTQ+ freedoms in Spain », *The Guardian*, 15 juil. 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/15/spain-far-right-vox-castilla-y-leon> (28 oct. 2023).

KAVEY M., « The public faces of privacy : rewriting *Lustig-Prean* and *Beckett v. United Kingdom* », in *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR* (sous la dir. de E. BREMS), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 293-326.

KIRST N., « Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union? », *European Papers*, 2021, pp. 101-110.

KOCHENOV D., « The *Acquis* and Its Principles: The Enforcement of the "Law" versus the Enforcement of "Values" in the EU », in *The enforcement of EU law and values: methods to achieve compliance* (sous la dir. de A. JAKAB et D. KOCHENOV), Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 9-27.

KONCEWICZ T. T., « On Rebuilding and... Keeping the Rule of Law », *Verfassungsblog*, 2024, <https://verfassungsblog.de/keeping-the-rule-of-law/> (6 juil. 2024).

KOVÁTS E., « Questioning Consensus: Right-Wing Populism, Anti-Populism, and the Threat of “Gender Ideology” », *Sociological Research Online*, 2018, pp. 528-538.

KUMIN A. J., « Global Activities and Current Initiatives in the Union to Strengthen the Rule of Law – State of Play », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern studies in European law, Portland, Hart, 2016, pp. 207-220.

LEMMANS K., « Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 901-931.

LIND A. et KEATING C., « Navigating The Left Turn. Sexual Justice and the Citizen Revolution in Ecuador », *International Feminist Journal of Politics*, 2013, pp. 515-533.

MACDOUGALL B. , *Queer Judgments. Homosexuality, Expression, and the Courts in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

MAURAS A., BERTHOUT A., GALUSTIAN G. et ARLETTAZ J., « Chronique de droit constitutionnel comparé – 2019 – Le mariage entre personnes de même sexe devant le juge », *R.D.L.F.*, 2019, <https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-2019-le-mariage-entre-personnes-de-meme-sexe-devant-le-juge/> (30 oct. 2023).

MAVROULI R. et VAN WAEYENBERGE A., « EU Responses to the Democratic Deficit and the Rule of Law Crisis: Is It Time for a (New) European Exceptionalism? », *Hague J. Rule Law*, 2023, pp. 405-439.

MERT KEJANLIOGLU A., « La théorie des révisions constitutionnelles " inconstitutionnelles " : un obstacle aux dérives populistes ? », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021, pp. 87-115.

MIJATOVIC D., « Une éducation sexuelle complète protège les enfants et contribue à rendre la société plus sûre et inclusive », *J.D.J.*, 2020, pp. 15-19.

MOBERG A., « Can We Expect Compliance with the Rule of Law without the Rule of Law? », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 341-364.

MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, coll. Oxford Constitutional Theory, Oxford, Oxford University Press, 2012.

MOLLER-NIELSEN T., « Belgium to support EU decision to take Hungary to court over anti-LGBTQ law », *The Brussels Time*, 13 février 2023, <https://www.brusselstimes.com/370013/belgium-to-support-eu-decision-to-take-hungary-to-court-over-anti-lgbtq-law> (30 avril 2023).

NERGELIUS J., « Why the Rule of Law Can Never be Part of an ‘Illiberal’ Democracy », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 75-88.

NEUBERT K., « Far-right ID group invites Orbán's Fidesz to join their ranks », *Euractiv*, 1^{er} février 2024, <https://www.euractiv.com/section/elections/news/far-right-id-group-invites-hungarys-fidesz-to-join-their-ranks/> (16 fév. 2024).

NEUBERT K., « Orbán and Le Pen form new far-right group "Patriots for Europe" », *Euractiv*, 8 juillet 2024, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/orban-and-le-pen-form-new-far-right-group-patriots-for-europe/> (22 juill. 2024).

ORTEGA A. B., « Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne », *Rev. fr. dr. constit.*, 2007, pp. 249-267.

PECH L. et SCHEPPELE K. L., « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the UE », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 3-47.

PECH L., « The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law », *Hague J. Rule Law*, 2022, pp. 107-138.

PERALDI LENEUF F., « Le respect par l'Union de ses propres valeurs : comment assurer la crédibilité de l'union de droit ? », in *Les valeurs de l'Union européenne* (sous la dir. de F. PERALDI LENEUF), coll. Cahiers Européens, Paris, Pedone, 2020, pp. 137-149.

PEREGO A., « The European Commission and the EU Rule of Law Policy », in *Rule of law in the EU. 30 Years after the fall of the Berlin Wall* (sous la dir. de A. BAKARDJEVA ENGELBREKT, A. MOBERG et J. NERGELIUS), coll. Swedish Studies in European Law, vol. 15, Oxford, New York et Dublin, Hart, 2021, pp. 291-312.

PRIEBUS S., « The Commission's Approach to Rule of Law Backsliding: Managing Instead of Enforcing Democratic Values? », *Journal of Common Market Studies*, 2022, pp. 1684-1700.

RASSON-ROLAND A. et RASSON A.-C., « Les droits constitutionnels des enfants », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1599-1636.

REALFONZO U., « Viktor Orbán criticises the EU's "population exchanges" in latest far-right speech », *The Brussels Times*, 23 juillet 2023, <https://www.brusselstimes.com/613219/viktor-orban-criticises-the-eus-population-exchanges-in-latest-far-right-speech> (9 janv. 2024).

RENAULD B. et VAN DROOGHENBROECK S., « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605.

ROSENVALLON P., *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, coll. Points – Essais, Paris, Seuil, 2021.

ROZNAI Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SCHEPPELE K. L., « Unconstitutional Constituent Power », in *Modern Constitutions* (sous la dir. de R. M. SMITH et R. R. BEEMAN), Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2020, pp. 154-206.

SCHMIDT M. et BOGDANOWICZ P., « The Infringement Procedure In The Rule Of Law Crisis: How To Make Effective Use Of Article 258 TFEU », *Common Market Law Review*, 2018, pp. 1061-1100.

SCHROEDER W., « The European Union and the Rule of Law – State of Affairs and Ways of Strengthening », in *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* (sous la dir. de W. SCHROEDER), coll. Modern Studies in European Law, Oxford et Portland, Hart, 2016, pp. 3-36.

SCHROEDER W., « The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU », *Hague J. Rule Law*, 2023, pp. 1-17.

SENTE A., « Une vague de guets-apens homophobes dans l'ouest de Bruxelles », *Le Soir*, 2 juillet 2024, <https://www.lesoir.be/599021/article/2024-07-02/une-vague-de-guets-apens-homophobes-dans-louest-de-bruxelles> (17 juill. 2024).

SIGNORILE M., *It's Not Over Yet: Getting Beyond Tolerance, Defeating Homophobia, and Winning True Equality*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2015.

SKÓRA M. et ALBRECHT Y., « RESILIO Toolbox », *Institut für Europäische Politik*, Berlin, 2024, https://iep-berlin.de/site/assets/files/3756/iep_resilio_toolbox_final.pdf (12 juil. 2024).

SKÓRA M., « How to Improve the EU's Rule of Law Toolbox », *Friederich Ebert Stiftung Policy Paper*, 2023, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/20380.pdf> (12 juil. 2024).

SKÓRA M., NONHOFF D. et ALBRECHT Y., « What makes the rule of law resilient? Evidence from EU27. RESILIO Monitor Full Report », *Institut für Europäische Politik*, Berlin, 2024, https://iep-berlin.de/site/assets/files/3623/resilio_abschlussbericht.pdf (12 juil. 2024).

SLOOTMAECKERS K., « Constructing European Union Identity through LGBT Equality Promotion: Crises and Shifting Othering Processes in the European Union Enlargement », *Political Studies Review*, 2019, pp. 1-16.

SMITH M., « Staring Into the Abyss: A Crisis of the Rule of Law in the EU », *European Law Journal*, 2019, pp. 561-576.

SPIEKER L. D., « Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis », *German Law Journal*, 2019, pp. 1182-1213.

STAMBULSKI M., « Populist Jurisprudence? Examining Selected Case Law of the Polish Constitutional Court After 2016 », *Hague J. Rule Law*, 2024, <https://doi.org/10.1007/s40803-024-00208-5> (22 janv. 2024).

SZENTE Z., « Challenging the basic values – the problems with the rule of law in Hungary and the EU's failure to tackle them », in *The enforcement of EU law and values: methods to achieve compliance* (sous la dir. de A. JAKAB et D. KOCHENOV), Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 456-475.

TIRADO CHASE A., « Human rights contestations : sexual orientation and gender identity », *I.J.H.R.*, 2016, pp. 703-723.

TRYFONIDOU A., « The Politics of Sexual Identity and the Emerging Constitutional Battles in Europe », in *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law* (sous la dir. de M. TUSHNET et D. KOCHENOV), Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 532-549.

VAN OVERSTRAETEN M., « Le droit au respect de la vie privée et le corps humain », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 933-970.

VELAERS J., « Over de Noodzaak om Titel II van de Grondwet over “de Belgen en hun rechten” te herzien », in *De grondwet verleden, heden en toekomst – La Constitution hier, aujourd’hui et demain* (sous la dir. de A. ALEN et autres), coll. « Cahiers du Sénat », Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 111-120.

VELAERS J., *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel 3 de rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen*, Brugge, Die Keure, 2019.

VERDUSSEN M., « Les droits constitutionnels subséquents », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 77-90.

VERDUSSEN M., « Le pointillisme constitutionnel », in *De grondwet verleden, heden en toekomst – La Constitution hier, aujourd’hui et demain* (sous la dir. de A. ALEN et autres), coll. Cahiers du Sénat, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 121-128.

VERDUSSEN M., « Modification constitutionnelle et justice constitutionnelle », in *La révision constitutionnelle dans tous ses états* (sous la dir. de de D. GUENETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN), Limal, Anthémis et Montréal, Yvon Blais, 2021 pp. 21-49.

VON BOGDANDY A., BOGDANOWICZ P., CANOR I., RUGGE G., SCHMIDT M. et TABOROWSKI M., « A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines », in *Defending Checks and Balances in EU Member States* (sous la dir. de A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI et M. SCHMIDT), Berlin, Springer, 2021, pp. 385-402.

WEATHERILL S., *Law and Values in the European Union*, coll. Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2016.

WILLIAMS A., « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 549–577.

WILLIAMS A., *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, coll. Studies in European Law and Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

X., « Figli di coppie gay (e non solo), al Senato la maggioranza bocchia il regolamento Ue. Pd e 5S: “Attacco a minori inaudito, Italia come Polonia e Ungheria” », *la Repubblica*, 14 mars 2023, https://www.repubblica.it/politica/2023/03/14/news/figli_coppie_gay_destra_voto_contro_senato-392109574/ (20 juill. 2024).

X., « Polish president issues campaign pledge to fight “LGBT ideology” », *The Guardian*, 12 juin 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/12/polish-president-issues-campaign-pledge-to-fight-lgbt-ideology> (9 juil. 2024).

YERMAKOVA O., « PiS vs LGBT: The “Othering” of the LGBT Movement as an Element of Populist Radical Right Party Discourse in Poland », *Sprawy Narodowościowe*, 2021, <https://doi.org/10.11649/sn.2568> (20 sept. 2023).

IV. DIVERS

Agenda Europe, "*Gay Rights*", <https://agendaeurope.wordpress.com/gay-rights/> (15 octobre 2023 ; plus accessible). Maintenant disponible ici : <https://web.archive.org/web/20230703190457/https://agendaeurope.wordpress.com/gay-rights/> (14 juil. 2024).

Analysis and Research Team (Council of the European Union), *Populism*, 8 décembre 2021, <https://www.consilium.europa.eu/media/53807/art-paper-on-populism-8-dec-2021.pdf> (25 oct. 2023).

Assemblée Générale des Nations Unies, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, A/74/181, 2019.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme du 23 janvier 1970*, Résolution 428(1970).

BARROSO J. M., *Discours sur l'état de l'Union 2012. Session plénière du Parlement européen*, SPEECH/12/596, Strasbourg, 12 septembre 2012, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596 (10 juil. 2024).

Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Liste des critères de l'état de droit, adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106e session plénière*, CDL-AD(2016)007, Strasbourg, 18 mars 2016.

Commission européenne, *Commission Staff Working Document - Albania 2018 Report*, SWD(2018) 151 final, Strasbourg, 17 avril 2018.

Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action*, COM(2019) 343 final, Bruxelles, 17 juillet 2019.

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

Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit*, COM(2014) 158 final, Strasbourg, 11 mars 2014.

Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil*, COM(2019) 163 final, Bruxelles, 3 avril 2019.

Commission européenne, *Procédures d'infraction du mois de février : principales décisions*, Bruxelles, 6 février 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf_24_301 (25 avril 2024).

Commission européenne, *Rapport 2020 sur l'état de droit. Chapitre consacré à la situation de l'état de droit en Pologne*, SWD(2020) 320 final, Bruxelles, 30 septembre 2020.

Commission européenne, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against POLAND for violating EU law with the new law establishing a special committee*, Bruxelles, 8 juin 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3134 (25 avril 2024).

Commission européenne, *Valeurs fondatrices de l'UE : la Commission ouvre des procédures contre la Hongrie et la Pologne pour violation des droits fondamentaux des personnes LGBTIQ*, Bruxelles, 15 juillet 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3668 (12 avril 2024).

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

Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Orientation sexuelle*, 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_sexual_orientation_fra (9 janv. 2024).

European Parliamentary Forum on Population & Development, *Restoring the natural order*, 2018, https://www.epfweb.org/sites/default/files/2020-05/rtno_epf_book_lores.pdf (10 juil. 2024).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *LGBTIQ Equality at a crossroads. Progress and challenges*, 2024, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtiq-equality_en.pdf (25 juil. 2024).

FPÖ, *Welche politische Agenda steckt hinter der "LGBTIQ Community" ?*, 20 juin 2023, <https://www.fpoe.at/artikel/welche-politische-agenda-steckt-hinter-der-lgbtiq-community/> (28 oct. 2023).

Freedom House, *Hungary*, <https://freedomhouse.org/country/hungary/freedom-world/2024> (8 juil. 2024).

Identity and Democracy, *Members*, <https://www.idgroup.eu/members> (15 fév. 2024).

Ilga Europe, *2023 Annual review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe and Central Asia*, 2023, <https://www.rainbow-europe.org/sites/default/files/annual-report/Annual-Review-Full-2023.pdf> (10 janv. 2024).

Lega, *Elezioni Politiche 2022. Programma di Governo*, 2022, https://static.legaonline.it/files/Programma_Lega_2022.pdf (9 janv. 2024).

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Born Free and Equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, 2^{ème} éd., New York et Genève, United Nations, 2019.

Parlement européen, *Le Parlement européen s'oppose fermement à la loi hongroise anti-LGBTIQ*, 8 juillet 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20210701IPR07502/le-parlement-europeen-s-oppose-fermement-a-la-loi-hongroise-anti-lgbtiq> (9 janv. 2024).

Parlement européen, *Patriots for Europe*, <https://www.europarl.europa.eu/meps/en/search/advanced?euPoliticalGroupBodyRefNum=7150> (22 juill. 2024)

Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 11 mars 2021 sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ*, P9_TA(2021)0089, Bruxelles, 11 mars 2021.

Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2023 sur les violations de l'état de droit et des droits fondamentaux en Hongrie et le gel des fonds de l'Union européenne*, P9_TA(2023)0216, Bruxelles, 1^{er} juin 2023.

Parlement Européen, *Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2021 sur les violations du droit de l'UE et des droits des citoyens LGBTIQ en Hongrie par suite de l'adoption de modifications de la législation au Parlement hongrois*, P9_TA(2021)0362, Strasbourg, 8 juillet 2021.

Parlement européen, *Résultats des élections – Outil de comparaison*, <https://results.elections.europa.eu/fr/outils/outil-de-comparaison/> (8 juil. 2024).

Parlement européen, *Résultats des élections européennes 2024*, <https://results.elections.europa.eu/fr/> (22 juill. 2024).

Service public fédéral Intérieur, *Résultat Chambre des Représentants 9 juin 2024*, <https://resultatselection.belgium.be/fr/election-results/chambre-des-repr%C3%A9sentants/2024/royaume/251712> (17 juil. 2024).

Service public fédéral Intérieur, *Résultat Parlement flamand 9 juin 2024*, <https://resultatselection.belgium.be/fr/election-results/parlement-flamand/2024/r%C3%A9gion/251714> (17 juil. 2024).

Timbro, *Authoritarian Populism Index 2024*, 2024, https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2024/04/TAPI_2024_digital_2024-04-15-compressed.pdf (10 juil. 2024).

UNIA, *Révision des articles de la Constitution concernant les discours de haine et les emplois statutaires*, 2018, <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/recommandations-dunia/revision-des-articles-de-la-constitution> (10 janv. 2024).

Vlaams Belang, *Beginselverklaring*, <https://www.vlaamsbelang.org/beginselverklaring> (9 janv. 2024)

Vlaams Belang, *Hongaarse democratische uitslag verdient respect*, 7 avril 2022, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/hongaarse-democratische-uitslag-verdient-respect> (9 janv. 2024).

Vlaams Belang, *Resolutie Vlaams Belang vraagt actie tegen woke-censuur hoger onderwijs*, 24 janvier 2023, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/resolutie-vlaams-belang-vraagt-actie-tegen-woke-censuur-hoger-onderwijs-0> (9 janv. 2024).

Vlaams Belang, *Zestien regenboogzebrapaden kosten Brusselaar 65.000 euro*, 28 juillet 2023, <https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/zestien-regenboogzebrapaden-kosten-brusselaar-65000-euro> (9 janv. 2024).

Vlaams Parlement, *Voorstel van resolutie 865*, <https://www.vlaamsparlement.be/nl/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/1536490> (9 janv. 2024).

