

Quelle est l'autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle alors qu'il est soumis à l'autorité parentale ?

Mémoire réalisé par
Thomas Peltier

Promotrice
Nathalie Dandoy

Année académique 2017-2018
Master en droit

PLAGIAT ET ERREUR MÉTHODOLOGIQUE GRAVE

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*

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.

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

TABLE DES MATIÈRES

<u>PLAGIAT ET ERREUR MÉTHODOLOGIQUE GRAVE</u>	<u>3</u>
<u>TABLE DES MATIÈRES.....</u>	<u>5</u>
<u>REMERCIEMENTS</u>	<u>9</u>
<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>10</u>
<u>PARTIE 1 RÉFLEXION PRÉLIMINAIRE : APPROCHE PSYCHOLOGIQUE DE L'ORIENTATION SEXUELLE CHEZ L'ADOLESCENT</u>	<u>12</u>
CHAPITRE 1 ADOLESCENCE COMME PÉRIODE DE CONSTRUCTION	12
CHAPITRE 2 ORIENTATION SEXUELLE CHEZ UN ADOLESCENT	13
SECTION 1 NOTION DE L'« ORIENTATION SEXUELLE »	13
SECTION 2 ÉVEIL DE L'ORIENTATION SEXUELLE CHEZ L'ADOLESCENT	14
CHAPITRE 3 ORIENTATION SEXUELLE DU MINEUR DANS SON ENVIRONNEMENT	16
SECTION 1 PREMIERE ANNONCE	16
SECTION 2 <i>COMING OUT</i> AUX PARENTS	16
SECTION 3 RÉACTIONS DES DIFFÉRENTS MILIEUX SOCIAUX INTÉGRÉS PAR L'ADOLESCENT	17
CONCLUSION	18
<u>PARTIE 2 VIE SEXUELLE ET AFFECTIVE DU MINEUR : UN FORT BIEN GARDÉ ?.....</u>	<u>19</u>
CHAPITRE 1 DE LA CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT À L'ADOPTION DE L'ARTICLE 22BIS DE LA CONSTITUTION.....	19
SECTION 1 DE LA CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT... ..	19
SECTION 2 ... À L'ADOPTION DE L'ARTICLE 22BIS DE LA CONSTITUTION.....	20
CHAPITRE 2 MAJORITÉ SEXUELLE : REMPART DU FORT.....	21
SECTION 1 RÉGIME JURIDIQUE PÉNAL	21
SECTION 2 ANALYSE DES ARRÊTS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 4 JUIN ET DU 29 OCTOBRE 2009 ..	27
SECTION 3 RÉFLEXION PHILOSOPHIQUE : UN AFFRONTMENT IDÉOLOGIQUE	30
CONCLUSION	33
CHAPITRE 3 AUTORITÉ PARENTALE : SENTINELLE DU FORT ?	33
SECTION 1 CONTEXTE SOCIOLOGIQUE ET HISTORIQUE	34
SECTION 2 MINORITÉ COMME PROTECTION D'UN ÊTRE « INACHEVÉ »	38
SECTION 3 AUTORITÉ PARENTALE OU POUVOIR DÉCISIONNEL ABSOLU ?	39
CONCLUSION	47

PARTIE 3 PROTECTION QUANT À L'ORIENTATION SEXUELLE : UN DROIT DE LA PERSONNE ?.....48

CHAPITRE 1 HOMOSEXUALITÉ : UN RENVERSEMENT DE CONCEPTION48

SECTION 1 DÉPÉNALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ.....48

SECTION 2 OBLIGATIONS DE PROTECTION DU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET NON-DISCRIMINATION.....55

CHAPITRE 2 DE LA PROTECTION DU COUPLE À LA VIE FAMILIALE.....57

SECTION 1 ÉVOLUTION DE LA RECONNAISSANCE DES COUPLES HOMOSEXUELS.....57

SECTION 2 RECONNAISSANCE ET PROTECTION DE LA PARENTALITÉ.....63

CONCLUSION67

PARTIE 4 RÉPONSE ENTRE CRITIQUES ET PERSPECTIVES.....68

CHAPITRE 1 RÉPONSE CRITIQUABLE.....68

SECTION 1 DROIT COMME GARDIEN DE LA VIE SEXUELLE ET AFFECTIVE DU MINEUR.....68

SECTION 2 CRITIQUES D'UN SYSTÈME INCOHÉRENT69

CHAPITRE 2 PERSPECTIVE D'AVENIR.....72

SECTION 1 ÉVACUATION DE LA NOTION DE DISCERNEMENT.....73

SECTION 2 MODIFICATION DE LA RÉGLEMENTATION PÉNALE POUR UNE COHÉRENCE DE SYSTÈME74

SECTION 3 L'ARTICLE 22BIS DE LA CONSTITUTION COMME PIERRE ANGULAIRE DE LA COHÉRENCE DE SYSTÈME76

CONCLUSION76

CONCLUSION.....77

BIBLIOGRAPHIE.....79

CHAPITRE 1 LÉGISLATION79

SECTION 1 LÉGISLATION INTERNATIONALE79

SECTION 2 LÉGISLATION BELGE80

SECTION 3 TRAVAUX PARLEMENTAIRES.....81

CHAPITRE 2 JURISPRUDENCE.....83

SECTION 1 JURISPRUDENCE INTERNATIONALE.....83

SECTION 2 JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE84

SECTION 3 JURISPRUDENCE BELGE84

CHAPITRE 3 DOCTRINE85

SECTION 1 OUVRAGES85

SECTION 2 REVUES88

SECTION 3 DOCUMENTS DOCTRINAUX DU CONSEIL DE L'EUROPE90

SECTION 4 ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA FAMILLE91

SECTION 5 COMMUNIQUÉ DE PRESSE.....91

SECTION 6	TEXTES DU MILIEU ASSOCIATIF.....	91
SECTION 7	ARTICLES DE PRESSE.....	91
SECTION 8	NOTES DE COURS	92

« Nul n'a le droit en vérité
De me blâmer de me juger et je précise
Que c'est bien la nature qui
Est seule responsable si
Je suis un "homme oh" comme ils disent »

Charles Aznavour

REMERCIEMENTS

Avant tout développement, je tiens à remercier différentes personnes sans qui ce mémoire n'aurait jamais vu le jour.

Tout d'abord, merci à ma promotrice, Madame le Professeur Nathalie Dandoy, pour tous ses précieux conseils et tout le temps consacré.

Ensuite, merci à Julien pour toutes ces discussions qui m'ont permis d'enrichir ma réflexion.

En outre, merci à Claire, Lydie et Pauline pour la relecture de mon mémoire.

Enfin, merci à mes parents pour tout le soutien et les encouragements qu'ils m'ont procurés.

INTRODUCTION

« Je m'appelle Guillaume, j'ai 17 ans, je suis homosexuel... maman je t'aime... pardon... je préfère mourir maintenant, demain ce sera plus dur... »¹. Tels étaient les propos d'un jeune homosexuel dans une lettre adressée à sa maman avant de se donner la mort². Ce fait d'actualité n'est qu'une illustration d'un phénomène existant chez les jeunes homosexuels : le suicide³.

En effet, la découverte de l'orientation sexuelle peut être un bouleversement tant pour l'adolescent lui-même que pour ses parents. Ainsi, une étude du droit de la famille nous semble intéressante tant elle souligne les tensions qui peuvent naître au sein de la cellule familiale. Du côté du mineur, une série de réflexions liées à son orientation sexuelle peuvent se poser, surtout si elles font émerger une attirance pour une personne du même sexe. Du côté des parents, certaines projections peuvent exister en raison de l'hétéro-normativité encore présente dans notre société.

Face à cette tension, quelles sont les libertés accordées aux mineurs par rapport à leur sexualité et plus particulièrement leur orientation sexuelle ? Quelles sont les limites que peuvent poser les parents dans le cadre de la vie affective et sexuelle du mineur ? Dans ce mémoire, nous nous questionnerons sur le degré d'autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle alors qu'il est soumis à l'autorité parentale.

Ce questionnement met en exergue un conflit entre deux normes : d'une part, les protections légales entourant le mineur en raison de son état de vulnérabilité, et d'autre part, l'autonomie que chaque individu peut avoir en raison de son orientation sexuelle.

Préliminairement à tout développement juridique, une première partie se tournera vers l'approche psychologique. Nous tenterons de comprendre le phénomène de

¹ X. HERAUD, « Suicide d'un jeune homo pendant les débats du mariage pour tous : la véritable histoire », *Yagg.*, 25 janvier 2013, disponible sur <http://yagg.com/2013/01/25/suicide-dun-jeune-homo-pendant-les-debats-du-mariage-pour-tous-la-veritable-histoire/> (consulté le 15 juillet 2018).

² *Ibidem.*

³ ÉDUCATION À LA SANTÉ, « Les jeunes homosexuel/les », *Le portail de la prévention au suicide*, disponible sur http://www.preventionsuicide.info/jeunes/groupe_risque/groupe_homosexuelles.php (consulté le 3 juillet 2018). Face au suicide, cette population est considérée comme à risque.

l'adolescence et la manière dont l'adolescent vit son orientation sexuelle, ainsi que l'impact que cette dernière peut avoir dans sa vie.

Ensuite, dans une deuxième partie, nous étudierons les limites imposées au mineur dans sa vie sexuelle et affective, et ce, au travers des droits fondamentaux, de plusieurs infractions pénales et de certains articles du Code civil.

En outre, une analyse des différentes législations liées à l'orientation sexuelle nous permettra de comprendre l'évolution qu'a connue notre société dans ce domaine. À cet égard, il sera intéressant de nous attarder sur les *ratio legis* qui justifient l'évolution législative au cours du temps.

Enfin, dans une quatrième et dernière partie, nous analyserons dans quelle mesure le droit actuel laisse de l'autonomie au mineur quant à son orientation sexuelle lorsque celui-ci est soumis à l'autorité parentale. Partant de ce droit *de lege lata*, nous en ciblerons les limites et élaborerons un droit *de lege ferenda*.

Pour conclure, ce mémoire est traversé par l'éternel débat philosophique qui oppose nature et culture. Les naturalistes comprennent la nature comme étant « un donné, obéissant à des “lois” immuables »⁴. Il y existe donc des règles fixes qui s'imposent aux humains, sans qu'aucune volonté de l'Homme ne puisse intervenir⁵. À l'inverse, la conception culturaliste se fonde sur l'importance de la société et de la « culture du groupe »⁶. La loi est donc relative puisqu'elle s'adapte suivant des considérations historiques, politiques ou culturelles⁷. Dans beaucoup de situations, telles que la vie sexuelle et affective, la volonté est un élément essentiel. Le droit n'intervient d'ailleurs que lorsqu'une composante volontaire est en lien avec l'acte posé⁸. De plus, cette opposition philosophique apparaîtra en filigrane tout au long de notre analyse, l'objectif étant de s'interroger sur la cohérence du législateur en la matière.

⁴ J. FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2014, p. 46.

⁵ *Ibidem*, pp. 22-23 et 46.

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

PARTIE 1

RÉFLEXION PRÉLIMINAIRE :

APPROCHE PSYCHOLOGIQUE DE L'ORIENTATION SEXUELLE CHEZ L'ADOLESCENT

Pour comprendre les enjeux juridiques de notre question de recherche, il est nécessaire de faire un détour par la psychologie, en étudiant l'orientation sexuelle telle que vécue par l'adolescent. Ainsi, il semble important de s'interroger sur la définition d'un « adolescent », notion éminemment psychologique (Chapitre 1). Il y a lieu également de s'intéresser à la question de l'orientation sexuelle en tant que phénomène psychologique vécu par l'adolescent (Chapitre 2). Enfin, la réaction des parents prenant connaissance de l'orientation sexuelle de leur enfant est une question qui sera amorcée sous le prisme des conséquences pour l'adolescent lui-même (Chapitre 3).

Chapitre 1 Adolescence comme période de construction

L'« adolescent » n'est pas un concept aisé à définir⁹. Toutefois, une analyse étymologique de ce terme permet une première perception de la notion. « Adolescent » vient du verbe latin *adolescere* qui signifie « grandissant ». L'« adolescence » peut donc se définir comme étant « la période où l'on grandit »¹⁰.

Ce stade est donc le « passage entre l'enfance et l'âge adulte »¹¹. L'adolescent n'est plus tout à fait un enfant puisque, d'un point de vue somatique, l'individu connaît une transformation surprenante le rapprochant de l'adulte. Il n'est pourtant pas encore un adulte puisque, culturellement et socialement, l'adolescent est maintenu dans une position d'enfant par une série de règles et de contraintes¹².

⁹ M. BOURGEOIS, « 18. Psychologie sexuelle de l'adolescent », in *Encyclopédie de la sexualité* (sous la dir. de R. VOLCHER), Paris, Éditions universitaire, 1973, p. 186 ; L. DI SPURIO, « La vulgarisation de la notion d'« adolescence » dans l'Europe de l'après-Seconde Guerre mondiale : échanges et circulations du savoir « psy » entre l'espace francophone européen et l'Italie », *Amnis*, 14/2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/amnis/2715/> (consulté le 28 juin 2018) ; P. G. COSLIN, *Psychologie de l'adolescent*, 5^e éd., Paris, Armand Colin Editeur, 2017, p. 28.

¹⁰ M. BOURGEOIS, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 186. Voy. également : P. DUVERGER, et M.-J. GUEDJ-BOURDIAU, *Crise et urgence à l'adolescence*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2013, p. 3 : « Comme l'étymologie du mot l'indique, *adolescere* signifie grandir en latin. L'adolescence est l'âge du changement car grandir implique de changer ».

¹¹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 28.

¹² *Ibidem*, p. 19.

Face à cette tension entre le biologique et le « *socius* »¹³, le jeune va connaître une situation de déséquilibre entre, d'une part, le rejet de l'enfance et, d'autre part, la « recherche du statut d'adulte qui constitue l'essence même de la crise qu'[il] traverse »¹⁴. Cette situation, appelée la *crise de l'adolescence*¹⁵ peut se caractériser par différents symptômes¹⁶.

Pour conclure, le conflit entre nature et culture s'inscrit au cœur même de l'adolescent. L'opposition entre l'évolution biologique vécue par le jeune et le statut sociologique et culturel renvoyé par la société fait naître une crise. Ainsi, nous comprenons d'ores et déjà l'importance de cette dichotomie.

Chapitre 2 Orientation sexuelle chez un adolescent

Après avoir compris les enjeux liés à l'adolescence, il est temps de nous centrer sur l'orientation sexuelle, et ce, en nous posant deux questions essentielles : qu'est-ce que c'est (Section 1) et comment ce phénomène se marque-t-il auprès des adolescents (Section 2) ?

Section 1 Notion de l'« orientation sexuelle »

L'orientation sexuelle « identifie le sexe des personnes vers lesquelles un individu dirige ses comportements mais aussi ses fantasmes sexuels »¹⁷. À côté de cette définition psychologique, les principes de Yogyakarta¹⁸ définissent également ce concept. Il s'agit de la « capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle

¹³ F. KAMEL, *Entrer dans l'adolescence : le temps de la latence*, Paris, Éditions In Press, 2002.

¹⁴ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 28.

¹⁵ Synthétiquement, « la crise d'adolescence renvoie au travail psychique de l'adolescence, à l'accession à ce nouveau statut du corps, de l'identité et du monde que l'adolescent doit élaborer et intégrer. D'où cette exigence de travail qui permet de donner sens et d'organiser les changements qui affectent le corps et la psyché » (P. DUVERGER et M.-J. GUEDJ-BOURDIAU, *op. cit.* (voy. note n° 10), p. 3). Pour une explication approfondie du phénomène, voy. également : P. DUVERGER, et M.-J. GUEDJ-BOURDIAU, *op. cit.* (voy. note n° 10), pp. 38-59 ; P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9).

¹⁶ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), pp. 19-20. Cet auteur développe une théorie expliquant que l'adolescent passe par trois temps : la transition, la transgression et la transaction (P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), pp. 28-30).

¹⁷ J. BALTHAZART, *Biologie de l'homosexualité : on naît homosexuel, on ne choisit pas de l'être*, Wavre, Mardaga, 2010, p. 17.

¹⁸ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Principes de Yogyakarta — Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007, disponible sur <https://www.yogyakartaprinciples.org/principles-fr/> (consulté le 30 juin 2018).

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 »¹⁹.

En outre, deux constatations peuvent être faites. D'une part, il est nécessaire de remarquer que l'homosexualité n'est plus, à l'heure actuelle, considérée comme une maladie psychiatrique²⁰. Par conséquent, l'homosexualité n'est plus perçue comme un dysfonctionnement de l'ordre naturel, mais comme une possibilité parmi plusieurs orientations sexuelles. D'autre part, l'homosexualité ne s'oppose pas à l'hétérosexualité²¹. Ces deux notions, mises en lien avec celle de la bisexualité, ne classent pas une personne dans une catégorie. La réalité est plus complexe puisqu'une personne peut évoluer dans ses préférences sexuelles sans pour autant avoir des comportements sexuels en lien avec cette nouvelle préférence. Nuance est donc le maître mot pour aborder la vie sexuelle et affective de chaque individu²².

À travers les époques, de nombreuses théories sont venues expliquer l'orientation sexuelle d'une personne et surtout l'homosexualité de certains individus. En raison de la complexité et la multiplicité des théories, nous n'aborderons pas les causes de l'homosexualité²³.

Section 2 Éveil de l'orientation sexuelle chez l'adolescent

Pendant la période de l'adolescence, il existe deux formes d'homosexualité²⁴.

Certains comportements homosexuels peuvent avoir lieu comme phase du développement psychosexuel. Ainsi, l'adolescence, période où l'individu connaît un

¹⁹ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, Principes de Yogyakarta — Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, disponible sur <https://www.yogyakartaprinciples.org/principles-fr/> (consulté le 30 juin 2018).

²⁰ L'OMS ne considère plus l'orientation sexuelle comme une maladie mentale. Elle a été retirée en 1990 de la classification internationale des maladies mentales (CONSEIL DE L'EUROPE, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018), p. 112).

²¹ A. CHOUKROUN, *Tous homos ? A la découverte de notre moi caché*, Paris, L'Archipel, 2016, p. 23.

²² *Ibidem*, p. 88.

²³ Voy. pour un historique et une variabilité des théories : S. CLERGET, *Comment devient-on homo ou hétéro*, Paris, JC Lattès, 2006 ; F. GASPARD, M.-H. HANDMAN et B. PERREAU, *Le choix de l'homosexualité : recherches inédites sur la question gay et lesbienne* (sous la dir. de B. PERREAU), Paris, Epel, 2007 ; J. BALTHAZART, *op. cit.* (voy. note n° 17) ; A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21).

²⁴ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 67.

« réveil pulsionnel exacerb[é] »²⁵, amène l'individu à être attiré par les personnes du sexe opposé mais également du même sexe. Ce phénomène déstabilisant d'attrance pour une personne de son propre sexe n'amorce pas nécessairement une future homosexualité²⁶. En effet, les premiers choix qui vont être posés seront éminemment narcissiques et s'inscriront dans une volonté de recherche personnelle²⁷. Celle-ci peut passer par une phase expérimentale dans la vie sexuelle de l'adolescent, l'acte s'inscrivant dans une volonté de tester l'ensemble des possibilités²⁸. Cette forme d'homosexualité n'est donc qu'une « manifestation de la recherche d'identité sexuelle »²⁹.

Tout autre est la phase engageant le jeune dans la voie de l'homosexualité adulte. Dans cette seconde hypothèse, l'adolescent « vit un processus graduel de révélation à lui-même de sa personnalité et de ses préférences »³⁰. Ici, l'homosexualité n'est donc pas simplement une phase de développement, mais bien l'orientation sexuelle qui doit être acceptée par l'adolescent³¹. Cette acceptation se fait via un cheminement qui est appelé « dévoilement » ou « *coming out* »³². Il est défini comme un « processus de reconnaissance de l'identité sexuelle aboutissant à une prise de conscience d'une orientation gay, lesbienne ou bisexuelle et/ou à partager cette information avec d'autres »³³. Ce cheminement n'est pas connu des hétérosexuels³⁴. Il se compose de quatre étapes : « la prise de conscience initiale de la différence, mais aussi l'acceptation de l'attrait pour des partenaires de même

²⁵ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 67. « L'organisation œdipienne stable durant la période de latence connaît un bouleversement. Il y a un retour des pulsions refoulées en attendant qu'une nouvelle organisation psychique se mette en place pour les contenir à nouveau. Il y a un retour en flammes des pulsions orales, anales et génitales, mais cette fois dans un corps sexuellement mature » (S. CLERGET, *op. cit.* (voy. note n° 23), p. 365) ; Voy. également : S. CLERGET, *op. cit.* (voy. note n° 23), pp. 372-374.

²⁶ S. CLERGET, *op. cit.* (voy. note n° 23), p. 376 ; P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 67. D'ailleurs, « le passage à l'acte homosexuel ne renvoie pas forcément à l'homosexualité en tant qu'orientation établie. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un individu a une expérience homosexuelle qu'il est ou sera homosexuel » (A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21), p. 97). « Il ne faut donc pas enfermer un adolescent dans ses attirances ou ses pratiques à cet âge : cela pourrait venir parasiter la construction de son identité sexuelle » (A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21), p. 79).

²⁷ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 67.

²⁸ A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21), p. 98.

²⁹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 67.

³⁰ *Ibidem*, p. 69.

³¹ *Ibidem*. Cette préférence sexuelle peut se coupler avec une interrogation identitaire. Ainsi, un adolescent garçon pourrait se demander s'il est bien un garçon parce qu'il est attiré par les hommes (S. CLERGET, *op. cit.* (voy. note n° 23), pp. 377).

³² P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 69.

³³ Libre traduction de la définition donnée par B. H. Railey : « a sexual identity recognition process culminating in a self-awareness of a gay, lesbian, or bisexual orientation and/or sharing this information with others » (B. H. RAILEY, « GLB Adolescent's "coming out" », *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*, 2010/23, p. 4).

³⁴ *Ibidem*, p. 4.

sexe, la reconnaissance d'une identité homosexuelle et la conviction de pouvoir vivre sous cette identité »³⁵.

Face à ces deux formes d'homosexualité, le mot « construction » semble être la pierre angulaire. Ainsi, cette composante de l'adolescence est illustrée par la thématique de l'orientation sexuelle.

Chapitre 3 Orientation sexuelle du mineur dans son environnement

Parallèlement à ce bouleversement intérieur, le dévoilement aux proches est une étape importante puisqu'elle s'intègre au cœur même de ce processus qui peut parfois être douloureux et conflictuel³⁶.

Section 1 Première annonce

L'annonce de l'homosexualité se fait généralement dans un premier temps à un ami. Ce dévoilement constitue souvent une véritable libération³⁷. L'adolescent choisit donc une personne de son âge pour se livrer au sujet de son orientation sexuelle. Cette démarche semble naturelle au regard de l'importance que peut avoir, pour un adolescent, les pairs comme groupe de référence³⁸.

Section 2 *Coming out* aux parents

Tout autre est la question de l'annonce à la famille, cet événement pouvant s'avérer dévastateur tant pour le jeune que pour les parents.

³⁵ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 69. « L'identité homosexuelle se construirait ainsi progressivement, de l'étape de la “confusion d'identité” des premiers temps de la découverte de sentiments en relation avec l'homosexualité à la “synthèse identitaire” d'une homosexualité qui serait acceptée par le sujet » (J., ARENES, « Coming out et subjectivation », *Dialogue*, 2014/1, n° 203, p. 53).

³⁶ J., ARENES, *op. cit.* (voy. note n° 35), p. 56.

³⁷ B. H. RAILEY, *op. cit.* (voy. note n° 33), p. 6 ; E. CHARTRAND, E. D'AMICA, D. JULIEN et N. TREMBLAY, « Réactions des parents à la suite du dévoilement de l'orientation sexuelle de leur enfant gai, lesbienne ou bisexuel », in *Repenser la famille, renouveler les pratiques, adapter les politiques*, Montréal, Université du Québec à Montréal, vol. 24, n° 2, 2012, p. 122.

³⁸ B. H. RAILEY, *op. cit.* (voy. note n° 33), p. 6.

D'une part, les parents peuvent être « choqués, empreints d'angoisse et/ou de colère et se montrer rejetants »³⁹. Ces réactions peuvent s'expliquer par le fait que les parents ont tendance à vivre les victoires et les échecs de leur enfant comme une (in)compétence parentale. En effet, dans le cadre d'une société où l'homophobie persiste, le dévoilement de l'orientation sexuelle du jeune peut être vécu comme une incompétence parentale⁴⁰.

D'autre part, l'annonce au sein de la famille va engendrer une totale réorganisation familiale⁴¹. Dans le cas d'une réaction négative des père et mère, l'enfant connaîtra une expérience traumatisante⁴². D'un point de vue psychique, cette révélation peut être une source d'angoisse. Face à des attitudes familiales négatives, l'adolescent devra intégrer, parfois difficilement, ces événements⁴³. Enfin, dans certains cas, le rejet par les parents peut avoir une incidence négative sur le développement identitaire et psychosocial du jeune⁴⁴. Dans des cas extrêmes, « certains vont fuguer d'un milieu familial inhospitalier, d'autres s'en trouver expulsés, en raison des conflits qu'engendre leur orientation »⁴⁵.

Section 3 Réactions des différents milieux sociaux intégrés par l'adolescent

L'adolescent est confronté à diverses réactions émanant de son environnement. En effet, l'école, comme d'autres milieux connus par l'enfant, peut paraître hostile. Les établissements scolaires sont des lieux acceptant difficilement les orientations sexuelles diverses⁴⁶. De plus, la société renvoie souvent une image péjorative de l'homosexualité. Cela peut notamment se traduire par des « attitudes discriminatives à l'égard d'expressions non normatives de la sexualité et de l'amour », des agressions ou du harcèlement⁴⁷.

³⁹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 70. Voy. également : B. H. RAILEY, *op. cit.* (voy. note n° 33), p. 6 ; J. ARÈNES, *op. cit.* (voy. note n° 33), p. 56.

⁴⁰ E. CHARTRAND, E. D'AMICA, D. JULIEN et N. TREMBLAY, *op. cit.* (voy. note n° 37), pp. 123.

⁴¹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 70.

⁴² J. ARÈNES, *op. cit.* (voy. note n° 35), p. 70.

⁴³ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁴ E. CHARTRAND, E. D'AMICA, D. JULIEN et N. TREMBLAY, *op. cit.* (voy. note n° 37), p. 122.

⁴⁵ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 70.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁷ *Ibidem*.

Face à ces diverses réactions sociétales, l'adolescent peut se trouver en grande souffrance. Celle-ci peut se matérialiser par un isolement, un déni de sa sexualité⁴⁸, des problèmes relationnels ou encore des idées suicidaires⁴⁹.

Conclusion

Face à ces enjeux et considérations psychologiques, le droit ne peut rester indifférent. Nous nous efforcerons donc, dans le présent mémoire, d'analyser comment les normes en vigueur intègrent la conception actuelle de l'orientation sexuelle. De plus, nous nous interrogerons sur les règles mises en place pour soutenir l'adolescent durant le passage de cette période, parfois difficile, qu'est le *coming out*.

En outre, dans cette analyse législative, il sera intéressant de se pencher sur la façon dont le législateur se positionne, au sein même de l'opposition entre nature et culture, sur la question de l'autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle. Nous pouvons constater que ce débat s'inscrit déjà au cœur même de son être : d'une part, par l'évolution et la construction sexuelle qu'il connaît en lui-même et, d'autre part, par le regard renvoyé par sa propre famille, mais également par d'autres groupes sociaux et plus généralement par la société.

⁴⁸ Cette mise sous secret de cette part de sa vie est souvent due à une peur du ridicule ou de la moquerie (B. H. RAILEY, *op. cit.* (voy. note n° 33), p. 6).

⁴⁹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), pp. 69-70. ÉDUCATION À LA SANTÉ, « Les jeunes homosexuel/les », in *Le portail de la prévention au suicide*, disponible sur http://www.preventionsuicide.info/jeunes/groupe_risque/groupe_homosexuelles.php/ (consulté le 3 juillet 2018) : « Depuis 1990, les études les plus probantes ont permis de démontrer que les homosexuel/les, et plus particulièrement les jeunes, présentaient un risque de tentative de suicide plus important que les hétérosexuel/les. Ce risque différentiel est de 2 à 7 fois plus élevé chez les homo- ou bisexuels. Cela serait dû au fait que la norme de la masculinité exerce généralement une pression particulièrement forte auprès des garçons lors de l'adolescence, tandis que la norme de la féminité s'imposerait aux filles plus tard, au moment de la mise en couple et de la maternité ».

PARTIE 2

VIE SEXUELLE ET AFFECTIVE DU MINEUR : UN FORT BIEN GARDÉ ?

Durant toute son adolescence, le jeune homosexuel peut connaître des moments de doute et d'angoisse liés à la découverte de son orientation sexuelle. Face à cette vulnérabilité, il est nécessaire de s'intéresser aux différentes normes juridiques qui sont venues protéger le mineur.

Plusieurs branches du droit viennent encadrer la vie sexuelle et affective de l'enfant. Ainsi, par le biais de la Convention internationale des droits de l'enfant⁵⁰ et de la Constitution, les droits fondamentaux introduisent certaines protections générales (Chapitre 1). De plus, le droit pénal régit les relations sexuelles du mineur (Chapitre 2). Enfin, le droit de la famille, par la voie de l'autorité parentale, permet aux parents de prendre toutes décisions sur les droits personnels du mineur, en ce compris l'(im)possibilité pour ce dernier de voir certaines personnes ou de nouer des liens avec certains individus (Chapitre 3).

Chapitre 1 De la Convention internationale des droits de l'enfant à l'adoption de l'article 22bis de la Constitution

Section 1 De la Convention internationale des droits de l'enfant...

À côté des textes internationaux généraux applicables tant aux adultes qu'aux enfants⁵¹, le droit international s'est doté d'une convention s'appliquant spécifiquement aux enfants : la Convention internationale des droits de l'enfant. Ce texte général et

⁵⁰ Convention internationale des droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 (ci-après « C.I.D.E » ou « Convention » pour la présente partie).

⁵¹ A.-C. RASSON, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? », *Rev. Trim. D.H.*, 2016, p. 484.

contraignant regroupe tant des droits civils et politiques que des droits sociaux, économiques et culturels⁵².

Bien que la C.I.D.E. reconnaisse un ensemble de droits aux enfants⁵³, nulle référence n'est faite à l'orientation sexuelle ou à la vie sexuelle et affective du mineur de manière explicite. Par contre, il semble qu'implicitement elle contienne une interdiction de discrimination quant à l'orientation sexuelle de l'enfant par le truchement de l'article 2 de la Convention⁵⁴. En effet, cet article liste une série de critères protégés sur base desquels le mineur ne peut se faire discriminer. Par l'expression « ou autre », les États parties ont laissé la porte ouverte à d'autres critères tels que celui de l'orientation sexuelle⁵⁵.

Section 2 ... À l'adoption de l'article 22bis de la Constitution

Il aura fallu attendre dix ans pour que la Belgique introduise un article protégeant les enfants au sein de la Constitution⁵⁶. L'article 22bis dispose, en son alinéa 1^{er}, que « chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle ».

Au regard des travaux préparatoires, le constituant a voulu, sous l'expression d'« intégrité sexuelle », protéger les mineurs contre les violences et les exploitations sexuelles⁵⁷. La Constitution ne protège pas le mineur quant à son orientation sexuelle ou quant à sa vie sexuelle et affective.

⁵² DÉFENSE DES ENFANTS INTERNATIONAL, *Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 : Les droits de l'enfant en question(s)*, Liège, Éditions Jeunesse et droits, 1992, p. 11.

⁵³ Nous pensons notamment aux droits à la vie (art. 6), à l'identité (art. 8), à être entendu sur les questions qui le concernent (art. 12) et aux libertés de pensée, de conscience et de religion (art. 14).

⁵⁴ Ce article dispose que « les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation ».

⁵⁵ Cela serait en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les dispositions nationales protégeant chaque individu quant à son orientation sexuelle (cf. *infra*).

⁵⁶ Loi du 23 mars 2000 modifiant la Constitution, *M.B.*, 25 mai 2000, p. 17757.

⁵⁷ 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 Tailman, *Doc. parl.*, Sen., 1999-2000, n° 2-21/4, pp. 16-17 : « La commission nationale a toutefois orienté ses travaux vers toutes les formes de violence sexuelle à l'égard des enfants. En outre, elle place le problème de l'exploitation sexuelle des enfants dans le contexte beaucoup plus large de leur position sociale et juridique générale. L'exploitation sexuelle et la maltraitance des enfants ne sont pas des actes qui échappent aux jugements de valeur. Ces phénomènes ne peuvent être

Chapitre 2 Majorité sexuelle : rempart du fort

Tournons-nous à présent vers le droit pénal. Quels mécanismes la société met-elle en place pour protéger la vie affective et sexuelle du mineur⁵⁸ ? Pour comprendre la réglementation pénale en matière de vie amoureuse des jeunes de moins de dix-huit ans, il est nécessaire d'établir une distinction entre, d'une part, leur vie sentimentale et affective et, d'autre part, leurs rapports sexuels.

Concernant la vie affective du mineur de moins de dix-huit ans, la loi pénale n'intervient pas dans les sentiments que peut ressentir un mineur, qu'importe le sexe ou l'âge du partenaire et du jeune lui-même.

Par contre, la vie sexuelle du jeune est réglementée par deux infractions : le viol et l'attentat à la pudeur. Une première section nous permettra d'appréhender le régime juridique tel qu'il est organisé par le Code pénal. Ensuite, dans une deuxième section, nous nous consacrerons à l'analyse des arrêts de la Cour constitutionnelle en la matière. Enfin, dans une troisième et dernière section, nous prendrons un peu de hauteur, en nous questionnant sur l'autonomie du mineur dans ses relations sexuelles.

Section 1 Régime juridique pénal⁵⁹

La réglementation des rapports sexuels des mineurs est établie sur base de deux articles du Code pénal : l'article 372 (l'attentat à la pudeur) et l'article 375 (le viol). Pour appréhender au mieux le système tel qu'il est organisé par ces dispositions, il y a lieu de distinguer trois types de mineurs suivant leur âge⁶⁰.

combattus victorieusement que si l'on fait intervenir dans le débat les valeurs individuelles et sociales sous-jacentes ».

⁵⁸ Ainsi, nous n'aborderons pas d'autres infractions liées aux mineurs telles que la maltraitance d'enfants ou la déchéance de l'autorité parentale (voy. S. DEGRAVE, « Titre I – Le droit pénal de la famille et les enfants », in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, pp. 885-900).

⁵⁹ Le présent chapitre n'abordera pas les protections procédurales en matière de réglementation des rapports sexuels, par exemple les règles liées à l'audition du mineur (voy. I. WATTIER, « La parole de l'enfant et l'hommage à la fiction dans la preuve pénale des abus sexuels impliquant des mineurs d'âge en droit belge », *A.D.L.*, 2009/1, pp. 74-81), ou encore les règles liées à la prescription en matière d'abus sexuels (M. BOUHON, « Abus sexuels sur mineurs : la loi du 30 novembre 2011 », *A.D.L.*, 2014/2, pp. 231-282).

⁶⁰ Lorsque le rapport sexuel a lieu entre deux mineurs de moins de seize ans, la loi pénale reste applicable. Le mineur ne peut donc se prévaloir de la présomption légale d'absence de discernement pour échapper à toute poursuite. En effet, cette présomption ne s'applique que pour l'application d'une peine, et ne s'étend pas à l'incrimination en elle-même. Le mineur peut donc être « auteur et victime de l'infraction » (S.

§1 RÉGIME APPLICABLE AUX JEUNES DE PLUS DE SEIZE ANS

Le premier groupe comprend les mineurs de plus de seize ans. Ces jeunes peuvent librement consentir à une relation sexuelle alors qu'ils sont encore soumis à l'autorité parentale^{61 62}. Ainsi, la loi pénale n'interfère pas dans la vie sexuelle du mineur âgé de plus de seize ans. C'est pourquoi la doctrine⁶³ qualifie cet âge comme étant celui de la « majorité sexuelle »⁶⁴ bien que cette notion n'ait jamais été explicitement consacrée par le législateur.

§2 RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX JEUNES AYANT ENTRE QUATORZE ET SEIZE ANS

A. Notion

Dans un deuxième groupe, il y a lieu de prendre en considération les mineurs âgés de quatorze à seize ans. Pour ces derniers, l'article 372, alinéa 1^{er} du Code pénal dispose que « tout attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans accomplis, sera puni de la réclusion de cinq ans à dix ans ». Il y a donc une présomption irréfutable d'attentat à la pudeur lorsque le mineur est âgé de moins de seize ans.

DALLEMAGNE et C. VILLÉE, « Les relations sexuelles chez les mineurs au vu de la loi », *J. dr. jeun.*, 2010, n° 292, p. 42).

⁶¹ *Ibidem*, p. 40.

⁶² Cf. *infra*.

⁶³ Voy. à titre illustratif : E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003/4, pp. 474-506 ; S. DALLEMAGNE et C. VILLÉE, *op. cit.* (voy. note n° 60), pp. 40-44 ; I. WATTIER, « La norme pénale de majorité sexuelle discutée : des sources formelles aux sources cryptiques du droit », in *Sexe et normes*, Bruxelles, Brulant, 2012, pp. 35-58 ; V. LAFARQUE, « Le sexe, la loi et le mineur », *B.S.J.*, 2013/504, p. 11.

⁶⁴ Voy. à propos de l'origine de la notion : C. DE MAN, « Sois grand et tes droits ? La majorité pénale, sexuelle, civile en question. Compte rendu de la journée de réflexion organisée par le SDJ de Bruxelles le 1^{er} mars 2016 », *J. dr. jeun.*, n° 359, 2016, p. 7 : « La notion de "majorité sexuelle", quant à elle, a fait son apparition en droit belge il y a plus de quarante ans dans le *Précis de droit des personnes* (droit civil) de Fr. Rigaux, édité en 1971. La notion fait l'objet d'une controverse entre les partisans de sa réception et ceux qui s'y montre critiques. Isabelle Wattier expose sa position en faveur de la notion de "majorité sexuelle" a intégré les droits nationaux des États membres de l'Union européenne ».

Tel qu'il est rédigé, l'article 372 ne donne pas de définition de l'attentat à la pudeur. La jurisprudence⁶⁵ et la doctrine⁶⁶ se sont donc attelées à trouver une définition pour qualifier cette infraction⁶⁷. Nous retiendrons la définition d'Olivier Bastyns⁶⁸ : « Tout acte contraire aux mœurs et d'une certaine gravité commis de manière intentionnelle sur une personne ou à l'aide d'une personne déterminée sans le consentement valable de celle-ci »⁶⁹.

Le régime applicable à cette catégorie de jeunes a pour objectif d'interdire « les relations sexuelles en dessous d'un certain âge à déterminer »⁷⁰. Le législateur a donc une volonté de prohiber tout rapport sexuel en dessous de seize ans, bien qu'il soit conscient que ces mineurs peuvent consentir auxdits rapports⁷¹.

B. Éléments constitutifs

Pour qu'un rapport sexuel consenti soit considéré comme un attentat à la pudeur, la réunion de quatre éléments constitutifs est nécessaire⁷².

⁶⁵ Citons pour exemple : « Actes d'une certaine gravité, portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne telle qu'elle est perçue par la conscience collective d'une société déterminée à une époque déterminée » (Cass. (2^e ch.), 7 janvier 1997, *R.W.*, 1997-98, p. 116), « Atteinte contraignante à l'intégrité sexuelle, qui se réalise sur une personne vivante ou à l'aide de celle-ci, sans exiger nécessairement un contact physique avec elle » (Cass. (2^e ch.), 6 octobre 2004, *J.T.*, 2005/6, p. 100), « L'attentat à la pudeur consiste dans le fait pour l'auteur de cette infraction d'imposer à sa victime non consentante un contact physique sur sa personne ou à l'aide de sa personne de nature à offenser sa pudeur au sens de la décence en matière sexuelle » (Bruxelles, 19 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 487).

⁶⁶ Voy. pour exemple : « *Een handeling ressorteert dus onder het gekwalificeerd gedrag inzake aanranding van de eerbaarheid wanneer het verband houdt met de seksuele (fysieke) integriteit van een persoon, zoals deze door het collectief bewustzijn van een bepaalde maatschappij en op een bepaald tijdstip wordt ervaren* » (L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen-Gröningen, Intersentia, 2002, p. 484) ; « Toute action physique contraire au sentiment commun de la pudeur entreprise sur une autre personne contre son gré ; toute agression physique d'autrui dans l'ordre sexuel, autre que le viol » (F. RIGAUX et P.E. TROUSSE, *Les crimes et délits du Code pénal*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 291).

⁶⁷ Pour une synthèse des différentes définitions de l'attentat à la pudeur, voy. I. WATTIER, « Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives », in *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexuel* (sous la dir. de A. MASSET), Bruxelles, La charte, 2009, pp. 20-22.

⁶⁸ Cette définition a été reprise par différents auteurs de doctrine : I. WATTIER, « Chapitre V – L'attentat à la pudeur et le viol », in *Les crimes et délits du Code pénal*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 87 ; N. BLAISE, « L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise », *J. dr. jeun.*, n° 287, 2009, p. 20 ; S. DALLEMAGNE et C. VILLEE, *op. cit.* (voy. note n° 60), pp. 40-44.

⁶⁹ O. BASTYNS, « V° Attentat à la pudeur », in *Droit pénal et procédure pénale*, Waterloo, Kluwer, F. mob., 28 février 2003, p. 11.

⁷⁰ Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 166/8, p. 7.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁷² À la vue de la complexité de l'infraction, nous ne développerons que les éléments en lien direct avec le cas spécialement visé. Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur à I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 68), pp. 80-179.

Premièrement, il faut une atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne⁷³. Contrairement au viol, la réalisation de l'infraction n'exige pas une pénétration. En effet, la Cour de Cassation requiert « qu'il s'agisse d'actes d'une certaine gravité, portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne telle qu'elle est perçue par la conscience collective d'une société déterminée à une époque déterminée »⁷⁴. Ainsi, l'intégrité sexuelle est une notion relative puisqu'elle fait référence à la perception qu'en fait la société à une époque donnée⁷⁵. Cette notion floue doit donc être interprétée par les cours et tribunaux⁷⁶.

Deuxièmement, la définition ne nécessite pas que la victime soit identifiée. Cette condition permet de distinguer l'attentat à la pudeur de l'outrage aux mœurs, infraction régie par l'article 385 du Code pénal⁷⁷.

Troisièmement, la victime ne doit pas avoir donné un consentement valable⁷⁸. Ainsi, le législateur a établi, à l'article 372, premier alinéa du Code pénal, une présomption irréfutable⁷⁹ d'absence de consentement pour les jeunes de moins de seize ans. Le juge n'a aucune marge de manœuvre quant à l'appréciation du consentement qu'un mineur de moins de seize ans peut donner lors de rapports sexuels. Le Tribunal correctionnel de Courtrai⁸⁰ a d'ailleurs rappelé « qu'il devait appliquer la loi pénale sans se prononcer sur son opportunité »⁸¹ alors que le prévenu soutenait que la présomption irréfutable d'absence de consentement était désuète⁸². *A contrario*, le Tribunal correctionnel de Liège, en 2003, a décidé que « compte tenu de l'évolution des mœurs, des relations sexuelles librement consenties entre un jeune homme de vingt-et-un ans et une jeune fille de quinze

⁷³ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 68), p. 88.

⁷⁴ Cass. (2^e ch.), 7 janvier 1997, *Pas.*, 1997, p. 33.

⁷⁵ L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 467.

⁷⁶ S. DALLEMAGNE et C. VILLÉE, *op. cit.* (voy. note n° 60), p. 40.

⁷⁷ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 68), p. 100.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁹ *Ibidem* ; I. WATTIER, « État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et question critiques – De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs ? », *A.D.L.*, 2002/1-2, p. 96 ; N. BLAISE, *op. cit.* (voy. note n° 68), p. 21 ; I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 67), p. 31 ; S. DALLEMAGNE et C. VILLÉE, *op. cit.* (voy. note n° 60), pp. 40-44 ; I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 38 ; C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), p. 7.

⁸⁰ Corr. Kortijk, 28 maart 2006, *T.J.K.*, 2006, pp. 388-389.

⁸¹ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 67), p. 31. Voy. Corr. Kortijk, 28 maart 2006, *T.J.K.*, 2006, p. 389 : « *De eerste beklaagde gaat hierbij kennelijk aan voorbij dat de rechtbank zich niet dient uit te spreken over de opportuniteit van de bestaande wetgeving en dat de rechtbank deze dient toe te passen* ».

⁸² Corr. Kortijk, 28 maart 2006, *T.J.K.*, 2006, p. 389 (voy. également : I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 67), p. 31).

ans ne constituent pas nécessairement un attentat à la pudeur »⁸³ et a donc acquitté le prévenu⁸⁴. Nous ne pouvons que regretter cette interprétation *contra legem*. En effet, le Code pénal ne requiert pas le non-consentement de la victime comme élément constitutif.

Enfin, quatrième, l'auteur de l'infraction doit avoir la conscience et la volonté de commettre l'acte puni par la loi⁸⁵. Comme l'a souligné le Tribunal correctionnel d'Eupen, « la prévention d'attentat à la pudeur ne requiert nullement un dol spécial consistant en l'intention d'attenter à la pudeur de la victime. Il suffit que l'acte volontaire posé par le prévenu porte objectivement atteinte à la pudeur de la victime »⁸⁶.

§3 RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX ENFANTS DE MOINS DE QUATORZE ANS

Le troisième et dernier groupe que nous analyserons regroupe les mineurs âgés de moins de quatorze ans. La loi pénale protège ces mineurs par deux infractions : le viol (A) et l'attentat à la pudeur (A).

A. Viol

Le viol sans violences est la première incrimination qui permet de protéger l'intégrité sexuelle du mineur de moins de quatorze ans⁸⁷. Cette infraction est définie à l'article 375 du Code pénal comme étant « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas ».

Le viol est donc une infraction qui connaît deux éléments constitutifs. D'une part, il est nécessaire qu'il y ait une pénétration sexuelle. Celle-ci peut être anale, vaginale ou orale. Le sexe de la victime n'est pas relevant dans la réalisation de cet élément constitutif⁸⁸. D'autre part, il faut qu'il y ait une absence de consentement dans le chef de la victime pour que l'infraction soit réalisée. En effet, comme le dispose l'alinéa 6 de l'article 375, il y a

⁸³ Corr. Liège, 30 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1385.

⁸⁴ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 67), p. 31.

⁸⁵ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 68), p. 103.

⁸⁶ Corr. Eupen, 12 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006/30, p. 1328.

⁸⁷ Code pénal, art. 375, al. 6.

⁸⁸ N. BLAISE, *op. cit.* (voy. note n° 68), p. 22 : « En effet, longtemps, le viol a été limité à l'acte de pénétration sexuelle forcé de l'homme sur la femme ».

une présomption irréfragable⁸⁹ d'absence de consentement pour les mineurs de moins de quatorze ans. Nous sommes ainsi face à une « infraction autonome »⁹⁰ puisque l'âge de la victime est un élément constitutif. Il n'est pas simplement une circonstance aggravante. A *contrario*, la violence n'est pas une circonstance aggravante ou un élément constitutif de l'infraction⁹¹.

En 1882, le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles a reconnu, en parlant du viol, qu'« il ne s'agit plus d'une atteinte à l'ordre des familles mais d'une offense à la personne humaine »⁹². Ainsi, la volonté du législateur est de protéger le mineur de moins de quatorze ans parce que ce dernier ne sait pas consentir à une pénétration sexuelle⁹³.

B. Attentat à la pudeur

Pour l'analyse de cette incrimination, nous renvoyons le lecteur au deuxième paragraphe de la présente section.

⁸⁹ Bien que cette présomption ne soit pas reconnue explicitement par le législateur, une doctrine majoritaire la qualifie comme telle : I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 79), pp. 81-145 ; S. DALLEMAGNE et C. VILLEE, *op. cit.* (voy. note n° 60), p. 42 ; V. LAFARQUE, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 11.

⁹⁰ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 79), p. 92.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁹² Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 166/8, p. 5. Ce constat a été rappelé lors des travaux parlementaires de 1989, où il a été reconnu que « le viol était désormais considéré comme une atteinte à l'intégrité de la personne humaine et non plus seulement comme une offense à l'ordre des familles et à la moralité publique » (Projet de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1988-1989, 702/4, p. 2). Il est toutefois important de signaler que l'article consacré à cette incrimination fait toujours partie du « Titre VII – Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique » du Code pénal. Une certaine doctrine pense d'ailleurs que le viol ainsi que l'attentat à la pudeur « devraient prendre place parmi les crimes et délits contre les personnes et leur structure générale devraient être profondément remaniée » (S. BERBUTO et C. PEVEE, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J. dr. jeun.*, n° 204, 2001, p. 6). Nous pensons que ce point de vue se justifie pour le viol mais ne semble pas correspondre à la *ratio legis* de l'attentat à la pudeur (cf. *supra*).

⁹³ Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 166/8, p. 6.

Section 2 Analyse des arrêts de la Cour constitutionnelle du 4 juin et du 29 octobre 2009⁹⁴

Pour comprendre l'agencement de ces trois catégories, l'articulation des dispositions légales en présence et la philosophie qui justifie cette réglementation, il y a lieu de s'intéresser aux questions préjudicielles qui ont été posées à la Cour constitutionnelle sur la compatibilité des articles 372 et 375 du Code pénal avec les articles 10 et 11 de la Constitution⁹⁵.

Après avoir exposé les deux thèses en présence (§1), nous étudierons la décision rendue par la Cour constitutionnelle (§2).

§1 THÈSES EN PRÉSENCE

Les deux arrêts qui ont pour objet la conformité des articles 372 et 375 du Code pénal à la Constitution font s'opposer deux adversaires idéologiques : d'une part, ceux qui sont « hostile[s] à la norme pénale de majorité sexuelle en vigueur »⁹⁶ et, d'autre part, le Conseil des ministres, défenseur de la législation actuellement établie.

⁹⁴ C.C., 4 juin 2009, n° 93/2009, www.arbitrage.be ; C.C., 29 octobre 2009, n° 169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 344-349 et note I. WATTIER, « De la constitutionnalité à la contrefactualité des catégories pénales de viol et de l'attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur un mineur de moins de seize ans ».

⁹⁵ Voy. pour exemple ces deux questions préjudicielles :

« 1. Les articles 372 et 375 du Code pénal violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une personne majeure de sexe masculin qui a des relations sexuelles complètes (acte de pénétration sexuelle) avec une fille de plus de 14 ans et de moins de 16 ans, et ce avec le consentement de celle-ci, ne peut être punie sur la base de l'article 375 du Code pénal, alors qu'une personne majeure peut effectivement être punie sur la base de l'article 372 du Code pénal pour avoir commis certains attouchements à connotation sexuelle (attouchements à la poitrine et au pubis) sur la même fille, toujours avec son consentement, ces derniers actes étant pourtant à considérer objectivement comme moins extrêmes ?

2. Les articles 372 et 375 du Code pénal violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une personne majeure qui commet un acte de pénétration sexuelle sur une personne mineure de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, avec le consentement de celle-ci, ne peut être punie sur la base de l'article 375 du Code pénal, alors qu'une personne majeure qui commet de simples attouchements sexuels sans pénétration sur une personne mineure de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, avec le consentement de celle-ci, peut effectivement être punie, la pénétration sexuelle étant pourtant à considérer objectivement comme un acte plus extrême ? ».

» (C.C., 4 juin 2009, n° 93/2009, www.arbitrage.be, pt I., p. 2).

⁹⁶ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 42.

A. Thèse hostile au régime actuel

Dans la première thèse idéologique, deux grands arguments sont développés synthétiquement.

Un premier argument relève un manque de cohérence dans l'application du régime aux personnes ayant des rapports sexuels avec des mineurs âgés de quatorze à seize ans. En effet, ces derniers se voient infliger la même peine qu'ils aient commis une pénétration sexuelle consentie ou de simples attouchements sexuels consentis alors que le premier acte est « objectivement plus extrême »⁹⁷ que le second.

Dans un second argument, les rédacteurs de la question préjudicielle se centrent sur la notion de « consentement ». À partir de l'âge de quatorze ans, le législateur considère que le mineur peut consentir librement à une pénétration sexuelle. Par contre, le consentement n'est pris en compte qu'à partir de seize ans pour tout acte sexuel en ce compris la pénétration sexuelle au regard de l'incrimination d'attentat à la pudeur. Le législateur fait donc prévaloir « la pudeur publique et la protection du mineur »⁹⁸ à « la volonté sexuelle »⁹⁹ de ce dernier¹⁰⁰. Ainsi, cet argument se fonde sur la *ratio legis* de la loi¹⁰¹.

B. Thèse du Conseil des ministres

Face à ce point de vue hostile à la législation en vigueur, le Conseil des ministres défend la majorité sexuelle telle qu'elle est établie actuellement par le Code pénal. Pour ce faire, il se base sur les travaux préparatoires de la loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives aux crimes de viol et de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale du mineur. Ceux-ci révèlent le choix du législateur d'ériger deux

⁹⁷ I., WATTIER, « Le double seuil d'âge de validité du consentement sexuel : un choix de politique pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 251.

⁹⁸ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 42.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 575 : « *Aangezien de leeftijd ontegensprekelijk een invloed heeft op de mentaal en fysieke mogelijkheden van een persoon, moet de bekwaamheid om geldig toe te stemmen inzake de menselijke seksualiteitsbeleving ook in functie daarvan bepaald worden. Telkens wanneer het al dan niet bestaan van een toestemming een invloed heeft op de strafwaardigheid, moet met andere woorden bepaald worden vanaf welke leeftijd men bekwaam geacht wordt om met de kwetsieuzen gedragingen of confrontaties toe te stemmen* ».

infractions distinctes avec des limites d'âge différentes¹⁰² : les intérêts protégés diffèrent dans chacune des infractions.

« Le crime d'attentat à la pudeur sans violences ni menaces est en effet basé sur la notion de "pudeur" telle qu'elle est perçue par la société et dans le cadre de laquelle le consentement individuel n'est pas déterminant, contrairement à ce qui est le cas pour le crime de viol »¹⁰³. Quant à l'infraction de viol, elle protège la « liberté sexuelle »¹⁰⁴ de l'individu.

Cette thèse rejoint une opinion doctrinale qui considère que le système tel qu'il est mis en place est là pour protéger « un certain ordre social et moral »^{105 106}.

§2 ARGUMENTS ET DÉCISION DE LA COUR

Pour rendre sa décision, la Cour se borne à rappeler la *ratio legis* de ces deux infractions¹⁰⁷. Cette analyse lui permet de conclure que « le législateur a pu raisonnablement prévoir que les peines particulièrement sévères qui sanctionnent le viol – crime qui requiert, en règle, une pénétration sexuelle non consentie – ne s'appliquent pas dans le cas où le mineur âgé de quatorze à seize ans a donné son consentement à la pénétration sexuelle. En revanche, le législateur n'a pas voulu qu'un tel comportement ne soit pas punissable. En effet, un acte de pénétration sexuelle commis sur la personne d'un mineur âgé de quatorze à seize ans peut, selon les circonstances, constituer un attentat à la pudeur, même si la victime y a consenti librement et volontairement »¹⁰⁸.

En outre, la Cour, dans son arrêt du 29 octobre 2009, ajoute une deuxième justification pour fonder sa décision. En effet, elle rappelle qu'elle est incompétente pour juger la gravité d'une infraction et la sévérité de la peine s'y attachant¹⁰⁹.

¹⁰² C.C., 4 juin 2009, n° 93/2009, www.arbitrage.be, §A.4.2., p. 4 ; C.C., 29 octobre 2009, n° 169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, §A.2.2., p. 5 ; Voy. également : I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 43.

¹⁰³ C.C., 29 octobre 2009, n° 169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, A.2.5., p. 6.

¹⁰⁴ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 43.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰⁶ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentias, 2006, pp. 92-93.

¹⁰⁷ Cf. *supra*.

¹⁰⁸ C.C., 4 juin 2009, n° 93/2009, www.arbitrage.be, §B.6., p. 9 ; C.C., 29 octobre 2009, n° 169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, B.6., p. 11.

¹⁰⁹ C.C., 29 octobre 2009, n° 169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, B.8., p. 11.

Ainsi, la Cour a conclu par une réponse négative aux questions qui lui avaient été soumises, aucune discrimination n'étant à relever¹¹⁰.

Section 3 Réflexion philosophique : un affrontement idéologique

De nombreux auteurs ont émis des analyses sur la majorité sexuelle et sur l'articulation du Code pénal à ce propos¹¹¹. Notre réflexion se centrera sur les diverses philosophies qui peuvent justifier la réglementation des relations sexuelles des mineurs.

Comme nous l'avons souligné lors de l'analyse des arrêts de la Cour constitutionnelle¹¹², deux thèses s'opposent sur la question de l'organisation juridique de la réglementation des rapports sexuels avec des mineurs consentants. Comme nous le verrons, ces deux points de vue s'inscrivent au cœur même de la dichotomie nature/culture

§1 THÈSE PATERNALISTE

La première thèse défendue, dite « paternaliste »¹¹³, défend l'idée que le consentement du mineur à un rapport sexuel ne peut exister en dessous d'un certain âge¹¹⁴. D'après cette conception, la réelle question est de savoir si les rapports sexuels envisagés sont en conformité avec la morale. Cette approche est ainsi reprise dans le Code pénal actuel et n'a fait que s'accroître avec les inquiétudes qu'a connues la Belgique en raison des célèbres affaires de pédophilie¹¹⁵. Le système, tel qu'il est conçu actuellement dans

¹¹⁰ C.C., 4 juin 2009, n° 93/2009, www.arbitrage.be, §A.5., p. 10 ; C.C., 29 octobre 2009, n°169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 14.

¹¹¹ I. WATTIER, « Etat du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et question critiques – De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs ? », *A.D.L.*, 2002/1-2, pp. 81-145 ; E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), pp. 474-506 ; C.C., 29 octobre 2009, n°169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 344-349 et note I. WATTIER, « De la constitutionnalité à la contrefactualité des catégories pénales de viol et de l'attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur un mineur de moins de seize ans ».

¹¹² Cf. *supra*.

¹¹³ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 486.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

notre société¹¹⁶, conserve toujours une approche liée à la moralité et aux bonnes mœurs¹¹⁷. La réglementation repose donc sur une justification par l'ordre de la Nature de l'organisation de la société, supposant qu'il transcende les différences culturelles à cet égard¹¹⁸. Quatre considérations viennent légitimer le système tel qu'il existe actuellement : « a) Avant la puberté et au début de celle-ci, il faut éviter au garçon et à la fille toute expérience sexuelle traumatisante ; b) N'ayant pas atteint l'âge de la maturité sexuelle, les mêmes individus sont psychologiquement inaptes à donner un consentement valable aux sollicitations dont ils peuvent faire l'objet ; c) Ils sont spécialement soumis à l'influence de toute publicité indécente "de nature à troubler leur imagination" ; d) Certaines dispositions font apparaître que le législateur est *a priori* défavorable à toute activité sexuelle génitale des mineurs d'âge »¹¹⁹.

Force est de constater que cette thèse s'inscrit dans une conception philosophique naturaliste. Les défenseurs de cette thèse se basent sur la Nature elle-même pour venir protéger et réglementer ce pan de la vie du mineur.

Cette conception connaît néanmoins deux faiblesses : d'une part, toutes les sociétés connaissent une réglementation différente de l'organisation des relations sexuelles et, d'autre part, cette régulation est influencée par la culture¹²⁰. Tant le viol que l'attentat à la pudeur sont conçus comme des notions uniformes acceptées par la collectivité¹²¹.

§2 THÈSE CONSENSUALISTE

Face à ce courant « paternaliste », une seconde thèse « consensualiste » vient redessiner les contours de cette matière. Cette conception s'inscrit dans une vision philosophique culturelle.

¹¹⁶ D'un point de vue anthropologique et ethnologique, il est intéressant de souligner que toutes les sociétés réglementent la sexualité. Cette régulation peut se traduire par une interdiction de toute activité sexuelle non-autorisée par la « loi » mais peut également être régulé par la coutume. (I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 79), pp. 97-98). Ainsi, il est essentiel de percevoir le caractère relatif de la matière.

¹¹⁷ Il est important de signaler qu'historiquement, notre système se fondait sur la tradition chrétienne (F. RIGAUX, *Les personnes, t. I, Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 11-12 : « C'est une tradition chrétienne, remontant au moins à Saint Paul qui a très fermement affirmé le caractère illicite des relations sexuelles en dehors du mariage »).

¹¹⁸ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 79), p. 98.

¹¹⁹ F. RIGAUX, *op. cit.* (voy. note n° 117), p. 212. Comme le souligne très justement I. Wattier, la quatrième considération semble relever davantage de l'opinion (I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 110), p. 99).

¹²⁰ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 110), p. 98.

¹²¹ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 489.

D'une part, il faut accorder une importance toute particulière au consentement des parties et non rester centré sur l'acte en lui-même¹²². De ce fait, le cœur de la réglementation devrait être l'autodétermination sexuelle¹²³ et il faut considérer que « la liberté sexuelle est un bien personnel inaliénable »¹²⁴. D'autre part, ces défenseurs se basent sur des considérations factuelles actuelles (les jeunes ont des rapports sexuels plus tôt que le seuil d'âge indiqué dans la loi¹²⁵), et souhaitent adapter le droit à la réalité vécue.

Étant en opposition avec la réglementation telle qu'elle est édictée actuellement, une série de critiques viennent appuyer cette thèse « consensualiste »¹²⁶. Le seuil d'âge et la présomption irréfragable, deux des grandes caractéristiques du système actuel, ne prennent pas en compte la réalité vécue par les mineurs et en font ainsi des « victimes obligées »¹²⁷. Alors qu'il est l'acteur central de la pièce qui se joue, le mineur est complètement écarté du débat et de la réalité qu'il vit. Le système est donc pernicieux puisqu'il enferme les mineurs dans des catégories créées selon leur âge. Celles-ci sont cadenassées par des présomptions irréfragables, ne laissant par conséquent aucune marge de manœuvre au juge¹²⁸ et au jeune lui-même. En effet, le caractère irréfragable de la présomption ne permet pas de tenir compte de la réalité¹²⁹.

¹²² E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 489. Rappelons que pour les culturalistes, la volonté est un élément essentiel.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ Dans une proposition de loi déposée par Mmes S. Lahaye-Battheu et C. Van Cauter, il est fait mention de diverses statistiques. Voy. pour exemple : « En moyenne, les jeunes Flamands ont leurs premières relations sexuelles à douze ans. C'est à cette âge qu'ils donnent leur premier baiser. En 2010, 48 % des garçons de 17 à 18 ans déclaraient avoir déjà eu des relations sexuelles, contre 52% en 2006 et 49 % en 2002. En 2010, 52, 2 % des filles de 17 à 18 ans déclaraient avoir déjà eu des relations sexuelles, contre 57 % en 2006 et 53 % en 2002. Il n'y a donc pas eu d'augmentation au cours de ces dix dernières années » (Proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, 1119/001, p. 5).

¹²⁶ Pour une vision complète des critiques de la législation actuellement en vigueur, voy. : I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n° 79), pp. 81-145 ; E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), pp. 474-506 ; N. BLAISE, *op. cit.* (voy. note n° 68), pp. 19-24 ; C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), pp. 3-11.

¹²⁷ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 487.

¹²⁸ B. VAN KEIRSBILCK, « La loi sur “ La protection pénale des mineurs ” : Une loi alibi rédigée dans un climat de psychose », *J. dr. jeun.*, n°184, 1999, p. 20.

¹²⁹ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 487.

Conclusion

Par l'analyse de la réglementation pénale de la sexualité des mineurs, nous remarquons que le législateur considère qu'en dessous de seize ans, le mineur ne peut pas avoir de relations sexuelles. Conscient que le mineur est capable de donner son consentement à partir de quatorze ans, il justifie la législation par la désapprobation sociétale d'une telle pratique en dessous du seuil d'âge de seize ans, et ce au regard de l'ordre de la Nature. Mais est-ce encore justifié au regard des considérations exposées dans la première partie ?

Chapitre 3 Autorité parentale : sentinelle du fort ?

Parallèlement aux protections pénales, le législateur a institué un régime de protection civile pour les individus de moins de dix-huit ans¹³⁰. Ce régime connaît un double objectif : protéger l'enfant en tant que personne vulnérable¹³¹ et le « guider progressivement vers l'autonomie et la citoyenneté »¹³².

Dans un premier temps, nous allons replacer la protection des enfants et des jeunes de moins de dix-huit ans dans un contexte sociologique et historique (Section 1). Ensuite, dans un deuxième temps, nous développerons les régimes juridiques des deux grandes protections que connaît le droit belge. En effet, celui-ci se subdivise en deux grandes institutions¹³³. La minorité introduit un principe d'« incapacité générale d'exercice »¹³⁴ (Section 2). Pour remédier à cette incapacité, le législateur a mis en place un mécanisme de représentation institué par le régime de l'autorité parentale¹³⁵ (Section 3).

¹³⁰ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 529.

¹³¹ A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *R.T.D.F.*, 2010/1, p. 15 ; A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 525.

¹³² F. DRUANT, « L'autorité parentale », *J. dr. jeun.*, 2006/1, n°251, p. 39.

¹³³ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 15.

¹³⁴ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J. dr. jeun.*, 2002, n° 214, p. 23.

¹³⁵ K. JOLITON, « Les mineurs et les soins de santé », *J. dr. jeun.*, 2003, n° 225, p. 19.

Section 1 Contexte sociologique et historique

§1 POINT DE VUE SOCIOLOGIQUE

L'être humain est l'espèce qui, dans le règne animal, connaît la maturité la plus longue, et ce, tant sur les plans physique et psychique, que sur le plan économique¹³⁶. En effet, d'un point de vue physique et psychique, nous remarquons une différence entre les nouveau-nés ou les jeunes enfants humains et d'autres mammifères du règne animal au même âge¹³⁷. En outre, d'un point de vue économique, les jeunes dépendent financièrement de leurs parents jusqu'à un âge où ils sont physiologiquement adultes¹³⁸. De plus, le départ du domicile familial ne correspond plus à l'âge de la majorité, à savoir dix-huit ans¹³⁹, et cela témoigne d'un « allongement de la jeunesse »¹⁴⁰. En définitive, nous pouvons conclure en « un allongement de la dépendance des jeunes aux ressources de leurs parents »¹⁴¹.

§2 POINT DE VUE HISTORIQUE¹⁴²

A. Trois axes

Les réglementations qui entourent l'incapacité du mineur et l'autorité parentale¹⁴³ ont connu une évolution importante à travers le temps. Ces différentes normes se sont construites autour de trois grands axes. Le premier est celui de la puissance. Les parents, au travers de l'autorité parentale, imposent leur volonté en dirigeant la vie de l'enfant. Le deuxième axe se centre sur la protection que doivent apporter les parents matériellement et relationnellement à l'enfant, dans l'objectif de « permettre de survivre et de se développer malgré son immaturité physique, psychique et économique »¹⁴⁴. Enfin, le troisième et

¹³⁶ Q. FICHER, « Chapitre II – Les incapables mineurs », in *Précis de droit de la famille* (sous la dir. de A.-C. VAN GYSEL), 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 627 ; A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 529.

¹³⁷ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 529.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 529.

¹³⁹ Cf. *infra*.

¹⁴⁰ C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), p. 3. « La jeunesse est une notion hétérogène et les jeunesses populaires subissent davantage les conséquences de cette transition perturbée entre la minorité et la majorité » (C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), p. 3).

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Pour un historique détaillé de l'autorité parentale, voy. également : G., HIERNAUX, « L'autorité parentale », *J.T.*, 2012/19, n° 6479, pp. 397-400 ; A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), pp. 529-539 ; N. MASSAGER, « L'autorité parentale et le droit d'hébergement », in *Traité de droit civil belge*, (sous la dir. de A.-C. Van Gysel), Bruxelles, Bruylant, 2015, t. 1, vol. 2, pp. 990-1002.

¹⁴³ Cf. *infra*.

¹⁴⁴ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 530.

dernier axe se situe dans l'autonomie que l'enfant doit avoir dans la prise de décision sur divers points de sa vie¹⁴⁵.

B. Trois grandes périodes

L'évolution législative qui entoure la protection civile du mineur peut être synthétisée en trois grandes périodes.

La première période se situe de la Rome antique au Code civil. En effet, du temps de la Rome primitive, la norme de référence était la puissance paternelle. Ainsi, seul le père exerçait l'autorité, que ce soit sur sa femme ou sur ses enfants, mêmes majeurs¹⁴⁶. L'enfant, quant à lui, était considéré comme *in-fans*, « c'est-à-dire incapable de parler »¹⁴⁷. Il ne pouvait pas parler et n'avait pas le droit de donner son avis¹⁴⁸. Par conséquent, le régime romain mettait principalement en avant la puissance paternelle et la protection que ce dernier apportait à toute la famille¹⁴⁹. Il est toutefois important de signaler qu'au fil du temps, diverses interventions sont venues agrandir l'autonomie des enfants. Nous pensons notamment à l'émancipation¹⁵⁰.

Une deuxième grande étape correspond au régime institué par le Code civil. En 1804, la puissance paternelle permet de garder l'ordre au sein de la famille¹⁵¹. Par opposition au régime romain, ce sont les père et mère qui partagent conjointement cette puissance paternelle sur l'enfant, par opposition au régime romain¹⁵². Toutefois, bien que

¹⁴⁵ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 530.

¹⁴⁶ A.-C. VAN GYSEL, « Le fondement et la portée actuelle de l'incapacité du mineur », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 240. « Dans chaque maison, un seul homme est *pater-familias*, maître de la *familia* ; et la *familia*, qu'on le remarque bien, c'est l'ensemble de toutes les personnes et de tous les biens composant la maison » (V. MARCADE, *Explication du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, vol. 1, 7^e éd., Paris, Delamotte et fils, 1873, p. 85).

¹⁴⁷ J. FIERENS, « Chapitre 1 – Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », in *Le droit de l'enfant au respect* (sous la dir. de T. MOREAU, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN), Limal, Anthemis, 2013, p. 28.

¹⁴⁸ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 239.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 240.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ J.-L. RENCHON, « De l'autorité parentale – Livre I - Titre IX », *J.T.*, 2004/12, p. 269 : « C'est que, quelles qu'avaient déjà pu être les avancées libérales issues de l'esprit des Lumières et de la Révolution française, l'existence d'un ordre familial qui s'impose à chacun et au sein duquel chacun tient sa place et exerce sa fonction était perçue par les auteurs du Code civil comme le meilleur garant de la sauvegarde de l'ordre social. L'idée de la nécessaire correspondance entre l'unité de la famille et l'unité de la société – devenue État-nation – est très certainement, au début du XIX^e siècle, le pivot de l'appréhension et de l'organisation des relations familiales ».

¹⁵² A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 241.

ce droit soit accordé conjointement aux deux parents, son exercice est exclusivement réservé au père¹⁵³.

Ainsi, le Code civil instaure un régime qui laisse une grande place à la puissance des parents¹⁵⁴, et surtout au père. En outre, la protection est un objectif qui a été pris en compte par les rédacteurs du Code de 1804¹⁵⁵ : elle « consiste à défendre l'enfant assiégé par les maladies et les besoins, et à lui permettre de survivre face aux dangers de toutes sortes qui le menacent »¹⁵⁶. Cela se traduit dans divers articles particuliers. En effet, les parents doivent donner leur autorisation pour le mariage de leur enfant. Cette formalité a pour but de conseiller l'enfant alors qu'il est dans un état de passion pouvant l'égarer¹⁵⁷. La puissance paternelle est cependant limitée : d'une part par un contrôle étatique s'immisçant dans l'exercice de la puissance paternelle¹⁵⁸, et d'autre part par une certaine autonomie transparaissant de la législation de l'époque. Nous pensons notamment à l'émancipation ou à la possibilité de faire un testament à partir de l'âge de seize ans¹⁵⁹.

Enfin, une troisième période vient marquer la protection civile du mineur. L'émanation des droits de l'enfant¹⁶⁰ s'accompagne de la volonté de changer la conception

¹⁵³ V. MARCADÉ, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 145 ; « Sans doute, à la différence du droit romain, les auteurs du Code civil choisirent-ils d'attribuer " l'autorité " sur les enfants tant à leur père qu'à leur mère (art. 372, C. Napoléon), mais, comme " la raison dicte qu'un tel partage ne saurait subsister sans déduire le pouvoir " et comme " la nature a résolu la question en donnant à l'homme des moyens de supériorité et de prééminence qui ne peuvent lui être contestés ", " le père seul exerce cette autorité durant le mariage " (art. 373, C. Napoléon), et c'est donc aussi le père seul qui, durant le mariage, aura la " jouissance " (art. 384, C. Napoléon) et sera " l'administrateur " (art. 389, C. Napoléon) des biens de ses enfants » (J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 269). Ce n'est qu'en 1965 que le principe d'égalité entre le père et la mère fut reconnu. Ainsi, un régime d'exercice conjoint fut mis en place pendant le mariage. En revanche, en cas de dissentiment, il fallait faire prévaloir la volonté du père. Ce n'est qu'en 1974, qu'une totale égalité entre les parents a été mise en place et ce, par l'instauration de l'exercice de l'autorité parentale par celui qui a la garde de l'enfant mineur. Il était constaté que, dans la pratique, la garde était généralement confiée à la mère. De ce fait, une discrimination subsistait, raison pour laquelle le législateur est intervenu en 1995 pour permettre l'autorité parentale conjointe après le divorce » (J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 271-272 ; G., HIERNAUX, « *op. cit.* (voy. note n° 142), pp. 397-400).

¹⁵⁴ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 241.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 271 ; Pour exemple : Loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, *M.B.*, 27 mai 1912, pp. 3457-3467 ; Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

¹⁵⁷ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 241.

¹⁵⁸ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 270.

¹⁵⁹ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 242.

¹⁶⁰ Voy. Convention internationale des droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 ; Constitution, art. 22bis.

que le Droit a de l'enfant. Ce dernier n'est donc plus un simple « objet de droit »¹⁶¹, mais est considéré comme un réel « sujet de droit »¹⁶². Il y a une modification de la relation entre les parents et l'enfant par la reconnaissance progressive d'une plus grande autonomie¹⁶³ notamment, au regard de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient^{164 165}.

Bien que les deux premiers axes, puissance et protection, n'aient pas été fondamentalement changés, ceux-ci s'effacent quelque peu face au troisième axe : l'autonomie. Cette dernière permet à l'enfant de faire entendre son point de vue dans les questions qui le concernent¹⁶⁶.

Au vu des différentes modifications qu'a connues le régime civil de protection du mineur, il est intéressant de remarquer que chaque époque a mis en exergue un axe développé ci-avant. Le système romain basait son système sur la puissance du père de famille. Le Code civil a laissé, dans un premier temps, une large place à la puissance paternelle. Ce n'est que dans un second temps qu'il a développé un régime protectionnel, celui-ci se scindant en deux branches : la branche familiale et la branche étatique. Enfin, avec l'émanation des droits de l'enfant, l'axe de l'autonomie a été développé par différentes lois¹⁶⁷.

C. Conclusion

Au regard des considérations philosophiques exposées ci-avant, il est important de signaler que les deux premières périodes s'inscrivent dans une conception naturaliste puisque le droit partait du postulat que l'enfant était incapable de s'exprimer¹⁶⁸ et que les parents avaient pour mission de le protéger contre tout danger extérieur¹⁶⁹. Au travers de normes très strictes, le droit ne prenait pas en compte l'évolution que connaissait le mineur¹⁷⁰. Cette lacune a été prise en compte par le législateur avec la troisième période.

¹⁶¹ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 242.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 272.

¹⁶⁴ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

¹⁶⁵ Cf. *infra*.

¹⁶⁶ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 272. Pensons à l'article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse et l'ancien article 931 du Code judiciaire.

¹⁶⁷ Cf. *infra*.

¹⁶⁸ J. FIERENS, *op. cit.* (voy. note n° 147).

¹⁶⁹ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 271.

¹⁷⁰ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 28.

Par ce changement de point de vue, le législateur adopte une vision résolument culturaliste puisqu'il place la volonté au centre des réformes législatives¹⁷¹ et change la conception du mineur en le considérant comme un « sujet de droit »¹⁷².

Section 2 Minorité comme protection d'un être « inachevé »

La première protection civile élaborée par le droit belge est la minorité. Ce statut spécifique reconnu aux individus de moins de dix-huit ans¹⁷³ a été défini par l'article 388 du Code civil. Cet article dispose que « le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

En dessous de cet âge, bien que le mineur soit titulaire de droits subjectifs, il est incapable de les exercer¹⁷⁴. Le mineur a donc une capacité de jouissance mais non d'exercice de ses droits¹⁷⁵. Le mineur ne peut contracter¹⁷⁶ puisque l'incapacité d'exercice engendre une « inaptitude à accomplir seul un acte juridique »^{177 178}. Cette incapacité d'exercice est dite naturelle puisqu'elle tire sa justification d'un « état imposé par la nature elle-même »¹⁷⁹. Pour combler cette incapacité du mineur, le législateur a institué un régime de représentation¹⁸⁰ à l'aide de deux institutions : l'autorité parentale et la tutelle^{181 182}.

¹⁷¹ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 272.

¹⁷² A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 242.

¹⁷³ Voy. C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), p. 3 : « En tant que repère légal, la majorité sert à séparer des âges particuliers de la vie et à régler la responsabilité, notion devenue centrale dans notre système social (que ce soit relativement au travail, aux relations interpersonnelles ou encore en matière juridique) ».

¹⁷⁴ C. DE MAN, *op. cit.* (voy. note n° 64), p. 5 : « L'incapacité d'exercice, (...) ne vise pas le droit lui-même, mais uniquement la possibilité de le faire valoir personnellement. Celui qui est frappé d'une incapacité d'exercice possède le droit dans son patrimoine ; il en est titulaire et en retire tout le profit ; mais il ne peut l'exercer personnellement. Il doit quant à cet exercice, ou bien être représenté, ou bien être assisté par une personne capable » (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, vol. II, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1102).

¹⁷⁵ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *op. cit.* (voy. note n° 174), pp. 1101-1102.

¹⁷⁶ Code civil, art. 1124.

¹⁷⁷ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 17 ; Voy. dans le même sens : H. De Page qui définit la capacité comme étant « l'aptitude d'une personne à faire un acte juridique valable » (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *op. cit.* (voy. note n° 175), p. 1101).

¹⁷⁸ Cependant, il y a lieu de constater que cette incapacité n'intervient pas dans les questions liées à l'orientation sexuelle du mineur. Ces dernières se concrétisant par des actes matériels non juridiques (A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 17), l'orientation sexuelle se traduit par des relations affectives avec une personne du même sexe.

¹⁷⁹ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *op. cit.* (voy. note n° 175), p. 1103.

¹⁸⁰ N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (sous la dir. de E. THIRY), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3.

¹⁸¹ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, *op. cit.* (voy. note n° 134), p. 23.

¹⁸² Cf. *infra*.

Cependant, l'unique condition pour être considéré comme mineur est d'être âgé de moins de dix-huit ans. Seul ce critère lie un enfant qui vient de naître à un adolescent de quinze ans. En effet, si au début de sa vie le mineur se caractérise par sa faiblesse, ce n'est pas le cas du mineur durant l'adolescence. Ce dernier semble trop grand pour être pouponné, mais trop petit pour être considéré comme un adulte. Néanmoins, le législateur ne fait pas transparaître cette différence dans le Code civil. Le mineur est vu comme un être « inachevé »¹⁸³ et doit se développer par le biais de différents stades pour atteindre l'âge adulte¹⁸⁴.

Bien que le principe mis en place dans le Code civil semble « inopportun » concernant les droits personnels du mineur^{185 186}, il existe différents aménagements à cette incapacité. Prenons pour exemple l'accord qui doit être donné par le mineur quant à la reconnaissance de son enfant (article 328, premier alinéa du Code civil) ou à son mariage, bien que l'accord des parents ou du tribunal soit nécessaire (article 145 du Code civil)¹⁸⁷.

Section 3 Autorité parentale ou pouvoir décisionnel absolu ?

Parallèlement au statut de minorité et de façon à remédier à son incapacité¹⁸⁸, le législateur a trouvé nécessaire d'instituer un second régime de protection. L'autorité parentale est un système qui « suppose l'intervention d'une personne capable »¹⁸⁹ dans la gestion des droits du mineur. Cette institution a été introduite dans le Code civil à l'article 372.

Tout d'abord, nous analyserons la notion même d'« autorité parentale » (§1). Ensuite, nous aborderons plus spécifiquement les prérogatives de l'autorité parentale en

¹⁸³ T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *J. dr. jeun.*, 2006, n° 257, p. 24.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ T. MOREAU, *op. cit.* (voy. note n°183), p. 24

¹⁸⁶ Cf. *supra*.

¹⁸⁷ N. GALLUS, « Chapitre I – Généralités », in *Précis de droit de la famille* (sous la dir. de A.-C. VAN GYSEL), 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 628-629 ; Pour un complément d'informations sur ce propos, voy. T. MOREAU, *op. cit.* (voy. note n° 183), p. 25 ; A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 17.

¹⁸⁸ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, *op. cit.* (voy. note n° 134), p. 23 ; K. JOLITON, *op. cit.* (voy. note n° 135), p. 19.

¹⁸⁹ K. JOLITON, *op. cit.* (voy. note n° 135), p. 20.

centrant notre propos sur les droits personnels du mineur¹⁹⁰ (§2). Enfin, nous terminerons notre étude par une analyse des exceptions à l'exercice de certains droits personnels du mineur (§3).

§ 1 AUTORITÉ PARENTALE COMME « DROIT-FONCTION »

L'« autorité parentale » est une notion qui n'a pas été définie par le législateur, et ce, par volonté de correspondre à l'évolution de la société et aux conséquences que ces changements pourraient avoir sur la famille¹⁹¹. Toutefois, la Cour d'arbitrage est intervenue pour combler cette lacune législative. Ainsi, « l'autorité dite parentale est une institution qui vise en premier lieu à accorder une protection à l'enfant mineur qui, en raison de sa vulnérabilité et de son immaturité physique et mentale, doit recevoir des soins spécifiques et bénéficier d'une protection particulière. Dans le but d'accorder cette protection et dans le souci de l'intérêt de l'enfant comme de sa socialisation, le législateur a confié cette autorité en premier lieu aux parents de l'enfant. Ce n'est que lorsqu'il n'y a pas de parents qu'il est fait appel à un tuteur, qui, en général, appartient à la famille de l'enfant »¹⁹².

Au regard de cette définition, l'autorité parentale est un « droit-fonction »¹⁹³ puisqu'elle permet aux parents de prendre toutes les décisions¹⁹⁴ relatives à l'enfant avec pour objectifs de « protéger [sa] personne [...] et [de] satisfaire [à] l'ensemble de ses besoins, pour lui permettre de devenir un adulte équilibré et épanoui, doté d'une maturité et d'une capacité de discernement autonome »¹⁹⁵.

En outre, depuis la loi du 13 avril 1995, l'autorité parentale est exercée de façon conjointe par les deux parents, qu'ils vivent ensemble (article 373 du Code civil) ou séparément (article 374 du Code civil). Cependant, dans certains cas¹⁹⁶, l'autorité parentale

¹⁹⁰ Pour ce qui concerne la gestion des biens de l'enfant, nous renvoyons le lecteur à F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), pp. 40-41 ; A.-C. VAN GYSEL, *Traité de droit civil belge*, t.1 les personnes, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1058-1078.

¹⁹¹ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 39.

¹⁹² C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2004, p. 188.

¹⁹³ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), p. 988 (voy. également : A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 19).

¹⁹⁴ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 39.

¹⁹⁵ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), p. 988 ; Voy. dans le même sens : A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 19.

¹⁹⁶ Les cours et tribunaux ont notamment reconnu comme causes d'exercice exclusif de l'autorité parentale : le déplacement illicite d'enfant (Bruxelles (3^e ch.), 30/06/2005, *R.T.D.F.*, 2005/4, pp. 1164-1170), la violence conjugale (Mons (17^e ch.), 28/06/2000, *R.T.D.F.*, 2002/1, p. 94), les problèmes mentaux et alcooliques

peut être confiée à un seul des deux parents : elle est alors dite exclusive (article 374 deuxième alinéa du Code civil)¹⁹⁷. Enfin, si les parents sont « décédés, légalement inconnus, dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou incapables d'exprimer leur volonté »¹⁹⁸, un régime de tutelle est mis en place par les articles 389 et suivants du Code civil¹⁹⁹.

Enfin, l'autorité parentale connaît quatre caractères²⁰⁰. L'autorité parentale est un effet de filiation puisqu'un lien de parenté doit être reconnu pour que les personnes ayant le statut de parents puissent exercer cette prérogative²⁰¹. En outre, cette institution étant d'ordre public²⁰², il ne peut y être dérogé. De plus, l'autorité parentale est considérée comme indisponible puisque, sauf dans les cas prévus par la loi et avec une autorisation judiciaire, aucune convention ne peut avoir force obligatoire²⁰³. Enfin, au regard de sa finalité, l'autorité parentale est temporaire puisqu'elle se termine, comme susmentionné, à dix-huit ans ou par l'émancipation du mineur comme nous l'apprend l'article 372 du Code civil²⁰⁴.

§ 2 PRÉROGATIVES DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Le mineur est titulaire de droits²⁰⁵. Il est possible de trier ceux-ci en deux grandes catégories : les droits liés aux biens et ceux liés à leur personne²⁰⁶. Les droits personnels, qui ont attrait « de plus ou moins près à sa personne »²⁰⁷, constituent une catégorie

engendrant de la violence (Trib. fam. Liège, div. Huy (8^e ch.), 4 septembre 2017, *R.T.D.F.*, 2017/3, pp. 525-528), les difficultés de communication (Bruxelles (41^e chambre), 23/02/2016, *J.L.M.B.*, 2017/2, pp. 75-83). Voy. également : G., HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 129-192.

¹⁹⁷ Des systèmes « mixtes » existent et permettent de reconnaître l'exercice conjoint de l'autorité parentale sauf dans certains domaines précis (G., HIERNAUX, *op. cit.* (voy. note n° 196), p. 133).

¹⁹⁸ Code civil, art. 389.

¹⁹⁹ Pour plus d'informations, voy. : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 306-338.

²⁰⁰ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), pp. 988-989.

²⁰¹ V. MARCADE, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 144 ; N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), p. 988.

²⁰² Bruxelles (41^e ch.), 29 novembre 2016, *R.T.D.F.*, 2017/3, p. 610 : « En effet l'autorité parentale, en ce compris l'hébergement d'un enfant mineur qui en est un des attributs de celui-ci, relève de l'état des personnes et est une institution d'ordre public ».

²⁰³ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), p. 989.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 15.

²⁰⁶ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 529.

²⁰⁷ *Ibidem*.

résiduaire²⁰⁸ par rapport aux droits liés aux biens²⁰⁹. Est notamment considéré comme un droit personnel le droit à la vie privée tel que le respect de l'orientation sexuelle²¹⁰.

Pour la gestion des droits personnels, l'autorité parentale regroupe quatre obligations imposées aux parents²¹¹.

Premièrement, le Code civil élabore un régime de représentation, c'est-à-dire que les parents agissent à la place de l'enfant²¹². Ainsi, au regard de l'article 378 deuxième paragraphe du Code civil, ceux-ci représentent l'enfant en justice lorsque celui-ci est demandeur. Cependant, ce même paragraphe dispose qu'en cas de conflit d'intérêts, le juge de paix désignera un tuteur *ad hoc*²¹³. Plus généralement, « les parents ont qualité pour représenter leur enfant aux actes juridiques qui mettent en œuvre ses droits personnels »²¹⁴.

Deuxièmement, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1384 du Code civil, lorsqu'un enfant commet un dommage, la responsabilité civile repose sur les parents. Toutefois, la présomption imposée par le Code peut être renversée si les parents prouvent que « le dommage causé par l'enfant n'est ni un défaut d'éducation ni un défaut de surveillance »^{215 216}.

Troisièmement, l'article 203 du Code civil indique que les parents ont une obligation alimentaire envers leur enfant. Contrairement aux autres obligations analysées dans le présent paragraphe, cette obligation peut perdurer jusqu'à la fin de l'obligation scolaire²¹⁷.

²⁰⁸ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 15.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 30 (cf. *infra*).

²¹¹ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), pp. 39-40.

²¹² N. GALLUS, *op. cit.* (voy. note n° 180), p. 3.

²¹³ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 190), p. 1075.

²¹⁴ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 20.

²¹⁵ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 40.

²¹⁶ Pour plus d'informations, voy. E. MONTERO, « La responsabilité des père et mère : retour à l'orthodoxie ? », *J.T.*, 2015/26, n° 6612, p. 576-580 ; E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité civile des parents : une nouvelle jeunesse ? », *R.G.A.R.*, 2010/6, p. 14651.

²¹⁷ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 40 ; Voy. également pour plus de renseignements : F. BOUCHAT et F. DRUANT, « Obligation alimentaire des parents », *J. dr. jeun.*, 2015/3, n° 343, 2015, pp. 41-45 ; N. GALLUS, « Section 3 : Les aliments en faveur des enfants économiquement mineurs », in *Traité de droit civil belge*, t.1 les personnes, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 922-955.

Quatrièmement, il existe une obligation d'hébergement²¹⁸ et un devoir d'éducation et de surveillance²¹⁹. D'une part, les parents ont l'obligation d'héberger leur enfant. D'autre part, les parents peuvent surveiller l'enfant « dans ses allées et venues, ses fréquentations, sa correspondance, ses lectures, ses loisirs, sa façon de s'habiller »²²⁰. Les parents ont également le devoir de « guider l'enfant vers l'autonomie et la citoyenneté »²²¹. Ce devoir d'éducation se traduit par « le droit de décision sur les options fondamentales »²²², comme la vie sexuelle du mineur²²³. Ainsi, les parents doivent prendre toutes les décisions qui sont liées à la vie quotidienne de l'enfant²²⁴. Cette prérogative peut limiter la liberté du mineur et, par ce fait, nuire à sa vie privée²²⁵.

Il est toutefois important de signaler que la jurisprudence limite l'exercice de l'autorité parentale lorsque celui-ci est abusif²²⁶. Le législateur institue lui-même des procédures pour régler les conflits entre les parents et les enfants²²⁷.

Pour conclure, coupler la notion de « droit personnel » avec celle d'« autorité parentale » permet de remarquer que les parents ont de grandes prérogatives sur la personne de l'enfant puisqu'ils peuvent « contrôler, dicter, imposer ou interdire » de nombreux comportements²²⁸. Ce pouvoir permet en effet de prendre des décisions sur la sexualité de l'enfant et sur les fréquentations du mineur.

²¹⁸ Code civil, art. 203. Pour une information complète sur la matière, voy. N. MASSAGER, « Section 2 – Le droit d'hébergement », in *Traité de droit civil belge*, (sous la dir. de A.-C. Van Gysel), Bruxelles, Bruylant, 2015, t. 1, vol. 2, pp. 1023-1046 ; A.-C., VAN GYSEL, « Chapitre II. - Le droit d'hébergement » in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 153-192.

²¹⁹ Code civil, art. 203. F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), pp. 39-40.

²²⁰ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 20.

²²¹ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 39.

²²² A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 19.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, *op. cit.* (voy. note n° 134), p. 23.

²²⁵ Cf. *infra*.

²²⁶ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 40 ; Voy. pour exemple : Liège (1^e ch.), 22 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001/13, pp. 544-550.

²²⁷ F. DRUANT, *op. cit.* (voy. note n° 132), p. 40 ; Voy. également pour un état des différentes procédures applicables en cas de conflit entre le mineur et ses parents : M. DE HEMPTINE, J.-L. RENCHON et B. VAN DIEREN, « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *R.T.D.F.*, 2011/2, pp. 261-298.

²²⁸ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 20.

§ 3 EXCEPTIONS LÉGALES AU MONOPOLE PARENTAL POUR L'EXÉCUTION DE CERTAINS DROITS PERSONNELS

Face à cette règle stricte de monopole décisionnel des parents, le législateur est intervenu ponctuellement pour prévoir des exceptions essentiellement en droit médical²²⁹. Dans le présent mémoire, nous étudierons le modèle suivi dans les lois sur les droits du patient²³⁰, sur l'euthanasie²³¹ et sur le changement de sexe à l'état civil pour les personnes transgenres²³².

A. Droits du patient

En droit médical, la loi sur les droits du patient fait office de référence²³³. Son article 12 énonce les règles applicables aux mineurs dans leurs rapports avec un praticien professionnel²³⁴. Alors que le législateur rappelle, dans le premier paragraphe, la règle générale de l'autorité parentale, le second paragraphe nous apprend que le praticien professionnel peut « associ[er] [le mineur] à l'exercice de ses droits »²³⁵ s'il juge qu'il a l'âge et la maturité nécessaires. Ce principe d'autonomie dans l'exercice des droits du

²²⁹ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 24.

²³⁰ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

²³¹ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²³² Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 1^{er} janvier 2018, p. 71465.

²³³ Cette loi s'applique à tous les rapports juridiques dans le domaine des soins de santé (art. 3, §1). Les soins de santé sont définis comme des « services dispensés par un praticien professionnel en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient, de modifier son apparence corporelle à des fins principalement esthétiques ou de l'accompagner en fin de vie » (art. 2, 2°).

²³⁴ Le praticien professionnel est défini à l'article 2, 3° de la loi sur les droits du patient comme étant « le praticien visé à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ainsi que le praticien professionnel ayant une pratique non conventionnelle, telle que visée dans la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales ».

²³⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, art. 12, §2, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719 ; « La question qui se pose à présent est de savoir s'il est possible d'aller au-delà de cette association dans l'exercice des droits [...], et de reconnaître ainsi au mineur ayant le discernement une réelle capacité d'exercice. Certains ont répondu affirmativement à cette question sur base de la théorie de la " capacité naturelle " donnant au mineur le droit de faire respecter son intégrité physique en décidant des atteintes corporelles qu'il accepte ou refuse. Cette capacité naturelle ne dérogerait pas à l'incapacité d'exercice mais se fonderait sur la distinction qui peut être faite entre le consentement initial au contrat médical *sensu stricto* auquel s'applique la règle de la représentation de l'incapable, et l'assentiment spécifique à l'atteinte corporelle qui doit être donné pendant l'exécution du traitement médical qui constitue l'objet du contrat de soins, contrat à durée indéterminé et à prestations successives » (N. GALLUS, *op. cit.* (voy. note n° 180), pp. 13-14).

patient est justifié par le souci de permettre au mineur doué de discernement de prendre les décisions concernant sa propre santé²³⁶.

B. Euthanasie

En 2014²³⁷, le législateur a ouvert l'euthanasie aux jeunes de moins de dix-huit ans « doté[s] de la capacité de discernement »²³⁸. À l'instar de la procédure prévue dans la loi sur les droits du patient, un praticien professionnel doit attester de la capacité de discernement du mineur. Toutefois, ce praticien professionnel doit être un pédopsychiatre ou un psychologue et les résultats de la consultation doivent être transmis au mineur et à ses parents. De plus, le médecin traitant doit informer et veiller à recevoir l'accord des parents²³⁹.

Cette réforme ouvrant l'euthanasie aux mineurs se justifiait par la nécessité de faire correspondre le droit aux pratiques existantes²⁴⁰. Conscient de la tension entre autonomie et protection²⁴¹, le législateur a décidé d'associer le parent à la procédure. À ses yeux, il était inimaginable qu'une euthanasie ait lieu sans que les représentants légaux du mineur aient la possibilité de poser leur veto²⁴².

²³⁶ Projet de loi relatif à la loi sur les droits du patient, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1642/1, p. 40 ; Voy. également : K. JOLITON, *op. cit.* (voy. note n° 135), pp. 19-22 ; A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 26 ; GALLUS, N., *op. cit.* (voy. note n° 180), 2007, pp. 16-18.

²³⁷ Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, *M.B.*, 12 mars 2014, p. 21053.

²³⁸ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, art. 3, premier paragraphe, troisième tiret, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²³⁹ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, art. 3, deuxième paragraphe, 7°, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²⁴⁰ Projet de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Sarah Smeyers, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2013-2014, 3245/4, p. 8 : « Il faut que nous sachions aussi qu'actuellement, le corps médical aide déjà des enfants à partir, que ce soit par un arrêt de soins ou la mise en place de soins de confort souvent via une "sédation". Ce qui n'est pas sans poser question également : est-il normal de répondre à une demande d'euthanasie par une sédation ? ».

²⁴¹ Projet de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Sarah Smeyers, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2013-2014, 3245/4, p. 12 : « D'une part, le mineur d'âge est considéré comme immature, vulnérable, influençable et sans expérience. [...] D'autre part, le mineur est titulaire de droits (capacité de jouissance) et on conçoit qu'à mesure de sa croissance et maturation, il puisse jouir d'une plus grande autonomie et prendre lui-même des décisions le concernant ».

²⁴² Projet de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Sarah Smeyers, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2013-2014, 3245/4, pp. 4-5.

C. Transgenrisme

Plus récemment encore, l'article 62*bis* a été introduit dans le Code civil pour permettre aux personnes transgenres de plus de seize ans de faire une déclaration à l'état civil pour modifier leur sexe tel qu'il est inscrit administrativement. Pour ce faire, ils doivent passer devant un pédopsychiatre pour attester de leur discernement²⁴³ et doivent être assistés par leurs représentants légaux. En cas de désaccord de ces derniers, un tuteur *ad hoc* peut être désigné par le tribunal de la famille²⁴⁴.

Lors des travaux parlementaires, il a été constaté que le mineur peut prendre conscience dès l'adolescence que le sexe²⁴⁵ tel qu'il est inscrit sur l'acte de naissance n'est pas en adéquation avec le genre²⁴⁶ vécu²⁴⁷, raison pour laquelle une modification de la législation actuelle semblait nécessaire. Il est toutefois important de signaler que le seuil d'âge de seize ans paraît critiquable, notamment au regard des lois relatives aux droits du patient et à l'euthanasie²⁴⁸.

²⁴³ « L'intervention du psychiatre n'a pas pour but d'établir un diagnostic mais uniquement de confirmer la volonté réfléchie et exprimée sans contrainte du mineur doté de la capacité de discernement » (Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2016-2017, 2403/1, p. 17).

²⁴⁴ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 1^{er} janvier 2018, p. 71465.

²⁴⁵ « Le mot "sexe" se réfère davantage aux caractéristiques biologiques et physiologiques qui différencient les hommes des femmes » (ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Qu'entendons-nous par le "sexe" et par le "genre" ? », in *Genre, femmes et santé*, disponible sur <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/> (consulté le 9 juillet 2018)).

²⁴⁶ « Le mot "genre" sert à évoquer les rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités et les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les hommes et les femmes » (ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Qu'entendons-nous par le "sexe" et par le "genre" ? », in *Genre, femmes et santé*, disponible sur <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/> (consulté le 9 juillet 2018)).

²⁴⁷ Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2016-2017, 2403/1, pp. 10 et 30.

²⁴⁸ E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018/2, n° 6724, p. 265 : « Ceci étant, quand on sait que la discordance entre le sexe attribué à la naissance et l'identité de genre est souvent vécue dès le plus jeune âge, l'on peine à comprendre la justification d'une limite d'âge, en sus de la capacité de discernement, pour accéder à une modification administrative qui reste réversible. Cette limite d'âge est d'autant moins compréhensible à l'aune d'autres législations qui ne la prévoient pas en dépit de l'importance des actes qu'elles concernent. Ainsi, la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient qui donne au mineur non émancipé une capacité d'exercer ses droits de patient [...] dès lors qu'il est "apte à apprécier raisonnablement ses intérêts" (article 12). De manière encore plus frappante, la loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie qui permet à un mineur non émancipé de demander une euthanasie avec l'accord de ses représentants légaux et après consultation d'un pédopsychiatre ou d'un psychologue attestant de la capacité de discernement du mineur, c'est-à-dire de son aptitude à évaluer la portée réelle de sa demande et les conséquences de celle-ci, ce qui revient à apprécier le caractère volontaire, réfléchi et sans pression extérieure de la demande ».

Conclusion

Face aux institutions tant pénales que civiles exposées dans la présente partie, le mineur ne connaît qu'une très légère autonomie quant à sa vie sexuelle et affective²⁴⁹. Il semble donc que le mineur soit enfermé dans un système qui n'est pas en adéquation avec les considérations psychologiques énoncées dans la première partie.

D'un point de vue philosophique, la loi reflète initialement une vision naturaliste considérant le mineur comme un être à protéger²⁵⁰. Ce n'est que très récemment que certains arguments culturalistes ont fait écho auprès du législateur par l'adoption de différentes lois en matière biomédicale²⁵¹.

²⁴⁹ Cf. *infra*.

²⁵⁰ C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2004, p. 188 ; T. MOREAU, *op. cit.* (voy. note n° 183), p. 24.

²⁵¹ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515 ; Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719 ; Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 1^{er} janvier 2018, p. 71465.

PARTIE 3

PROTECTION QUANT À L'ORIENTATION SEXUELLE : UN DROIT DE LA PERSONNE ?

Alors que nous connaissons à présent les protections qui entourent le mineur, intéressons-nous à l'orientation sexuelle et plus particulièrement à l'homosexualité. Indépendamment de l'âge de l'individu, il est intéressant de s'interroger sur la façon dont le droit régit ce pan de la vie de chaque individu.

Ainsi, nous commencerons par l'analyse de l'évolution législative et jurisprudentielle qu'ont connue le Conseil de l'Europe et le droit belge²⁵² (Chapitre 1) et nous poursuivrons par l'étude des divers droits qui ont permis la reconnaissance des couples homosexuels et des familles homoparentales (Chapitre 2)²⁵³.

Chapitre 1 Homosexualité : un renversement de conception

La vision sociétale et juridique de l'homosexualité a connu une évolution au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. Partant d'une pénalisation à degré variable, tant le Conseil de l'Europe que la Belgique ont supprimé ces législations ou pratiques jurisprudentielles (Section 1) et instauré des textes instituant l'orientation sexuelle comme critère protégé (Section 2).

Section 1 Dépénalisation de l'homosexualité

Initialement, plusieurs États membres du Conseil de l'Europe pénalisaient l'homosexualité. Tandis que certains pays prohibaient toutes relations homosexuelles (§1), d'autres fixaient des majorités sexuelles différentes (§2)²⁵⁴. Il sera donc intéressant

²⁵² Le choix du Conseil de l'Europe et plus spécifiquement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la « Cour ») n'est pas anodin. Il se justifie par la richesse des décisions judiciaires liées à cette matière et par le parallélisme intéressant qui peut être fait avec la législation belge.

²⁵³ La structure de la présente partie est reprise de : O. TODT, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A.D.L.*, 2013/1, p. 146. Il est important de signaler qu'il ne sera nullement fait mention de la question du don de sang dans le présent mémoire. Bien que la question soit en lien avec l'homosexualité, de par les conditions spécifiques appliquées aux personnes homosexuelles, nous ne l'aborderons pas en raison de la complexité du sujet et de l'absence de lien avec notre question de recherche.

²⁵⁴ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. Trim. D.H.*, 2006/65, pp. 39-40 ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), p. 147.

d'analyser le point de vue de la Cour quant à la conformité de ces différentes infractions au regard de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁵. Nous centrerons également notre propos sur les législations en vigueur en Belgique.

§1 RÉPRESSION DE L'HOMOSEXUALITÉ : BARRAGE À L'AUTODÉTERMINATION ?

A. Conseil de l'Europe et Cour européenne des droits de l'homme

Jusqu'en 1981, diverses plaintes ayant trait à la pénalisation des relations homosexuelles ont été portées devant la Commission européenne des droits de l'homme²⁵⁶. Bien que la Commission reconnût que ces requêtes entraient dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention²⁵⁷, article consacrant le respect de la vie privée et familiale, elle laissait une large marge d'appréciation aux États membres dans l'établissement de législations ayant pour objet l'interdiction de l'homosexualité²⁵⁸. Cette latitude pouvait se justifier par un souci de protection de la santé ou de la morale²⁵⁹.

²⁵⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028. (Ci-après : la « Convention » ou la « CEDH »).

²⁵⁶ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000, p. 136 ; Voy. pour exemple : Comm. eur. D.H., req. n° 104/55 (W.B. c. Allemagne), 17 décembre 1955, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

²⁵⁷ M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *Rev. Trim. D.H.*, 2002/50, p. 345 ; E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n°256), p. 136.

²⁵⁸ M. LEVINET, *op. cit.* (voy. note n° 257), p. 345 ; J.-M. LARRALDE, *op. cit.* (voy. note n°254), p. 39.

²⁵⁹ Comm. eur. D.H., req. n° 104/55 (W.B. c. Allemagne), 17 décembre 1955, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018) ; Voy. également : J.-M. LARRALDE, *op. cit.* (voy. note n° 254), p. 40.

En 1981, la Cour opère un revirement de jurisprudence avec l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁶⁰. À ses yeux, aucun besoin social impérieux ne justifie la mise en place de législations pénales en la matière²⁶¹. Cet arrêt a été confirmé à trois reprises²⁶².

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a élaboré la Recommandation relative à la discrimination à l'égard des homosexuels²⁶³. Par ce texte, « tous les individus, hommes ou femmes, ayant atteint l'âge légal de consentement prévu par la loi du pays où ils vivent, et qui sont capables d'un consentement personnel valable, doivent jouir du droit à l'autodétermination sexuelle »²⁶⁴.

B. Droit national

Le législateur belge n'a jamais incriminé l'« homosexualité »²⁶⁵, notion apparue dans notre droit lors de l'élaboration de la loi du 8 avril 1965²⁶⁶. Pourtant, M. Vermeulen,

²⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018) ; Pour plus d'informations : E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n° 256), pp. 136-139 ; J.-M. LARRALDE, *op. cit.* (voy. note n° 254), pp. 40-41 ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), pp. 148-150.

²⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018), § 60 : « On ne saurait dès lors parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infraction, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité. D'un point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants ».

²⁶² Cour eur. D.H., arrêt *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, req. n° 8825/78, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018) ; Cour eur. D.H., arrêt *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, req. n° 8825/78, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018) ; Cour eur. D.H., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 26 octobre 1988, req. n° 35765/97, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018).

²⁶³ Rec. n° 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels, du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018). Le jour de l'adoption de cette recommandation, l'Assemblée parlementaire a voté une résolution « invit[ant] l'Organisation mondiale de la santé à supprimer l'homosexualité de sa classification internationale de maladies » (Res. n° 756 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018)).

²⁶⁴ Rec. n° 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels, du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018).

²⁶⁵ L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 381 : « *Bij de invoering van het Belgisch Strafwetboek in 1867 varen seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht op zichzelf – dus met de geldige toestemming van de betrokkenen en niet in het openbaar gepleegd – niet strafbaar gesteld* » ; Voy. également : F. TULKENS, « Égalité et discrimination en droit pénal belge », *Document de travail du CRIDES*, 1986, n° 13, p. 12.

²⁶⁶ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014 ; J. PATTYN, *La protection de la jeunesse*, Bruxelles, Institut Cardijn, 1968-1969, p. 125.

Ministre de la Justice de l'époque, émet une constatation : « En matière d'homosexualité, le Code pénal ne nous arm[e] pas suffisamment »²⁶⁷. Face à ce constat, les pratiques homosexuelles n'ont pourtant pas été érigées comme infraction.

§2 RÉPRESSION DES RELATIONS HOMOSEXUELLES ENTRE ADULTES ET MINEURS : UNE DISTINCTION DISCRIMINATOIRE ?

A. Conseil de l'Europe

Certains États membres du Conseil de l'Europe incriminaient les relations homosexuelles qui pouvaient exister entre des personnes respectivement majeures et mineures, ces dernières ayant l'âge légal pour des relations hétérosexuelles. Ainsi, une majorité sexuelle différente existait suivant qu'un mineur ait des rapports sexuels avec une personne du même sexe ou du sexe opposé²⁶⁸. En outre, certaines législations établissaient une distinction entre la majorité homosexuelle masculine et féminine²⁶⁹.

Diverses requêtes ont été portées devant la Commission européenne des droits de l'homme²⁷⁰. Celles-ci dénonçaient une atteinte aux articles 8 et 14 de la Convention²⁷¹.

Initialement, la Commission déclarait irrecevables les requêtes portées devant elle en considérant que la vulnérabilité et la jeunesse caractérisant le jeune pouvaient justifier objectivement une différence quant au seuil d'âge²⁷². Ce raisonnement tenu par la Commission entraînait en contradiction avec la Recommandation de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination à l'égard des homosexuels²⁷³ qui « exhort[ait] les

²⁶⁷ Projet de loi relatif à la protection de la jeunesse, Discussion générale et vote des articles, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord., 1964-1965, séance du 10 mars 1965, p. 992.

²⁶⁸ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n°256), p. 143 ; J.-M. LARRALDE, *op. cit.* (voy. note n°254), p. 40 ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), pp. 148-150.

²⁶⁹ M. LEVINET, *op. cit.* (voy. note n° 257), p. 353.

²⁷⁰ Comm. eur. D.H., req. n° 10389/83 (Johnson c. Royaume-Uni), 17 juillet 1986, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018) ; Comm. eur. D.H., req. n° 22646/93 (H.F. c. Autriche), 26 juin 1995, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

²⁷¹ M. LEVINET, *op. cit.* (voy. note n° 257), p. 353.

²⁷² Comm. eur. D.H., req. n° 10389/83 (Johnson c. Royaume-Uni), 17 juillet 1986, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

²⁷³ Cf. *supra*.

États membres à appliquer le même âge minimal de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels »²⁷⁴.

Ce n'est qu'en 1997, avec l'arrêt *Sutherland c. Royaume-Uni*²⁷⁵, que la Commission a mis fin à cette contradiction en opérant un revirement jurisprudentiel²⁷⁶. En effet, à l'instar de la réflexion menée dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁷⁷, la Commission ne reconnaît dorénavant qu'une faible latitude aux États membres lorsqu'ils légifèrent en la matière²⁷⁸. Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour à plusieurs reprises²⁷⁹.

B. Droit national : l'article 372bis du Code pénal

1) Notion

Alors que la Belgique n'a jamais sanctionné pénalement les relations sexuelles entre personnes de même sexe²⁸⁰, le législateur, par la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, a introduit le « délit d'homosexualité »²⁸¹ à l'article 372bis dans le Code pénal. Cette infraction prohibe « tout attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces, par une personne ayant atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur du même sexe âgé de moins de dix-huit ans accomplis »²⁸². Par la création de cette infraction, deux majorités sexuelles distinctes sont créées suivant que la relation soit de nature hétérosexuelle ou homosexuelle²⁸³.

²⁷⁴ Rec. n° 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels, du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018) ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n°253), p. 151.

²⁷⁵ Comm. eur. D.H., req. n° 25186/94 (*Sutherland c. Royaume-Uni*), 1^e juillet 1997, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

²⁷⁶ O. TODT, *op. cit.* (voy. note n°253), 2013/1, p. 151.

²⁷⁷ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n° 256), p. 144 ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), p. 151.

²⁷⁸ Comm. eur. D.H., req. n° 25186/94 (*Sutherland c. Royaume-Uni*), 1^e juillet 1997, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018) ; E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n° 256), p. 144 ; O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), p. 151. La Cour a rayé du rôle l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* puisque le Royaume-Uni a modifié sa législation en la matière entre l'arrêt de la Commission et celui de la Cour (Cour eur. D.H., arrêt *Sutherland c. Royaume-Uni*, 27 mars 2001, req. n° 25186/94, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018)).

²⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003, req. n°s 39392/98 et 39829/98, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018) ; Cour eur. D.H., arrêt S.L. c. Autriche, 9 janvier 2003, req. n° 45330/99, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018) ; Cour eur. D.H., arrêt B.B. c. Royaume-Uni, 10 février 2004, req. n° 53760/00, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018).

²⁸⁰ Cf. *supra*.

²⁸¹ F. TULKENS, *op. cit.* (voy. note n° 265), p. 12.

²⁸² Code pénal, art. 372bis.

²⁸³ L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 381.

Les éléments constitutifs de cette infraction sont au nombre de quatre²⁸⁴. Tout d'abord, les deux personnes doivent appartenir au même sexe. Ensuite, l'auteur de l'infraction doit être un adulte de plus de dix-huit ans. En outre, la victime ne doit pas avoir atteint l'âge de dix-huit ans. Enfin, le consentement de la victime n'est pas pris en compte dans la réalisation de l'infraction²⁸⁵.

Mise en lien avec la majorité sexuelle²⁸⁶, cette infraction crée une discrimination pour les mineurs homosexuels, puisque ces derniers ne peuvent pas avoir de rapports sexuels avant l'âge de dix-huit ans, et ce, en raison de leur orientation sexuelle.

2) Théorie de la séduction

Cette législation tient sa *ratio legis* de la « théorie de la séduction »²⁸⁷. Selon cette théorie, « les personnes qui ont des rapports homosexuels dans leur jeunesse, en l'occurrence entre seize et dix-huit ans, risquent d'afficher plus tard une préférence constante pour de tels rapports »²⁸⁸. Synthétiquement²⁸⁹, cette théorie repose sur trois présupposés : « les causes de l'homosexualité sont clairement établies, [...] celle-ci est une forme de comportement et de sentiment moins souhaitables que l'hétérosexualité et [...] les rapports entretenus à l'âge précité seraient effectivement de nature à provoquer l'homosexualité »²⁹⁰.

3) Abrogation de l'infraction

Cette infraction a été remise en cause dans les années septante²⁹¹. Pourtant, il a fallu attendre une dizaine d'années avant que les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa, du Code

²⁸⁴ Nous ne ferons que citer les éléments constitutifs. Pour plus d'informations, voy. P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 311-312.

²⁸⁵ P.-E. TROUSSE, *op. cit.* (voy. note n°284), pp. 311-312.

²⁸⁶ Cf. *supra*.

²⁸⁷ F. TULKENS, *op. cit.* (voy. note n° 265), p. 13 : « Une étude en 1957 sur les “aspects médico-psychologiques, sociaux et juridiques de l'homophilie” développait la théorie de la séduction – à laquelle, en cours de discussion, la loi de 1965 se rallia précipitamment par voie d'amendement ». (voy. R. CHARLES et L. MASSION-VERNIORY, « Aspects médico-psychologiques sociaux et juridiques de l'homophilie », *Rev. dr. pén.*, 1957-58/3, pp. 239-327).

²⁸⁸ Proposition de loi abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa, du Code pénal, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 349/1, p. 2.

²⁸⁹ Pour une information complète sur la théorie de la séduction, voy. R. CHARLES et L. MASSION-VERNIORY, *op. cit.* (voy. note n° 287), pp. 239-327.

²⁹⁰ Proposition de loi abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa, du Code pénal, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 349/1, p. 2. Voy. Également : K. DEKELVER, « Homofiel huwelijk en homofiel gezin: juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen », *R.G.D.C.*, 1996, p. 86.

²⁹¹ F. TULKENS, *op. cit.* (voy. note n° 265), p. 13.

pénal soient abrogés. En effet, ce n'est qu'en 1985 que le législateur est intervenu²⁹². Cette loi trouvait sa *ratio legis* dans des considérations essentiellement scientifiques.

D'une part, la théorie de la séduction ayant montré ses limites²⁹³, elle ne permettait plus de justifier l'établissement d'une majorité sexuelle différente sur le seul critère de l'orientation sexuelle²⁹⁴.

D'autre part, les justifications qui entouraient l'homosexualité étaient passées d'un ordre psycho-pathologique à un ordre socio-psychologique²⁹⁵. Ainsi, les travaux parlementaires précisait que l'homosexualité n'était plus considérée, en 1982, comme relevant des domaines de la criminologie ou de la psychiatrie²⁹⁶. « L'hétérosexualité et l'homosexualité sont [...] considérées comme deux variantes d'un même comportement et de mêmes sentiments, et les difficultés ne font leur apparition qu'à partir du moment où l'une de ces variantes est présentée et traitée dans une optique de complète infériorisation reposant notamment sur des mesures répressives »²⁹⁷.

²⁹² Loi du 18 juin 1985 abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa du Code pénal, *M.B.*, 8 août 1985, p. 11457.

²⁹³ Proposition de loi abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa, du Code pénal, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 349/1, p. 3 : « La théorie de la séduction elle-même n'est plus prise au sérieux dans aucun milieu. Tout d'abord, elle semble nier entièrement la possibilité d'initiatives émanant des jeunes. A cela s'ajoute le fait que toutes les recherches récentes mettent l'accent sur la prise de conscience souvent précoce de l'homosexualité [...]. Un argument de poids contre la théorie de la séduction est la constatation, faite lors de recherches axées sur l'examen suivi de l'évolution de différents individus, que les cas de "victimes de la séduction" devenant homosexuelles ne sont pas sensiblement plus nombreux que dans le groupe de contrôle composés d'adultes qui n'ont pas été séduits durant leur jeunesse ».

²⁹⁴ L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 383 ; Certains fervents défenseurs de la théorie de la séduction ont reconnu la limite de cette approche comme R. Charles : « Quelle que soit l'optique dans laquelle on considère l'homophilie, - en l'occurrence, les conséquences d'une "séduction" - il semble bien qu'il n'y ait plus d'arguments scientifiques pour défendre le maintien de l'article 372*bis* du Code pénal. Ce n'est pourtant qu'un fondement scientifique de cet ordre qui aurait permis de justifier le maintien d'une telle disposition. Or, la synthèse des différents points de vue fait apparaître l'homophilie comme une variante de la sexualité humaine au même titre que l'hétérophilie ou la biphilie. Ensuite, il faut conclure à l'inexactitude de la théorie de la séduction » (R. CHARLES, « Propos sur l'article 372*bis* du Code pénal (article 87 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse) », *Rev. dr. pén.*, 1982, pp. 828-829, cité par L. STEVENS, *op. cit.* (voy. note n° 66), p. 383).

²⁹⁵ Proposition de loi abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa, du Code pénal, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 349/1, p. 4 ; F. TULKENS, *op. cit.* (voy. note n° 265), p. 14.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 1.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 3.

Section 2 Obligations de protection du respect de la vie privée et non-discrimination

Parallèlement à l'obligation de ne pas incriminer les relations homosexuelles, certaines dispositions viennent protéger une personne en raison de son orientation sexuelle. Ces protections émanent tantôt d'organisations internationales²⁹⁸ (§1), tantôt du législateur belge (§2).

§1 LE CONSEIL DE L'EUROPE COMME EXEMPLE D'UN DROIT INTERNATIONAL PROTECTEUR

Préliminairement à tout développement, il est nécessaire de rappeler que l'orientation sexuelle entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH²⁹⁹. Ainsi, par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et parallèlement à leur obligation négative de respecter ce droit³⁰⁰, il incombe aux États membres de protéger les personnes en raison de leur orientation sexuelle contre des « ingérences opérées par les acteurs non-étatiques »³⁰¹. En effet, il est nécessaire d'offrir une protection à chaque individu contre ce type de discrimination³⁰². Le Conseil de l'Europe a donc créé une obligation positive en demandant aux États de protéger l'orientation sexuelle d'une personne, « aspect des plus intimes de la vie privée »³⁰³.

En outre, cette organisation européenne connaît un second instrument législatif : le « droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention »³⁰⁴. Ce droit reconnu à l'article 14 de la Convention ne peut être invoqué seul. Il doit être combiné avec un autre droit reconnu par la Convention en son article 8 pour

²⁹⁸ Nous centrerons notre propos sur la protection émanant du Conseil de l'Europe. Il semble toutefois nécessaire de préciser que d'autres organisations internationales ont des législations similaires. Nous pensons notamment à l'Union européenne (voy. pour illustration : art. 19.1 du TFUE) ou l'Organisation des Nations-Unies (voy. pour illustration : Rés. n° 32/2 (2016) du Conseil des droits de l'homme, Protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre du 30 juin 2016, disponible sur <http://www.un.org/> (consulté le 13 mai 2018)).

²⁹⁹ Cf. *supra*.

³⁰⁰ O. TODT, *op. cit.* (voy. note n°253), p. 154.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² *Ibidem*, p. 155.

³⁰³ Cour eur. D.H., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018), § 52.

³⁰⁴ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, *op. cit.* (voy. note n° 256), p. 113 ; Voy. pour exemple : Cour eur. D.H., arrêt Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, req. n°s 4916/07, 25924/08 et 14599/09, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 13 mars 2018).

protéger l'orientation sexuelle. Si l'article 14 ne reprend pas expressément l'orientation sexuelle comme critère protégé, la Cour affirme que ce dernier est couvert par le truchement de l'adverbe « notamment »³⁰⁵. Il semble toutefois important de signaler que cet instrument n'est retenu que subsidiairement par la Cour³⁰⁶.

Pour conclure, le Conseil de l'Europe accorde une grande importance à la protection accordée aux personnes homosexuelles. Cet intérêt se traduit, parallèlement à la protection judiciaire, par deux types d'écrits. D'une part, tant le Comité des Ministres³⁰⁷ que l'Assemblée parlementaire³⁰⁸ ont produit toute une série de textes n'ayant pas de force contraignante. D'autre part, divers écrits doctrinaux ont été publiés par le Conseil de l'Europe³⁰⁹.

³⁰⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 18 juin 2018), § 28.

³⁰⁶ O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), p. 155 : « Lorsqu'elle doit se prononcer sur une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour est habituellement saisie sur base des articles 8 et 14. Elle va commencer par examiner la requête sur base de l'article 8 et, dans l'hypothèse où il n'y a pas de violation de l'article 8, elle va se pencher dans un second temps sur une éventuelle violation de l'article 14. Par conséquent, lorsqu'il y a des atteintes importantes au droit au respect de la vie privée via des procédés discriminatoires, la Cour aura plutôt tendance à les examiner sous l'angle de l'article 8. Les violations majeures de l'égalité fondées sur la vie privée sexuelle seront ainsi traitées par l'article 8 tandis que l'article 14 va plutôt servir à "affiner [...] la recherche d'une égalité de traitement entre les différentes formes de vie privée sexuelle" ».

³⁰⁷ Rec. CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, du 31 mars 2010, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

³⁰⁸ Voy. pour exemple : Rec. n° 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, du 29 avril 2010, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018) ; Rec. n° 2021 (2013) de l'Assemblée parlementaire, *Lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre*, du 27 juin 2013, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

³⁰⁹ Voy. notamment : CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.* (voy. note n° 20)) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Equal opportunities for all children : Non-discrimination of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) children and young people*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *National action plans as effective tools to promote and protect the human rights of LGBTI people*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Compendium of good practices on local and regional level policies to combat discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; EDEL, F., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Orientation sexuelle et identité de genre (OSIG) – Questions réponses*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre – Protection juridique égale et suffisante pour la cellule familiale*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

La Belgique n'est pas restée inactive dans la lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle. En effet, le législateur belge a adopté une série de lois pour doter son arsenal juridique d'une protection en la matière.

D'une part, le législateur belge a adopté une loi pour lutter contre certaines formes de discrimination³¹⁰. Cette loi offre une protection civile,³¹¹ mais également pénale³¹², et l'orientation sexuelle est un des critères protégés par celle-ci³¹³. Le champ d'application de la loi n'est pourtant pas général puisque cette dernière ne vise, en son article 5, que certaines hypothèses, les relations familiales n'en faisant pas partie.

À côté de la loi anti-discrimination, le législateur a adopté des dispositions créant une protection supplémentaire pour les homosexuels. Prenons l'exemple des infractions de viol et d'attentat à la pudeur³¹⁴. L'article 377bis du Code pénal aggrave la peine « lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison [...] de son orientation sexuelle [...] ».

Chapitre 2 De la protection du couple à la vie familiale

Non content de développer des protections entourant les personnes quant à leur orientation sexuelle, le législateur belge a reconnu aux couples homosexuels (Section 1) et aux familles homoparentales (Section 2) une série de droits³¹⁵.

Section 1 Évolution de la reconnaissance des couples homosexuels

La Belgique a connu une évolution dans la reconnaissance du statut juridique des couples homosexuels. Partant d'une absence reconnaissance dans Code civil de 1804 (§1),

³¹⁰ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

³¹¹ *Ibidem*, art. 18.

³¹² *Ibidem*, art. 22.

³¹³ Comme le rappelle l'article 4, 4° de la loi du 10 mai 2007.

³¹⁴ Il semble toutefois important de rappeler que la question de recherche n'exclut pas l'hypothèse de l'absence de consentement.

³¹⁵ O. TODT, *op. cit.* (voy. note n° 253), p. 165.

le législateur est intervenu, dans un premier temps, par la création de la cohabitation légale (§2). Ce n'est que dans un second temps que le mariage a été ouvert aux couples de même sexe (§3).

§1 RÉGIME INITIAL DU CODE CIVIL

Initialement, seul le mariage permettait une reconnaissance du couple. Cette institution n'était ouverte qu'à deux personnes de sexe différent. Bien que cette condition n'ait jamais été inscrite dans le Code civil³¹⁶, cela se déduisait de son ancien article 144 qui disposait que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage »³¹⁷.

Le silence de la loi émanait de l'évidence même de cette condition aux yeux des rédacteurs du Code civil³¹⁸. Pour preuve, Portalis définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »³¹⁹.

Nous pouvons donc conclure qu'aucune reconnaissance n'existait pour les couples de même sexe.

³¹⁶ DEKKERS, M., « Hoofdstuk XI. Minderjarigen », in *Personenrecht in kort bestek* (sous la dir. de F. SWENNEN), 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2007, pp. 95-124.

³¹⁷ Voy. A.-C. VAN GYSEL, *Traité de droit civil belge*, t.1 les personnes, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 346 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voy. note n° 199), pp. 359-360.

³¹⁸ T.G.T. Bordeaux, 27 juillet 2004, *D.*, 2004, p. 2392 et note E. AGOSTINI, « Le mariage homosexuel ? "Peut-être jamais, peut-être demain ; mais pas aujourd'hui, c'est certain !" ». Voy. en outre : A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 317), p. 346. « *Een huwelijk omvat van nature twee mensen van verschillende geslachten. Een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht of met een persoon zonder seks zou geen enkele waarde hebben* » (R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, 129, n° 185, cité par M. DEKKERS, *op. cit.* (voy. note n° 316), pp. 95-124).

³¹⁹ Exposé des motifs fait par M. Portalis, orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803) in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, t.2, p. 380 : « Le mariage en soi ne consiste pas dans le simple rapprochement des deux sexes. Ne confondons pas à cet égard l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel qui est particulier aux hommes. [...]. Le désir général qui porte un sexe vers l'autre, et qui suffit pour opérer leur rapprochement, appartient à l'ordre physique de la nature. Le choix, la préférence, l'attachement personnel, qui déterminent ce désir, et le fixent sur un seul objet, ou qui du moins lui donnent sur cet objet préféré un plus haut degré d'énergie ; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent nécessairement entre des êtres capables de sentiment et de raison, tout cela est de l'empire du droit naturel ».

§2 COHABITATION LÉGALE COMME INTRODUCTION À UNE RECONNAISSANCE DES COUPLES HOMOSEXUELS

Dans les années nonante, l'État a créé la cohabitation légale. Cette nouvelle institution a été ouverte aux couples de même sexe³²⁰.

A. Contrat de vie commune

Dans la proposition de loi initiale, le législateur souhaitait créer un « contrat de vie commune ». Un ensemble de facteurs venait justifier ce nouveau statut dont « l'existence de catégories sociales particulières comme les homosexuels, revendiquant un cadre juridique spécifique visant à la protection de leur couple »³²¹. Étant ouvert tant aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels³²², ce statut n'offrait pas les mêmes droits et obligations que le mariage³²³ bien que ses effets soient importants³²⁴. Toutefois, ne faisant pas consensus, ce système n'a pas été retenu par le législateur³²⁵.

B. Cohabitation légale

Au regard du contrat de vie commune, la cohabitation légale est apparue comme un statut plus léger. L'amendement qui a créé le régime juridique de cette nouvelle alternative au mariage³²⁶ diminue grandement les effets de ce partenariat enregistré puisqu'il ne reste que l'habitation commune, le patrimoine propre et le patrimoine commun ainsi que les charges du ménage³²⁷. Un tel choix était justifié, à l'époque, par une volonté de garder le

³²⁰ G. WILLEMS, « L'orientation sexuelle », *Notes du Cours d'« Individu, Famille, État »*, Faculté de droit et criminologie de l'Université Catholique de Louvain, 2016-2017, p. 10.

³²¹ Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1995-1996, 170/1, p. 2.

³²² *Ibidem* : « Il convient de distinguer radicalement le contrat de vie commune du mariage. Si le contrat de vie commune vise essentiellement les obligations d'assistance et de secours, il est indifférent aux devoirs de fidélité prévus par le mariage. Le contrat de vie commune concerne toutes les personnes, quelle que soit la nature de leurs liens, à l'exclusion des descendants et ascendants, afin d'éviter de perturber les règles de dévolution successorale en ligne directe ».

³²³ Pour plus de détails sur les effets du contrat de vie commune : J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (sous la dir. de J.-L. RENCHON et F. TAINMONT), Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1999, pp. 28-30.

³²⁴ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 323), p. 26. « Cette proposition, très ambitieuse, prévoyait que le contrat de vie commune produirait des effets sur les plans patrimonial, alimentaire, successoral (civil et fiscal), mais également en matière de nationalité et de sécurité sociale » (B. DELAHAYE, V. LEBE-DESSARD et F. TAINMONT, *La cohabitation légale*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 35).

³²⁵ B. DELAHAYE, V. LEBE-DESSARD et F. TAINMONT, *op. cit.* (voy. note n° 324), p. 35.

³²⁶ Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Amendement, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1997-1998, 170/2.

³²⁷ *Ibidem*, p. 4.

mariage comme institution principale, ne connaissant aucune formule alternative concurrente³²⁸.

Bien que les effets de la cohabitation légale soient relativement limités, le législateur reconnaît pour la première fois un statut aux couples homosexuels. Celui-ci n'apporte néanmoins pas une alternative à l'institution du mariage pour les couples de même sexe. La création de ce statut n'a pas permis de créer une égalité entre tous les couples.

§3 MARIAGE HOMOSEXUEL : UNE ADOPTION LÉGISLATIVE SOUS FOND DE DÉBAT PHILOSOPHIQUE

A. Adoption de la loi

Le 18 juillet 2001, le gouvernement déposa un avant-projet de loi visant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe³²⁹ avec pour objectif de recueillir l'avis du Conseil d'État. Selon la section législation du Conseil d'État, il fallait abandonner³³⁰ le projet de loi parce qu'« un couple homosexuel et un couple hétérosexuel présentent des différences objectives liées à la nature des choses. En effet, seules les unions hétérosexuelles sont de nature à donner naissance à des enfants. Elles ont davantage besoin de stabilité et ont une utilité sociale différente des unions homosexuelles »³³¹.

Malgré l'avis négatif du Conseil d'État, le Gouvernement belge présenta à la Chambre des représentants, le 24 mars 2002, son « projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant quelques dispositions du Code civil »³³². Le Gouvernement de l'époque considérait que le mariage était « la base idéale pour la communauté de vie durable de deux personnes »³³³. Cette institution a donc pour but de

³²⁸ B. DELAHAYE, V. LÈBE-DESSARD et F. TAINMONT, *op. cit.* (voy. note n° 324), p. 35.

³²⁹ J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *R.D.I.D.C.*, 2004/2, p. 174.

³³⁰ Projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1692/1, p. 22.

³³¹ *Ibidem*, p. 19.

³³² *Ibidem*. Voy. également : J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002/25, p. 55.

³³³ Projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1692/1, p. 4.

permettre à chaque couple d'être reconnu socialement. Par conséquent, le Gouvernement écarte totalement le « caractère procréatif »³³⁴ du mariage³³⁵.

Pour des questions d'organisation pratique et de rapidité, le Conseil des ministres abandonna le projet³³⁶. Ainsi, le Gouvernement laissa la possibilité à certains membres du Sénat d'introduire une proposition de loi³³⁷. Cette dernière reprenait, en substance, le même contenu que le projet de loi³³⁸.

Au terme de ce parcours législatif, le mariage a été ouvert aux couples de même sexe le 13 février 2003³³⁹. L'article 143 du Code civil dispose donc désormais que « deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage ».

B. Opposition idéologique

Lors des discussions parlementaires, la Commission de la Justice a auditionné plusieurs professeurs d'université³⁴⁰ défendant deux thèses qui s'opposaient sur la question du mariage pour les couples de même sexe. À travers leurs exposés respectifs, les intervenants défendaient une conception philosophique s'inscrivant dans la dichotomie nature/culture.

La première thèse était hostile à la proposition de loi et s'inscrivait dans une thèse naturaliste. En effet, le Professeur Jean-Louis Renchon rejoignait la thèse du Conseil d'État³⁴¹. Dans son audition, deux points retiennent notre attention. Premièrement, dans la définition même du mariage, le Professeur Renchon souligne une incohérence puisque, selon lui, l'institution du mariage est « l'organisation sociale et juridique à la fois d'une

³³⁴ Projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1692/1, p. 4.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 332), p. 55 ; J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 329), p. 180.

³³⁷ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/1.

³³⁸ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 332), p. 55.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3.

³⁴¹ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 42.

relation de couple durable et à la fois d'un lieu d'accueil d'un enfant dont la filiation sera maternelle et paternelle »³⁴². Secondement, l'expert auditionné semble sceptique quant à l'idée que l'homosexualité soit identique à l'hétérosexualité des points de vue psychique et social³⁴³. Ainsi, partant du postulat que le mariage était l'institution créant la famille, cet intervenant souhaitait maintenir une vision naturaliste du mariage.

A contrario, la seconde thèse s'inscrivant dans une vision culturaliste, défendue par le Professeur Olivier de Schutter, se fonde sur les droits de l'Homme et la discrimination liée à l'orientation sexuelle. Son intervention s'articule en deux sous-questions. D'une part, il est nécessaire de s'interroger sur une éventuelle discrimination que subiraient les couples homosexuels par l'absence d'institution similaire au mariage qui leur serait ouverte. Le Professeur de Schutter a répondu par l'affirmative à ce questionnement en fondant sa réflexion sur le droit international. À ses yeux, il est nécessaire de revoir le statut des couples de même sexe³⁴⁴. D'autre part, l'interdiction d'accès au mariage pour les couples homosexuels est-elle discriminatoire ? Aux yeux de l'expert auditionné, l'ouverture du mariage³⁴⁵ aux couples de même sexe est nécessaire pour assurer l'égalité entre tous³⁴⁶. En

³⁴² Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 42. Remis dans son contexte, le Professeur Jean-Louis Renchon « soulève uniquement le problème de l'incohérence juridique. Pour cela, il faut bien se rappeler de ce que signifie en droit de la famille le mariage et ce que signifie la filiation, dans tous les textes du Code civil actuel. La proposition ne modifie en rien ces textes, qui considèrent que le mariage n'est pas seulement une relation de couple ; ce n'est pas seulement l'organisation sociale et juridique d'une relation de couple, mais bien l'organisation sociale et juridique à la fois d'une relation de couple durable et à la fois d'un lieu d'accueil d'un enfant dont la filiation sera maternelle et paternelle. Le mariage couvre aussi bien le couple conjugal que le couple parental. Le législateur estime que le mariage recouvre la dimension de conjugalité et celle de parentalité » (Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 42).

³⁴³ *Ibidem*, pp. 44-45 : « L'orateur est d'avis qu'il y a là également une question politique qui ne peut être écartée, notamment celle de savoir si l'homosexualité est exactement la même chose en termes psychiques et sociaux que l'hétérosexualité. Les militants homosexuels revendiquent qu'il n'y ait pas de différence entre la relation d'amour au sein d'un couple homosexuel et la relation d'amour au sein d'un couple hétérosexuel. La relation entre deux homosexuels doit alors être identique à la relation entre deux hétérosexuels. L'orateur éprouve une certaine hésitation à cet égard. Il se demande si notre société n'est pas confrontée à un autre enjeu qui est de parvenir aujourd'hui à créer de l'égalité et de la dignité identique sans pour autant entrer dans une nomination qui soit de l'ordre du "même". Un couple homosexuel n'est pas un couple hétérosexuel. Ils sont égaux et ont la même dignité, mais ils ne sont pas les "mêmes" ».

³⁴⁴ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, pp. 31-32.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

³⁴⁶ *Ibidem* : « Aucune institution, même si elle en constituait la copie conforme, ne pourrait remplacer le mariage du point de vue de la reconnaissance sociale des homosexuels. Pour des raisons symboliques, tout d'abord. Plus l'institution créée pour les homosexuels sera éloignée du mariage quant à la stabilité qu'elle assure, plus difficile à justifier sera la discrimination envers les homosexuels. Mais plus cette institution sera

effet, « le mariage représente bien plus qu'une union légitimant les rapports sexuels et visant à la procréation. C'est une institution de droit qui crée une relation juridique fixe entre les conjoints, de même qu'entre ceux-ci et les tiers. À travers les liens du mariage, les conjoints indiquent au monde extérieur que leur relation est fondée sur des émotions humaines intenses, un engagement réciproque exclusif, et un élément de permanence »³⁴⁷. Ainsi, l'auditionné souhaite, au travers d'arguments culturalistes, que le droit puisse permettre à chaque couple d'être reconnu par la société à travers de la même institution pour tous.

Section 2 Reconnaissance et protection de la parentalité

Initialement, la Belgique ne reconnaissait aucune forme de parentalité³⁴⁸. Le législateur est intervenu par le biais de l'adoption (§1) et de la filiation charnelle (§2).

§1 ADOPTION COMME COMBAT POUR L'ÉGALITÉ

À l'origine, l'adoption n'était pas permise pour les couples de même sexe. D'ailleurs, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels en 2003 était la contrepartie à l'absence d'accès à l'adoption pour ces couples³⁴⁹.

Pourtant, deux mouvements parallèles ont permis d'influencer le débat sur l'adoption pour les couples de même sexe : « D'une part, le combat militant et politique contre les discriminations à l'encontre des personnes homo- et bisexuelles et, d'autre part, la révision des lois et des normes qui régissent la famille contemporaine, suite aux transformations profondes que connaît celle-ci »³⁵⁰.

proche du mariage, et plus le refus de laisser les couples de même sexe accéder au mariage représentera pour eux comme une injure, contribuant à leur "ghettoïsation" et à la perpétuation de stéréotypes négatifs à leur égard. On recréerait ainsi cette doctrine honnie de "sépare mais égaux" qui, entre 1896 et 1954, dans le droit constitutionnel américain, justifiait la séparation des races, pourvu que les wagons des uns et des autres soient dotés des mêmes qualités de confort ».

³⁴⁷ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 32.

³⁴⁸ C. HERBRAND, « L'adoption par les couples de même sexe », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, Bruxelles, 2006, n° 1911-1912, p. 5.

³⁴⁹ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 329), pp. 173-174.

³⁵⁰ C. HERBRAND, *op. cit.* (voy. note n° 348), p. 5.

En 2003, la secrétaire d'État aux familles a convoqué les « États généraux de la famille ». Il en ressortait une volonté d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe³⁵¹. Ainsi, ce n'est pas moins de cinq propositions de loi qui ont été déposées dans ce sens³⁵². Ces initiatives législatives s'inscrivaient dans une volonté de s'adapter à la réalité sociale et faisaient état d'une absence de facteurs s'opposant à la possibilité pour les couples de même sexe d'accéder à l'adoption³⁵³.

Le 7 octobre 2005, le Conseil d'État a rendu un avis sur la possibilité pour les couples homosexuels d'adopter un enfant³⁵⁴. Bien qu'aux yeux de cette haute juridiction, le droit de l'époque excluant les couples homosexuels de la possibilité d'adopter n'était pas discriminatoire³⁵⁵. Il n'y a juridiquement aucun obstacle empêchant les couples homosexuels d'adopter des enfants³⁵⁶. Toutefois, « comme la différence de situations porte sur une donnée importante de la nature même de la conception de la vie et de l'histoire de la société humaine, soit l'origine bisexuée d'un enfant et son appartenance de principe à un

³⁵¹ J. VAN GODTSENHOVEN, *États Généraux de la famille*, disponible sur <http://users.skynet.be/bs991384/famunie/fu93s04/Etatsgen.htm#EGF2> (consulté le 24 juin 2018).

³⁵² Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 664/1 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 666/1 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 667/1 ; Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 980/1 ; Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 1144/1.

³⁵³ « C'est simplement reconnaître la réalité sociale que de constater que dans notre société, les enfants sont élevés avec amour dans le cadre d'une multiplicité de formes de vie commune : par des isolés, des divorcés, des couples composés de personnes de même sexe ou de sexe différent, ou des familles recomposées. Cette diversité de formes de vie commune se reflète de plus en plus dans notre législation, comme en témoigne l'ouverture prévue de l'institution du mariage aux partenaires de même sexe. Il n'appartient pas au législateur d'exclure de l'adoption une forme déterminée de cohabitation, à savoir celle de deux personnes du même sexe. En effet, aucune raison objective, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant ou de celui des candidats adoptants, ne justifie cette exclusion : les enfants qui grandissent au sein d'une relation homosexuelle sont au moins aussi heureux que ceux qui grandissent au sein d'un autre type de relation » (Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 664/1, p. 1).

³⁵⁴ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 393/2. Voy. également C. HERBRAND, *op. cit.* (voy. note n° 348), p. 58.

³⁵⁵ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 393/2, p. 66 ; « Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière, c'est en raison de la large marge d'appréciation reconnue aux États en la matière que la différenciation est jugée admissible; la Cour européenne ne considère toutefois pas que l'adoption doit nécessairement être interdite à des candidats adoptants homosexuels, n'ayant pas eu à ce prononcer sur ce cas de figure » (*Ibidem*, pp. 66-67).

³⁵⁶ C. HERBRAND, *op. cit.* (voy. note n° 348), p. 58.

ménage de même nature, elle doit faire l'objet d'une justification particulièrement exigeante »³⁵⁷.

Par conséquent, le 1^{er} décembre 2005, le parlement vota, avec 77 voix contre 66³⁵⁸, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe³⁵⁹.

§2 FILIATION CHARNELLE COMME ADAPTATION DU DROIT À LA RÉALITÉ VÉCUE PAR LES FAMILLES

Une dernière évolution a eu lieu en 2014 avec l'établissement de la filiation charnelle intégrée aux articles 325/1 et suivants du Code civil. Par cette avancée législative, les couples lesbiens peuvent se voir reconnaître leur lien de filiation dès « l'origine »³⁶⁰.

Antérieurement, la situation était tout autre puisqu'il fallait que cela ait lieu par la voie de l'adoption, procédure judiciaire. Ainsi, l'établissement de la filiation se faisait postérieurement³⁶¹ et nécessitait le contrôle de l'intérêt de l'enfant, notion éminemment variable³⁶². De plus, les couples lesbiens ayant plus facilement recours, grâce aux avancées médicales, à la procréation médicalement assistée, ils connaissaient une procédure longue et complexe, notamment dans le cas où la mère refusait l'adoption à un coparent. Ce refus ne pouvait valoir une fin de non-recevoir³⁶³. Le 12 juillet 2012, la Cour constitutionnelle a été appelée à se prononcer sur ces deux difficultés. Elle a conclu à la violation de la Constitution³⁶⁴.

³⁵⁷ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 393/2, p. 68.

³⁵⁸ C. HERBRAND, *op. cit.* (voy. note n° 348), p. 60.

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *A.D.L.*, 2014/1, p. 101.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 101.

³⁶² G. WILLEMS, *op. cit.* (voy. note n° 320), p. 18.

³⁶³ Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sen., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1, p. 2. Nous rappelons que l'alinéa 2 de l'article 348-3 du Code civil dispose que « lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, seul celui-ci doit consentir à l'adoption ».

³⁶⁴ C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012, disponible sur www.arbitrage.be/ (consulté le 24 juin 2018), p. 14 ; C.C., 12 juillet 2012, n° 94/2012, disponible sur www.arbitrage.be/ (consulté le 24 juin 2018), p. 25.

Suite à ces deux arrêts, certains sénateurs ont déposé une proposition de loi le 21 janvier 2014. À travers celle-ci, ils souhaitent répondre aux difficultés existantes³⁶⁵. Cette proposition initiale devait s'appliquer à tous les genres³⁶⁶. Toutefois, sur ce dernier point, les parlementaires ont fait un pas en arrière puisqu'ils se sont limités à la comaternité, souhaitant réagir face à la situation vécue par les couples homosexuels masculins par la suite³⁶⁷. Ainsi, la loi du 5 mai 2014 instaure la filiation de la coparente³⁶⁸.

La doctrine ne semble pas unanime face à cette nouvelle loi. En effet, certains auteurs voient derrière cette législation une discrimination envers les couples homosexuels masculins. En effet, cette exclusion était justifiée par le fait que la procréation médicalement assistée n'était pas possible biologiquement aux couples formés par deux hommes, hormis par le biais de la gestion pour autrui³⁶⁹, hypothèse non réglée par le législateur³⁷⁰. *A contrario*, pour le professeur Sosson, l'argument biologique n'est pas valable puisqu'il peut également être transposé pour les couples lesbiens, ceux-ci ne pouvant réaliser leur projet parental qu'avec l'aide d'un donneur. Ainsi, à ces yeux, « l'inégalité n'est donc que déplacée »³⁷¹.

³⁶⁵ Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sen., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1, p. 2 : « Ce statut juridique du coparent est dès lors particulièrement précaire dans le droit actuel. Ainsi, dans le cadre d'une procédure d'adoption concernant l'enfant commun, le coparent est entièrement tributaire de l'attitude du parent juridique d'origine puisque celui-ci doit donner son consentement à l'adoption par le coparent ».

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 2-3.

³⁶⁷ Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sen., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1, p. 15 : « Le professeur Senaev et d'autres ont indiqué qu'il existe effectivement une différence entre les couples lesbiens et les couples gays en ce qui concerne la mise en œuvre. La solution pour les femmes doit pouvoir être rapide parce que leur situation est plus simple. Une réglementation pour les couples d'hommes nécessitera d'abord qu'un débat soit organisé et qu'une solution soit trouvée à d'autres problèmes, tels que la maternité de substitution. Tous les membres de la commission sont conscients que la législation touche à sa fin. Ce serait une bonne chose si un maximum de partis pouvait trouver ensemble une solution pour les co-mères. Un régime général pour les coparents pourrait voir le jour ultérieurement ».

³⁶⁸ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 1^{er} janvier 2015, p. 51703.

³⁶⁹ M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/3, p. 461 : « Certains justifient cette différence de traitement par l'argument biologique de la différence physique entre les hommes et les femmes. Le professeur P. Senaev se rallie ainsi à l'avis selon lequel l'inégalité découle des faits et ne constitue pas un risque de discrimination, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une volonté d'exclure les couples homosexuels. Pour G. Seghers et F. Swennen également, il existe une différence substantielle entre ces situations, puisque dans le cas d'un couple d'hommes, le recours à une mère porteuse sera toujours nécessaire ».

³⁷⁰ En effet, la loi sur la procréation médicalement assistée ne fait nullement mention d'une quelconque réglementation sur la gestion pour autrui (Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 27 juillet 2007, p. 38575).

³⁷¹ M. DEMARET et E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 369), p. 462.

Conclusion

La situation des personnes quant à leur orientation sexuelle a considérablement évolué en l'espace de soixante ans. Notre droit a connu des modifications significatives, passant d'une certaine pénalisation à la reconnaissance de plusieurs protections et à l'ouverture de certaines institutions.

Pourtant, certaines lacunes existent encore dans la législation belge. Nous pensons notamment à la différence de traitement que connaissent les couples homosexuels masculins au regard de la situation des couples de femmes.

D'un point de vue philosophique, une évolution est à remarquer. En effet, un passage d'une conception naturaliste du couple et de la famille a laissé place à un point de vue plus culturaliste prenant en compte la réalité vécue par notre société.

PARTIE 4

RÉPONSE ENTRE CRITIQUES ET PERSPECTIVES

Après cette analyse complète des législations relatives à la vie sexuelle et affective du mineur et à l'orientation sexuelle, il est temps d'apporter la réponse à notre question de recherche qui, rappelons-le, s'intitule comme suit : « Quelle est l'autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle alors qu'il est soumis à l'autorité parentale ? ».

Notre développement se construira en deux temps. Après avoir analysé le droit *de lege lata* en y apportant quelques critiques (Chapitre 1), nous étudierons le droit *de lege ferenda* (Chapitre 2).

Chapitre 1 Réponse critiquable

Comme vu précédemment, la législation en vigueur donne une réponse protectrice à notre question de recherche (Section 1). Ainsi, le dispositif légal tel qu'il existe actuellement appelle à la critique (Section 2), celle-ci étant en lien avec la cohérence même du système.

Section 1 Droit comme gardien de la vie sexuelle et affective du mineur

L'autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle est très limitée dans notre droit belge. En effet, ce pan de la vie du jeune âgé de moins de dix-huit ans est strictement réglementé.

D'une part, toute vie sexuelle est totalement prohibée avant seize ans par les infractions de viol et d'attentat à la pudeur³⁷². Il est donc impossible, pour le mineur, de vivre cet aspect de sa vie en toute légalité.

³⁷² Code pénal, art. 372 et 375.

D'autre part, la vie affective du mineur est contrôlée par l'autorité parentale³⁷³. Bien que cette institution connaisse des exceptions³⁷⁴, aucune d'elles ne s'applique aux liens affectifs que peut nouer le mineur. D'un point de vue strictement juridique, le mineur peut donc se voir poser des limites, parfois contraignantes, par ses parents jusqu'à dix-huit ans³⁷⁵. Appliquées à l'orientation sexuelle, ces limites pourraient être, par exemple, l'interdiction de fréquenter un petit ami ou une petite amie, de révéler son orientation sexuelle à des membres de la famille ou à des amis, d'aller dans un groupe de soutien ou une association liés à l'orientation sexuelle ou plus généralement à la vie sexuelle et affective.

Face à ce type de comportements parentaux, la loi anti-discrimination du 10 mai 2007 ne vient-elle pas sauver le mineur qui souffrirait d'une discrimination au sein même de sa famille ? Nous devons apporter une réponse par la négative à cette question au regard du champ d'application de la loi du 10 mai 2007 contenu à l'article 5. Celui-ci ne fait nullement mention des relations intrafamiliales. Il semblerait donc qu'il faille invoquer les articles 10 et 11 de la Constitution, articles reconnaissant un principe général de non-discrimination.

Section 2 Critiques d'un système incohérent

Face à cette réponse, nous ne pouvons qu'être critiques. En effet, nous allons mettre en exergue deux incohérences, l'une d'ordre philosophique (§1) et l'autre d'ordre psychologique (§2).

§1 INCOHÉRENCE PHILOSOPHIE DANS LE SYSTÈME

Tant les protections légales entourant les mineurs que les législations liées à l'orientation sexuelle sont transcendées par la dichotomie nature/culture.

A. La conception naturaliste

À travers le temps, certaines considérations naturalistes ont alimenté l'élaboration et la justification des normes en lien avec notre question de recherche.

³⁷³ Code civil, art. 372.

³⁷⁴ Souvenons-nous des lois en matière médicale sur les droits du patient, l'euthanasie ou le transgenrisme.

³⁷⁵ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), pp. 19-20.

Premièrement, toute la protection du mineur est légitimée par des considérations naturalistes. En effet, le législateur se base sur « la Nature – en tant qu’ordre transcendant la relativité culturelle – comme source de légitimation des prohibitions dans [l]e domaine »³⁷⁶ de la sexualité des mineurs âgés de moins de seize ans. De plus, de par la nature fragile de l’enfant³⁷⁷, il incombe aux parents de le protéger, et ce, par la voie de l’autorité parentale³⁷⁸. Ils doivent prendre toutes les décisions relatives au mineur puisque celui-ci est dans l’incapacité d’exercer les droits dont il est titulaire³⁷⁹.

Secondement, les travaux parlementaires précédant les législations relatives à la reconnaissance des couples de même sexe³⁸⁰ et aux familles homoparentales³⁸¹ ont été marqués par ce courant naturaliste. Cette thèse, se basant sur une vision de la famille ayant pour objectif la procréation, considère que la conception et l’éducation d’un enfant ne sont possibles que par l’union d’un homme et d’une femme³⁸². Cet argument justifie d’ailleurs actuellement l’exclusion des couples homosexuels masculins de la filiation charnelle³⁸³.

B. La conception culturaliste

Certaines réflexions culturalistes ont également nourri les débats liés aux normes qui réglementent l’autonomie du mineur quant à son orientation sexuelle.

Dans l’opposition idéologique sur la majorité sexuelle, la thèse consensualiste place la volonté du mineur au centre de la réglementation³⁸⁴ en adaptant le droit aux expériences vécues par les jeunes³⁸⁵. Quant aux règles concernant l’autorité parentale, notre législateur,

³⁷⁶ I. WATTIER, *op. cit.* (voy. note n°79), p. 98.

³⁷⁷ A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 146), p. 240 ; A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* (voy. note n° 130), p. 529.

³⁷⁸ Code civil, art. 372.

³⁷⁹ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note n° 142), p. 988 (voy. dans le même sens : A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 19).

³⁸⁰ Voy. pour exemple l’audition du Professeur J.-L. Renchon : Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 42.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 15.

³⁸² *Ibidem*, p. 42.

³⁸³ Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Anciaux, *Doc. parl.*, Sen., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1, p. 15.

³⁸⁴ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 489.

³⁸⁵ Proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, 1119/001, p. 5

au terme d'une évolution historique³⁸⁶, reconnaît une place de plus en plus grande à l'autonomie du mineur³⁸⁷, allant jusqu'à l'adoption de certaines lois faisant exception au monopole décisionnel des parents.

Cette même volonté législative transparait dans les législations liées à l'orientation sexuelle. En effet, lors des débats concernant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, le Professeur de Schutter soulignait l'importance du caractère social du mariage, cette institution permettant à deux individus de faire reconnaître publiquement leur union³⁸⁸. Concernant l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels et la création de la filiation charnelle, le législateur est intervenu avec la volonté de s'adapter aux pratiques existantes³⁸⁹.

C. Un législateur incohérent

Il est donc à constater que ces deux courants s'opposent au sein même des législations pertinentes pour notre question de recherche. D'une part, les règles se trouvant dans les Codes civil et pénal en matière de protection de la vie sexuelle et affective du mineur sont très strictes. Elles s'inscrivent dans la thèse naturaliste. À l'inverse, les législations liées à l'orientation sexuelle sont, à quelques exceptions près, très libertaires et se fondent sur des considérations éminemment culturelles.

Nous sommes donc face à une opposition philosophique qui laisse une grande place à l'incohérence. Le mineur connaît-il une liberté quant à son orientation sexuelle, « aspect hautement intime de sa vie privée »³⁹⁰ et peut-il la vivre de façon autonome ? Ou de par sa nature fragile, doit-il exclure tout comportement en lien avec sa vie sexuelle et affective ? Juridiquement, il est tiraillé entre ces deux conceptions. Nous sommes d'avis que cette contradiction, telle qu'elle est présente dans notre droit, ne peut perdurer.

³⁸⁶ Cf. *supra*.

³⁸⁷ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voy. note n° 151), p. 272.

³⁸⁸ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3, p. 34.

³⁸⁹ Pour l'adoption, voy.: Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 664/1, p. 1 ; C. HERBRAND, *op. cit.* (voy. note n° 348), p. 5. Concernant la filiation pour la coparente, il faut se référer à : Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sen., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1, p. 2 ; S. CAP, *op. cit.* (voy. note n° 360), p. 101.

³⁹⁰ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 30 ; Cf. *supra*.

À côté de cet écueil philosophique, il y a lieu de remarquer une seconde incohérence liée aux considérations psychologiques. En effet, comme susmentionné, la marge de manœuvre laissée à l'adolescent dans sa vie sexuelle et affective est très réduite. Pourtant, cette période de changements tant psychiques que biologiques³⁹¹ passe par l'expérimentation de rapports intimes avec d'autres individus. Rappelons-nous d'ailleurs qu'une forme d'homosexualité connue par l'adolescent n'est que passagère et s'inscrit dans son développement psychosexuel³⁹².

Il semble donc regrettable que le législateur oublie que l'orientation sexuelle se construit³⁹³. Ainsi, lors de l'adolescence, alors que le jeune se développe, le législateur prohibe toutes relations sexuelles et contrôle tous liens affectifs³⁹⁴. Il y a donc une distance entre ce qui est vécu par l'adolescent, d'une part, et ce que le droit prévoit, d'autre part.

Chapitre 2 Perspective d'avenir

Alors que le droit en vigueur connaît quelques écueils, intéressons-nous au droit tel qu'il pourrait être. Pour ce faire, notre réflexion va se dérouler en trois temps. Dans un premier temps, nous allons faire évoluer le système civil (Section 1). Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux différentes propositions de modification du système de la majorité sexuelle (Section 2). Dans un troisième temps, nous reviendrons vers notre Constitution et son article 22*bis* pour adapter aux considérations liées à l'orientation sexuelle (Section 3)

³⁹¹ P. G. COSLIN, *op. cit.* (voy. note n° 9), p. 19.

³⁹² *Ibidem*, p. 67 ; A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21), p. 98.

³⁹³ A. CHOUKROUN, *op. cit.* (voy. note n° 21), p. 88.

³⁹⁴ Cf. *supra*.

Section 1 Évacuation de la notion de discernement

D'un point de vue civil, le système proposé par N. Nottet nous semble pertinent bien qu'il mérite quelques nuances pour ce qui concerne l'orientation sexuelle du mineur.

Tout d'abord, il est nécessaire de partir du constat que l'autorité parentale ne peut être exercée de manière linéaire de la naissance à l'âge de la majorité, et ce, au regard de son caractère de « droit-fonction »³⁹⁵. Ainsi, plus le jeune se construit, plus son autonomie est grande. Il est donc nécessaire de laisser sa personnalité en construction s'affirmer. En cas de conflit, ce serait au juge de définir l'étendue de cette autonomie sur base de l'âge, du degré de maturité et de l'intérêt de l'enfant³⁹⁶.

Par l'adoption de cette théorie doctrinale, le législateur ferait prévaloir la conception culturaliste puisque le droit s'adapterait à la réalité vécue par les familles et l'adolescent lui-même. De plus, il prendrait en compte la réalité psychologique que vit le mineur puisqu'il ne serait plus simplement vu comme un être fragile, mais bien comme une personne en développement et en construction.

Concernant la sexualité et l'orientation sexuelle, il est nécessaire de rappeler que ce sont deux aspects relevant de la vie privée du mineur³⁹⁷. Partant de ce postulat, N. Nottet souligne que « le contrôle que permet l'autorité parentale doit également céder progressivement le pas à l'autonomie du mineur qui grandit »³⁹⁸. À ses yeux, une intervention parentale n'est envisageable dans la vie sexuelle et affective que si les relations entretenues par le mineur sont néfastes ou nuisibles au regard de la maturité ou de l'influencabilité de l'enfant³⁹⁹.

À partir de ces considérations doctrinales, il nous semble opportun d'établir une distinction entre l'orientation sexuelle et la vie sexuelle et affective du mineur.

³⁹⁵ Cf. *supra*.

³⁹⁶ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), pp. 28-29.

³⁹⁷ Rappelons que c'était un constat qui émanait également de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. *supra*).

³⁹⁸ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note n° 131), p. 30.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 30.

D'une part, l'orientation sexuelle ne peut se voir appliquer cette proposition. Il est à rappeler que ce n'est pas une décision que le jeune prend lui-même, mais bien une partie de sa personne. Cela peut donc évoluer. Sa construction identitaire peut passer par des expériences tant homosexuelles qu'hétérosexuelles sans pour autant définir fixement et strictement une orientation sexuelle définitive. Qu'importe son degré de maturité ou son âge, le mineur peut vivre librement son orientation sexuelle et ses parents doivent la respecter.

D'autre part, la vie sexuelle et affective doit évidemment être contrôlée par les parents avec un degré variable suivant l'âge et la maturité du mineur, et ce, qu'importe son orientation sexuelle ; pour cet aspect, nous rejoignons N. Nottet.

Section 2 Modification de la réglementation pénale pour une cohérence de système

À côté de la proposition de modification civile, il est important d'introduire une modification du Code pénal. Pour être cohérent philosophiquement et prendre en compte le développement sexuel de l'adolescent, il est nécessaire d'adapter la loi.

Intégrant les considérations psychologiques établies dans la première partie, nous faisons prévaloir la conception « culturaliste »⁴⁰⁰. En effet, l'adolescent est un être en développement qui doit passer par une phase expérimentale encadrée légalement. Cette thèse s'intègre dans une vision plus large où le mineur n'est pas simplement pris comme un être fragile mais comme un être qui se construit. Plusieurs auteurs inscrits dans ce courant idéologique culturaliste ont proposé différents types de modifications.

Tout d'abord, une première possibilité est de transformer la présomption irréfutable d'absence de consentement en une simple présomption⁴⁰¹. Ainsi, dans chaque cas d'espèce, le juge aurait l'opportunité de considérer s'il y a effectivement consentement du mineur. Il serait, par cette modification législative, « rétabli dans sa compétence d'appréciation des circonstances »⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cf. *supra*.

⁴⁰¹ E. LANGENAKEN, *op. cit.* (voy. note n° 63), p. 488.

⁴⁰² *Ibidem*.

En outre, une deuxième possibilité est de remplacer l'infraction d'attentat à la pudeur par celle d'« atteinte à l'intégrité physique »⁴⁰³ au sein même d'une refonte complète du cadre juridique⁴⁰⁴. Ce changement a été proposé dans un projet de loi du 4 janvier 1999. La notion d'atteinte à l'« intégrité physique » devait se comprendre comme étant « tout acte à caractère sexuel commis sur ou à l'aide d'une personne qui n'y consent pas »⁴⁰⁵. En outre, le seuil d'âge en dessous duquel le mineur ne pourrait consentir à un rapport sexuel serait de quatorze ans. Ce projet n'ayant pas rencontré de consensus, la législation est restée régie par les deux infractions qui réglementent encore actuellement la matière. Il serait opportun de rediscuter de ce projet de loi en vue d'ériger l'atteinte à l'intégrité physique au rang d'infraction.

Enfin, la troisième possibilité serait de descendre l'âge de la majorité sexuelle à quatorze ans. Cependant, entre quatorze et seize ans, une condition supplémentaire serait introduite pour que le rapport sexuel soit considéré comme licite. En effet, un écart d'âge inférieur à trois ans devrait exister entre les deux jeunes au moment de la réalisation de l'acte⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Pour une analyse complète de la notion, voy. : I., WATTIER, *op. cit.* (voy. note n°79), pp. 109-114.

⁴⁰⁴ S. BERBUTO, et C. PEVEE, *op. cit.* (voy. note n° 92), p. 6. Ainsi, comme le souligne le professeur Hutsebaut, « une conception plus moderne des abus sexuels devrait amener à concevoir la violation du droit à l'autodétermination sexuelle de la victime comme l'élément principal et prédominant de l'infraction. Ceci peut être exprimé en remplaçant la notion de "pudeur" par la notion d'"intégrité sexuelle". Le critère déterminant pour intervenir dans la sphère privée la plus intime est la question de savoir s'il y a violation de la liberté de l'individu à décider lui-même de ce qu'il veut sur le plan sexuel, en d'autres termes s'il y a violation de son droit à l'autodétermination sexuelle » (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1998-1999, 1907/1, p. 74).

⁴⁰⁵ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1998-1999, 1907/1.

⁴⁰⁶ Proposition de loi complétant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, 1000/001, p. 5. Très récemment, la source a d'ailleurs relayé une décision du Conseil des ministres non publiée. « L'âge de la majorité sexuelle, qui permet donc au jeune de donner son consentement à des relations sexuelles, est ramené de manière générale à 16 ans. Toutefois, un jeune âgé d'au moins 14 ans pourra également donner son consentement éclairé lorsque la différence d'âge avec le partenaire s'élève à maximum 5 ans et qu'il n'est pas question d'une position d'autorité ou de confiance à l'égard du jeune. Ces mesures permettront de dissiper toute confusion relative au régime actuel » (GEENS, K., *Nouveau Code pénal : des sanctions correctes et transparentes permettent une Justice plus efficace*, disponible sur <https://www.koengeens.be/fr/news/2018/07/20/nouveau-code-penal-des-sanctions-correctes-et-transparentes-permettent-une-justice-plus-e> (consulté le 8 août 2018)). Cette décision doit être prise avec la plus grande précaution puisque le projet est susceptible d'être modifié lors de son passage au parlement. Voy. également : L. PONCIAU, « Réforme de la majorité sexuelle : un code pénal plus en phase avec la société », *Le Soir*, 22 juillet 2018, disponible sur <http://plus.lesoir.be/169300/article/2018-07-22/reforme-de-la-majorite-sexuelle-un-code-penal-plus-en-phase-avec-la-societe> (consulté le 28 juillet 2018)).

Par ces trois propositions de modification, le législateur passerait d'une conception naturelle de la sexualité chez le mineur à une vision culturaliste. Cette dernière serait plus en adéquation avec les législations liées à l'orientation sexuelle.

Section 3 L'article 22bis de la Constitution comme pierre angulaire de la cohérence de système

Une troisième et dernière modification proposée serait d'adapter l'article 22bis de la Constitution. Comme dit précédemment, tel qu'actuellement rédigé, le premier alinéa de cette disposition nous apprend que « chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle ». Il serait judicieux d'y ajouter « ainsi qu'au respect de son orientation sexuelle ».

Cette modification de la Constitution permettrait la reconnaissance légale de l'orientation sexuelle comme une composante de la personne et non comme un choix posé par celle-ci. Cette partie intégrante de chacun devant être respectée par tous et à tout âge.

À l'instar des autres modifications proposées, l'ajout de ce morceau de phrase s'inscrit dans une volonté d'harmoniser la législation relative à l'orientation sexuelle d'un point de vue philosophique. Cela permettrait de faire prévaloir la thèse culturaliste et d'adapter le droit à la réalité vécue par les mineurs. Ainsi, les expériences vécues psychologiquement recevraient une légitimité légale. La société comprendrait alors qu'il existe une diversité d'orientations sexuelles et que le mineur peut vivre celle qu'il sent en lui.

Conclusion

Par ces diverses modifications, il est intéressant de constater que l'ensemble de la législation concernant la vie sexuelle et affective du mineur doit être modifié pour qu'il y ait une cohérence au sein du droit. Cette cohérence est souhaitée tant philosophiquement qu'au regard des considérations psychologiques.

CONCLUSION

Le mineur ne dispose d'aucune autonomie quant à son orientation sexuelle. D'un point de vue légal, aucun droit ne la protège. De plus, la prohibition de tout rapport sexuel avant seize ans et l'autorité parentale presque absolue n'accordent que peu de place à l'autonomie du mineur.

Bien que la question de recherche n'ait pas une résonnance judiciaire, elle connaît deux intérêts.

D'une part, l'absence de toute référence à l'orientation sexuelle dans les dispositions légales liées aux mineurs est préoccupante. En effet, le législateur ne semble pas avoir pris conscience de la réalité psychologique qui est vécue par le jeune lui-même mais également par sa famille. Une reconnaissance légale de ce pan de la vie du mineur serait plus que souhaitable. La concrétisation des différentes modifications législatives proposées établirait une assise légale qui permettrait aux jeunes de vivre leur orientation sexuelle plus sereinement.

D'autre part, le droit belge ne véhicule pas une vision philosophique uniforme en la matière. Face à une protection du mineur trouvant ses fondements dans des considérations naturalistes, les différentes législations liées à l'orientation sexuelle ont consacré la thèse culturaliste. Le mineur vit ces deux réalités durant son adolescence puisqu'il poursuit un cheminement dans la construction de son orientation sexuelle tout en continuant à être protégé par diverses institutions. Il peut se sentir troublé par ce paradoxe. Est-il normal qu'une réflexion quant à son orientation sexuelle naisse en lui-même alors que le droit lui refuse toute vie sexuelle ? La loi devrait s'adapter à la réalité vécue par le mineur. De plus, comme nous l'avons vu, l'adolescent connaît des modifications biologiques importantes qui le poussent à renverser l'état d'infériorité que lui renvoie la société. De ce fait, le droit ne reflète-t-il pas le combat intérieur que l'adolescent vit au fond de lui ?

Bien qu'une avancée législative soit souhaitable, n'est-ce pas à la société d'éduquer les adolescents et les parents à une vie sexuelle et affective réfléchie et choisie librement, pour que chacun puisse se sentir respecté et en harmonie avec lui-même ?

BIBLIOGRAPHIE

Chapitre 1 Législation

Section 1 Législation internationale

§1 LES NATIONS-UNIES

A. Convention

Convention internationale des droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991.

B. Principes et Résolutions

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, Principes de Jogjakarta — Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, disponible sur <https://www.yogyakartaprinciples.org/principles-fr/> (consulté le 30 juin 2018).

Rés. n° 32/2 (2016) du Conseil des droits de l'homme, Protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre du 30 juin 2016, disponible sur <http://www.un.org/> (consulté le 13 mai 2018).

§2 LE CONSEIL DE L'EUROPE

A. Convention

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.

B. Recommandations

Rec. n° 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels, du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018).

Rec. n° 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, du 29 avril 2010, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018).

Rec. CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, du 31 mars 2010, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

Rec. n° 2021 (2013) de l'Assemblée parlementaire, Lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre, du 27 juin 2013, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

C. Résolution

Rés. n° 756 (1981) de l'Assemblée parlementaire, Discrimination à l'égard des homosexuels du 1^{er} octobre 1981, disponible sur <http://www.semantic-pace.net> (consulté le 13 mai 2018).

Section 2 Législation belge

Loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, *M.B.*, 27 mai 1912, pp. 3457-3467.

Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

Loi du 18 juin 1985 abrogeant les articles 372*bis* et 377, troisième alinéa du Code pénal, *M.B.*, 8 août 1985, p. 11457.

Loi du 23 mars 2000 modifiant la Constitution, *M.B.*, 25 mai 2000, p. 17757.

Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

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.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 27 juillet 2007, p. 38575.

Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, *M.B.*, 12 mars 2014, p. 21053.

Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 1^{er} janvier 2015, p. 51703.

Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 1^{er} janvier 2018, p. 71465.

Section 3 Travaux parlementaires

Exposé des motifs fait par M. Portalis, orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803) in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, t. 2.

Projet de loi relatif à la protection de la jeunesse, Discussion générale et vote des articles, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord., 1964-1965, séance du 10 mars 1965, pp. 957-1011.

Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 166/8.

Proposition de loi abrogeant les articles 372*bis* et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1981-1982, 349/1.

Projet de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1988-1989, 702/4.

Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1995-1996, 170/1.

Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Amendement, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1997-1998, 170/2.

Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1998-1999, 1907/1.

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 Tailman, *Doc. parl.*, Sen., 1999-2000, 2-21/4.

Projet de loi relatif à la loi sur les droits du patient, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1642/1.

Projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, 1692/1.

Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/1.

Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Kaçar, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2001-2002, 2-1173/3.

Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 664/1.

Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 666/1.

Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 667/1.

Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 980/1.

Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 1144/1.

Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, 393/2.

Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1.

Proposition de loi portant établissement de la filiation du coparent, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Anciaux, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2013-2014, 5-2445/1.

Projet de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Sarah Smeyers, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2013-2014, 3245/4.

Proposition de loi complétant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, 1000/1.

Proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle, proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2014-2015, 1119/1.

Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2016-2017, 2403/1.

Chapitre 2 Jurisprudence

Section 1 Jurisprudence internationale

§1 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, req. n° 8825/78, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 18 juin 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 31 juillet 2000, req. n° 35765/97, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 13 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *Sutherland c. Royaume-Uni*, 27 mars 2001, req. n° 25186/94, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, req. n^{os} 39392/98 et 39829/98, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *S.L. c. Autriche*, 9 janvier 2003, req. n° 45330/99, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *B.B. c. Royaume-Uni*, 10 février 2004, req. n° 53760/00, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/> (consulté le 14 mai 2018).

Cour eur. D.H., arrêt *Alexeïev c. Russie*, 21 octobre 2010, req. n^{os} 4916/07, 25924/08 et 14599/09, disponible sur https://hudoc.echr.coe.int (consulté le 13 mars 2018).

§2 COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Comm. eur. D.H., req. n° 104/55 (*W.B. c. Allemagne*), 17 décembre 1955, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

Comm. eur. D.H., req. n° 10389/83 (*Johnson c. Royaume-Uni*), 17 juillet 1986, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

Comm. eur. D.H., req. n° 22646/93 (*H.F. c. Autriche*), 26 juin 1995, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

Comm. eur. D.H., req. n° 25186/94 (*Sutherland c. Royaume-Uni*), 1^{er} juillet 1997, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (consulté le 14 mai 2018).

Section 2 Jurisprudence étrangère

T.G.T. Bordeaux, 27 juillet 2004, *D.*, 2004, p. 2392 et note E. AGOSTINI, « Le mariage homosexuel ? “Peut-être jamais, peut-être demain ; mais pas aujourd’hui, c’est certain !” ».

Section 3 Jurisprudence belge

§1 COUR CONSTITUTIONNELLE⁴⁰⁷

C.A., 8 octobre 2003, n°134/2003, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2004, pp. 185-189.

C.C., 4 juin 2009, n°93/2009, disponible sur www.arbitrage.be/ (consulté le 15 mars 2018).

C.C., 29 octobre 2009, n°169/2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 344-349 et note I. WATTIER, « De la constitutionnalité à la contrefactualité des catégories pénales de viol et de l’attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur un mineur de moins de seize ans ».

C.C., 12 juillet 2012, n°93/2012, disponible sur www.arbitrage.be/ (consulté le 24 juin 2018).

C.C., 12 juillet 2012, n°94/2012, disponible sur www.arbitrage.be/ (consulté le 24 juin 2018).

§2 COUR DE CASSATION

Cass. (2^e ch.), 28 septembre 1993, *Lar. Cass.*, 1993/16, p. 169.

Cass. (2^e ch.), 7 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, pp. 32-33.

Cass. (2^e ch.), 6 octobre 2004, *J.T.*, 2005/6, p. 100.

Cass. (2^e ch.), 30 septembre 2009, *Rev. dr. pén.*, 2010/5, p. 680.

Cass. (2^e ch.), 24 mai 2011, *Lar. Cass.*, 2011/9, p. 196.

Cass. (2^e ch.), 9 octobre 2012, *Pas.*, 2012/10, pp. 1867-1870.

Cass. (2^e ch.), 6 septembre 2013, *Lar. Cass.*, 2013/6, p. 125.

Cass. (2^e ch.), 27 novembre 2013, *Rev. dr. pén.*, 2014/2., pp. 226-231.

Cass. (2^e ch.), 10 juin 2015, *Rev. dr. pén.*, 2016/2, pp. 139-150.

⁴⁰⁷ Anciennement Cour d’arbitrage.

Cass. (2^e ch.), 4 janvier 2017, arrêt n°P.16.0843.F.

§3 COUR D'APPEL

Liège (1^e ch.), 22 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001/13, pp. 544-550.

Mons (17^e ch.), 28 juin 2000, *R.T.D.F.*, 2002/1, p. 94.

Bruxelles (11^e ch.), 19 mars 2003, *J.T.*, 2003/23, n° 6101, pp. 486-488.

Bruxelles (3^e ch.), 30 juin 2005, *R.T.D.F.*, 2005/4, pp. 1164-1170.

Bruxelles (41^e ch.), 23 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017/2, pp. 75-83.

Bruxelles (41^e ch.), 29 novembre 2016, *R.T.D.F.*, 2017/3, pp. 609-613.

Liège (18^e ch.), 14 décembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018/12, pp. 555-557.

§4 TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

Civ. Namur (*réf.*), 9 mai 2003, *J.D.J.*, 2003, liv. 228, p. 36.

Corr. Liège, 30 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1385.

Corr. Eupen, 12 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006/30, pp. 1328-1329.

Corr. Kortrijk, 28 maart 2006, *T.J.K.*, 2006, pp. 388-389.

Trib. fam. Liège, div. Huy, 4 septembre 2017, *R.T.D.F.*, 2017/3, p. 525-528.

Chapitre 3 Doctrine

Section 1 Ouvrages

BALTHZART, J., *Biologie de l'homosexualité : on naît homosexuel, on ne choisit pas de l'être*, Wavre, Mardaga, 2010.

BASTYNS, O., « V° Attentat à la pudeur », in *Droit pénal et procédure pénale*, Waterloo, Kluwer, F. mob., 28 février 2003.

BRAT, S., DANDOY, N., DEMARS, S., DE PAGE, P., GRÉGOIRE, M., LAMBERT, C., LELEU, Y.-H., RENCHON, J.-L., ROUSSEAU, L., SOSSON, J., TAINMONT, TAYMANS, J.-F. et VAN GYSEL, A.-C., *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale* (sous la dir. de J.-L. RENCHON et F. TAINMONT), Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1999.

BOURGEOIS, M., « 18. Psychologie sexuelle de l'adolescent », in *Encyclopédie de la sexualité* (sous la dir. de R. VOLCHER), Paris, Éditions universitaires, 1973.

CARRÉ, D., DEGRAVE, S., GALLUS, N., HIERNAUX, G. et MASSAGER, N., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011.

CHARTRAND, E., D'AMICA, E., JULIEN, D. et TREMBLAY, N., « Réactions des parents à la suite du dévoilement de l'orientation sexuelle de leur enfant gai, lesbienne ou bisexuel », in *Repenser la famille, renouveler les pratiques, adapter les politiques*, Montréal, Université du Québec à Montréal, vol. 24, n° 2, 2012, pp. 121-138.

CHOUKROUN, A., *Tous homos ? À la découverte de notre moi caché*, Paris, L'Archipel, 2016.

CLERGET, S., *Comment devient-on homo ou hétéro*, Paris, JC Lattès, 2006.

COCO, G., CORNEILLE, S., DE DECKER, S., GAZAN, F., LOUWETTE, S., MASSET, M., VERMEULEN, G. et WATTIER, I., *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexuel* (sous la dir. de A. MASSET), Bruxelles, La charte, 2009.

COSLIN, P. G., *Psychologie de l'adolescent*, 5^e éd., Paris, Armand Colin Editeur, 2017.

DE PAGE, H. et MASSON, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, vol. II, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990.

DEKKERS, M., « Hoofdstuk XI. Minderjarigen », in *Personenrecht in kort bestek* (sous la dir. de F. SWENNEN), 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2007, pp. 95-124.

DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972.

DELAHAYE, B., LÈBE-DESSARD, V. et TAINMONT, F., *La cohabitation légale*, Bruxelles, Larcier, 2013.

DIERICKX, A., *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.

DUVERGER, P. et GUEDJ-BOURDIAU, M.-J., *Crise et urgence à l'adolescence*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2013.

FIERENS, J., « Chapitre 1 – Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », in *Le droit de l'enfant au respect* (sous la dir. de T. MOREAU, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN), Limal, Anthemis, 2013.

FIERENS, J., *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2014.

GALLUS, N., « La capacité des mineurs face aux soins de santé », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles* (sous la dir. de E. THIRY), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3-27.

GASPARD, F., HANDMAN, M.-H. et PERREAU, B., *Le choix de l'homosexualité : recherches inédites sur la question gay et lesbienne* (sous la dir. de B. PERREAU), Paris, Epel, 2007.

KAMEL, F., *Entrer dans l'adolescence : le temps de la latence*, Paris, Éditions In Press, 2002.

LAZARD, S., « 7 – L'adoption par des couples homosexuels, réalités d'un travail de terrain en Belgique », in *Parenté, Filiation, Origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 309-319.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.

MARCADÉ, V., *Explication du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, vol. 1 et 2, 7^e éd., Paris, Delamotte et fils, 1873.

MASSAGER, N., « L'autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles – Chronique de jurisprudences 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 425-603.

PATTYN, J., *La protection de la jeunesse*, Bruxelles, Institut Cardijn, 1968-1969.

RIGAUX, F. et TROUSSE, P.E., *Les crimes et délits du Code pénal*, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1968.

RIGAUX, F., *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971.

STEVENS, L., *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen-Gröningen, Intersentia, 2002.

TROUSSE, P.-E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1968.

VAILLANCOURT, J.-S., « Exercice de l'autorité parentale et intervention du Tribunal », in *L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il ?*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009, pp. 323-352.

VAN GYSEL, A.-C., *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009.

VAN GYSEL, A.-C., *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

VAN GYSEL, A.-C., *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013.

VAN GYSEL, A.-C., *Traité de droit civil belge*, t. 1 les personnes, Bruxelles, Bruylant, 2015.

WATTIER, I., « La norme pénale de majorité sexuelle discutée : des sources formelles aux sources cryptiques du droit », in *Sexe et normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 35-58.

Section 2 Revues

- ARENES, J., « Coming out et subjectivation », *Dialogue*, 2014/1, n° 203, pp. 53-63.
- BERBUTO, S. et PEVEE, C., « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J. dr. jeun.*, n° 204, 2001, pp. 3-31.
- BLAISE, N., « L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise », *J. dr. jeun.*, n° 287, 2009, pp. 19-24.
- BOUCHAT, F. et DRUANT, F., « Obligation alimentaire des parents », *J. dr. jeun.*, 2015/3, n° 343, 2015, pp. 41-45.
- BOUHON, M., « Abus sexuels sur mineurs : la loi du 30 novembre 2011 », *A.D.L.*, 2014/2, pp. 231-282.
- BTRIBOSIA, E. et WEYEMBERG, A., « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000, pp. 109-162.
- BTRIBOSIA, E., GALLUS, N. et RORIVE, I., « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018/2, n° 6724, pp. 261-266.
- CAP, S., « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *A.D.L.*, 2014/1, pp. 91-121.
- CHARLES, R. et MASSION-VERNIORY, L., « Aspects médico-psychologiques sociaux et juridiques de l'homophilie », *Rev. dr. pén.*, 1957-58/3, pp. 239-327.
- DALLEMAGNE, S. et VILLÉE, C., « Les relations sexuelles chez les mineurs au vu de la loi », *J. dr. jeun.*, 2010, n° 292, pp. 40-44.
- DE HEMPTINE, M., RENCHON, J.-L. et VAN DIEREN, B., « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *R.T.D.F.*, 2011/2, pp. 261-298.
- DE MAN, C., « Sois grand et tes droits ? La majorité pénale, sexuelle, civile en question. Compte rendu de la journée de réflexion organisée par le SDJ de Bruxelles le 1^{er} mars 2016 », *J. dr. jeun.*, n° 359, 2016, pp. 3-11.
- DE NAUW, A., « Les limites de l'incrimination classique de l'attentat à la pudeur », *J.L.M.B.*, 2016/16, pp. 747-751.
- DEMARET, M. et LANGENAKEN, E., « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/3, pp. 455-495.
- DI SPURIO, L., « La vulgarisation de la notion d'“adolescence” dans l'Europe de l'après-Seconde Guerre mondiale : échanges et circulations du savoir « psy » entre l'espace francophone européen et l'Italie », *Amnis*, 14/2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/amnis/2715/> (consulté le 28 juin 2018).

- DRUANT, F., « L'autorité parentale », *J. dr. jeun.*, 2006/1, n° 251, pp. 39-45.
- HERBRAND, C., « L'adoption par les couples de même sexe », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, Bruxelles, 2006, n°1911-1912.
- HIERNAUX, G., « L'autorité parentale », *J.T.*, 2012/19, n° 6479, pp. 397-400.
- JOLITON, K., « Les mineurs et les soins de santé », *J. dr. jeun.*, 2003, n° 225, pp. 19-22.
- KUTY, F., « Les notions de violence, de menace et de surprise constitutives de l'attentat à la pudeur », *J.L.M.B.*, 2015/10, pp. 467-478.
- LAFARQUE, V., « Le sexe, la loi et le mineur », *B.S.J.*, 2013/504, p. 11.
- LELEU, Y.-H. et DELVAL, S., « Autorité parentale et actes médicaux », *J. dr. jeun.*, 2002, n° 214, pp. 23-31.
- LANGENAKEN, E., « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003/4, pp. 474-506.
- LARRALDE, J.-M., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. Trim. D.H.*, 2006/65, pp. 35-54.
- LEVINET, M., « La fin du débat sur la conventionalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *Rev. Trim. D.H.*, 2002/50, pp. 345-368.
- MONTERO, E. et PÜTZ, A., « La responsabilité civile des parents : une nouvelle jeunesse ? », *R.G.A.R.*, 2010/6, p. 14651.
- MONTERO, E., « La responsabilité des père et mère : retour à l'orthodoxie ? », *J.T.*, 2015/26, n° 6612, pp. 576-580.
- MOREAU, T., « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *J. dr. jeun.*, 2006, n° 257, pp. 23-38.
- NOTTET, A., « Mineurs et droits personnels », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 15-43.
- RAILEY, B. H., « GLB Adolescent's "coming out" », *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*, 2010/23, pp. 3-10.
- RASSON, A.-C., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? », *Rev. Trim. D.H.*, 2016, pp. 481-521.
- RENCHON, J.-L., « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002/25, pp. 505-514.
- RENCHON, J.-L., « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *R.D.I.D.C.*, 2004/2, pp. 169-207.
- RENCHON, J.-L., « De l'autorité parentale – Livre I – Titre IX », *J.T.*, 2004/12, pp. 269-272.

RIGAUX, F., « Les discriminations de race, de sexe et d'orientation sexuelle en quête d'alibis scientifiques », *A.D.L.*, 2000/2, pp. 173-187.

TODT, O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A.D.L.*, 2013/1, pp. 133-187.

TULKENS, F., « Égalité et discrimination en droit pénal belge », *Document de travail du CRIDES*, 1986, n° 13.

VAN KEIRSBILCK, B., « La loi sur “La protection pénale des mineurs” : Une loi alibi rédigée dans un climat de psychose », *J. dr. jeun.*, n° 184, 1999, pp. 20-21.

WATTIER, I., « État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques – De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs ? », *A.D.L.*, 2002/1-2, pp. 81-145.

WATTIER, I., « La parole de l'enfant et l'hommage à la fiction dans la preuve pénale des abus sexuels impliquant des mineurs d'âge en droit belge », *A.D.L.*, 2009/1, pp. 73-94.

WATTIER, I., « Le double seuil d'âge de validité du consentement sexuel : un choix de politique pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 231-265.

Section 3 Documents doctrinaux du Conseil de l'Europe

CONSEIL DE L'EUROPE, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2015, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Equal opportunities for all children : Non-discrimination of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) children and young people*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *National action plans as effective tools to promote and protect the human rights of LGBTI people*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Compendium of good practices on local and regional level policies to combat discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2016, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Orientation sexuelle et identité de genre (OSIG) – Questions réponses*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre – Protection juridique égale et suffisante pour la cellule familiale*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

EDEL, F., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, disponible sur <http://www.coe.int> (consulté le 11 mai 2018).

Section 4 États généraux de la famille

VAN GODTSENHOVEN, J., *États Généraux de la famille*, disponible sur <http://users.skynet.be/bs991384/famunie/fu93s04/Etatsgen.htm#EGF2> (consulté le 24 juin 2018).

Section 5 Communiqué de presse

GEENS, K., *Nouveau Code pénal : des sanctions correctes et transparentes permettent une Justice plus efficace*, disponible sur <https://www.koengeens.be/fr/news/2018/07/20/nouveau-code-penal-des-sanctions-correctes-et-transparentes-permettent-une-justice-plus-e> (consulté le 8 août 2018).

Section 6 Textes du milieu associatif

DÉFENSE DES ENFANTS INTERNATIONAL, *Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 : Les droits de l'enfant en question(s)*, Liège, Éditions Jeunesse et droits, 1992.

ÉDUCATION À LA SANTÉ, « Les jeunes homosexuel/les », *Le portail de la prévention au suicide*, disponible sur http://www.preventionsuicide.info/jeunes/groupe_risque/groupe_homosexuelles.php/ (consulté le 3 juillet 2018).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « Qu'entendons-nous par le "sexe" et par le "genre" ? », *Genre, femmes et santé*, disponible sur <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/> (consulté le 9 juillet 2018).

Section 7 Articles de presse

HERAUD, X., « Suicide d'un jeune homo pendant les débats du mariage pour tous : la véritable histoire », *Yagg.*, 25 janvier 2013, disponible sur <http://yagg.com/2013/01/25/suicide-dun-jeune-homo-pendant-les-debats-du-mariage-pour-tous-la-veritable-histoire/> (consulté le 15 juillet 2018).

PONCIAU, L., « Réforme de la majorité sexuelle : un code pénal plus en phase avec la société », *Le Soir*, 22 juillet 2018, disponible sur <http://plus.lesoir.be/169300/article/2018-07-22/reforme-de-la-majorite-sexuelle-un-code-penal-plus-en-phase-avec-la-societe> (consulté le 28 juillet 2018).

Section 8 Notes de cours

WILLEMS, G., « L'orientation sexuelle », *Notes du Cours d'« Individu, Famille, État »*, Faculté de droit et criminologie de l'Université Catholique de Louvain, 2016-2017.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

