5. Vie privée : reconnaissance du genre et vie de famille

5.1. Introduction

Toute vie comporte une part privée, vis-à-vis de laquelle les Etats membres sont tenus, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, à des obligations positives de protection. En fait, l'article 8 de la Convention, qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale, a une portée très vaste. Outre la vie de famille, il s'applique aussi, entre autres, à la protection des données médicales, de la correspondance, de la collecte de données à caractère personnel et à de multiples questions relatives à l'identité propre de la personne. Le présent chapitre examine la vie privée sous deux aspects particulièrement importants pour les personnes LGBT : la reconnaissance légale du genre choisi, d'une part, et la vie de famille, d'autre part, qui est examinée sous plusieurs angles.

Pour la quasi-totalité des personnes – hétérosexuelles, gays, lesbiennes ou bisexuelles –, le genre ou le sexe fait partie intégrante de l'identité individuelle et constitue un élément tout particulièrement intime de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Pour les personnes transgenres, l'identité de genre est à l'évidence une question cruciale. Pourtant, à l'âge adulte, ces personnes peuvent rencontrer des difficultés pour faire juridiquement modifier le genre qui leur a été attribué à la naissance et avec lequel elles ne se sentent pas à l'aise. Dans ce chapitre, après une analyse du cadre législatif et des pratiques en vigueur en matière de reconnaissance légale du genre choisi, nous examinons dans quelle mesure les autorités des Etats membres protègent les personnes transgenres.

Dans un second temps, nous verrons comment, en l'état actuel des choses, les Etats membres protègent la vie privée et la vie de famille des personnes LGBT et font en sorte que leur soit accordé le respect auquel elles ont droit en vertu de l'article 8, s'il leur est possible de conclure un partenariat légal et si les couples de même sexe bénéficient des droits et des avantages traditionnellement accordés aux partenaires de sexes différents. Les droits parentaux jouent à cet égard un rôle particulièrement important, étant donné que de nombreuses personnes LGBT ont des enfants et que le droit de garde, les droits de succession et le droit au statut de « proche » doivent être garantis dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme n'estime plus que le droit au mariage consacré par la Convention européenne des droits de l'homme doit dans tous les cas se limiter aux couples de sexes différents et a jugé qu'il était artificiel de continuer de considérer qu'un couple de personnes de même sexe ne saurait connaître une « vie de famille » aux fins de l'article 8

de la Convention[278]. Cette décision historique de 2010 témoigne des changements rapides intervenus ces dix dernières années, qui ont vu certains Etats membres du Conseil de l'Europe légaliser le droit au mariage pour les couples de même sexe. Cela étant, les Etats membres ne sont pas tenus de donner aux couples de même sexe l'accès au mariage et disposent à cet égard d'une large marge d'appréciation, conformément à l'article 12 de la Convention relatif au droit au mariage, qui renvoie directement à la législation nationale. De son côté, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient, en ce qui concerne le droit de se marier et de fonder une famille, un article neutre sur le plan du genre (article 9), mais reconnaît le principe de subsidiarité vis-à-vis de la législation nationale dans ce domaine. Cela étant, les Etats membres qui n'offrent pas aux couples de même sexe en union libre la possibilité de se marier ou de conclure un partenariat légal ne peuvent pas traiter ces couples moins favorablement que les couples de sexes différents en union libre se trouvant dans la même situation, à moins que cela ne puisse être justifié par des considérations très fortes.

5.2. Reconnaissance du nouveau genre et du nouveau nom des personnes transgenres

Normes européennes

Pour les personnes transgenres, la reconnaissance légale, par l'Etat, du genre qu'elles ont choisi est capitale. Concrètement, cette reconnaissance passe par une rectification du sexe figurant sur le certificat de naissance ou dans le registre d'état civil. Le changement de prénom pose aussi un problème. D'autres documents et identifiants officiels doivent en outre être modifiés : passeport, permis de conduire, numéro de sécurité sociale et numéro fiscal, mais aussi comptes d'épargne-retraite, diplômes, cartes de crédit, contrats de prêt immobilier, etc. Le porteur peut être identifié non seulement de façon explicite par son prénom et par son genre, mais aussi par un code « marqueur de genre », par exemple 1 pour les hommes et 2 pour les femmes. Pour de nombreuses personnes transgenres vivant dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, ces procédures sont complexes et contraignantes.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a évolué avec le temps, établissant de nouveaux standards en matière de reconnaissance légale du genre choisi. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour, constatant une violation des articles 8 et 12, a fait valoir qu'il existe des « éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance

278. *Schalk et Kopf c. Autriche*, Requête n° 30141/04, arrêt du 24 juin 2010, paragraphe 55. Cet arrêt s'appuie sur des arguments présentés dans des affaires antérieures, notamment *Karner c. Autriche*, Requête n° 40016/98, arrêt du 24 juillet 2003, et *Kozak c. Pologne*, Requête n° 13102/02, arrêt du 2 mars 2010, et a été repris dans l'affaire *P. B. et J. S. c. Autriche*, Requête n° 18984/02, arrêt du 22 juillet 2010. Jusqu'en juin 2010, la Cour avait interprété l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme » ont le droit de se marier et de fonder une famille, comme une prérogative des couples de sexes différents.

juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »[279]. Les Etats membres sont donc tenus de reconnaître légalement le changement d'état civil de ces personnes. Ce point de vue a été réaffirmé en 2007 dans l'affaire *L. c. Lituanie*. La Cour a souligné dans l'arrêt correspondant qu'une lacune législative concernant le traitement de conversion sexuelle totale mettait le requérant « dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité »[280].

Le Commissaire aux droits de l'homme[281], le Comité des Ministres[282] et l'Assemblée parlementaire[283] du Conseil de l'Europe ont également souligné l'obligation positive des Etats à cet égard. Le Comité des Ministres a recommandé aux Etats membres de « prendre les mesures appropriées permettant de changer le nom et le genre [...] dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible » et de « veiller, le cas échéant, à ce que les acteurs non étatiques reconnaissent le changement et apportent les modifications correspondantes dans des documents importants tels que les diplômes ou les certificats de travail. »[284]

La Cour européenne laisse aux Etats une large marge d'appréciation en ce qui concerne les conditions préalables à la reconnaissance du genre et du nom choisis. En pratique, ces conditions peuvent être d'ordre médical (opération chirurgicale aboutissant à la stérilisation, diagnostic de trouble de l'identité de genre ou avis médical, précédé d'un traitement psychologique ou psychiatrique, etc.), d'ordre juridique (injonction judiciaire, divorce automatique, etc.) ou d'une autre nature (être sans enfant, « expérience vécue », intention de vivre pendant une période spécifiée avec une personne du genre opposé, etc.). Dans de nombreux Etats membres, les distinctions entre critères juridiques et médicaux sont brouillées. Ces procédures, qui varient de façon significative en coût et en durée, sont parfois hors de portée des personnes concernées. Elles nécessitent souvent des frais de diagnostic, un traitement médical et une action en justice, l'ensemble pouvant représenter une charge importante pour une seule et même personne.

A ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jugé aucune affaire concernant des exigences telles que la stérilisation obligatoire ou la chirurgie aboutissant à l'infertilité. Cela étant, la Recommandation CM/Rec(2010)5 du

---

279. Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Requête n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, paragraphe 85. Le *Gender Recognition Act* (2004) a été adopté pour donner suite à cet arrêt.
280. Cour européenne des droits de l'homme, *L. c. Lituanie*, Requête n° 27527/03, arrêt du 11 septembre 2007, paragraphe 59. Le Comité des Ministres contrôle la bonne exécution de l'arrêt prononcé dans cette affaire.
281. Commissaire aux droits de l'homme, « Droits de l'homme et identité de genre », document thématique, Strasbourg, 2009.
282. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010.
283. Conseil de l'Europe, Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010.
284. Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphe 21.

Comité des Ministres indique que « les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives »[285]. La Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) appelle les Etats membres à veiller à ce que les documents officiels reflètent « l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »[286].

Législation nationale régissant la reconnaissance du genre

Vingt-quatre Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté une législation relative à la reconnaissance légale du genre choisi. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de Chypre, du Danemark, de l'Espagne, de la Fédération de Russie, de la Finlande, de la Grèce, de l'Italie, de la Lettonie[287], de Malte, du Monténégro, de la Norvège, des Pays-Bas, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Slovaquie, de la Suède, de la Suisse (certains cantons seulement ; pas de législation nationale), de la Turquie et de l'Ukraine[288]. Dans 10 Etats membres du Conseil de l'Europe, la présente étude n'a pas permis de mettre en évidence de lois régissant la reconnaissance légale du genre. C'est le cas de l'Albanie, d'Andorre, de l'Arménie, de l'Azerbaïdjan, de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », de l'Irlande[289], du Liechtenstein, de Monaco, de Saint-Marin et de la Slovénie. L'étude n'a pas non plus permis de trouver d'éléments attestant que ces 10 Etats offrent aux personnes transgenres la possibilité de faire reconnaître officiellement, d'une autre manière (en l'absence de législation), le genre qu'elles ont choisi. Dans les 13 autres Etats membres, les personnes transgenres ont la possibilité de faire reconnaître légalement leur nouveau genre, soit par voie de justice, soit par l'application de certaines pratiques ou décrets administratifs. C'est le cas de la Bosnie-Herzégovine, de la Bulgarie, de la Croatie, de l'Estonie, de la France, de la Géorgie, de la Hongrie, de l'Islande, de la Lituanie, du Luxembourg, de la Moldova, de la Pologne et de la Serbie.

Cela étant, dans certains des Etats membres ayant mis en place une législation, il y a parfois des incertitudes quant au champ d'application des dispositions

---

285. *Ibid.*, paragraphe 20.

286. Conseil de l'Europe, Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, paragraphe 16.11.2.

287. Les propositions portant sur des modifications à la loi relative aux documents d'état civil permettant la rectification du sexe inscrit sur le registre des naissances n'ont pas été adoptées. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity : 2010 Update – Comparative Legal Analysis*, 2010, p. 15.

288. A noter cependant que certains aspects de la législation ont été déclarés anticonstitutionnels en Allemagne et en Autriche et que, par conséquent, ces Etats membres devront adapter leurs lois ou élaborer une nouvelle législation.

289. Cela étant, le Gouvernement irlandais a indiqué dans son programme gouvernemental « qu'il veillera à ce que les personnes transgenres soient légalement reconnues et qu'il élargira le champ d'application des protections offertes par la législation relative à l'égalité de sorte que ces personnes puissent en bénéficier ». Voir *Towards Recovery : Programme for a National Government 2011-2016*, p. 54.

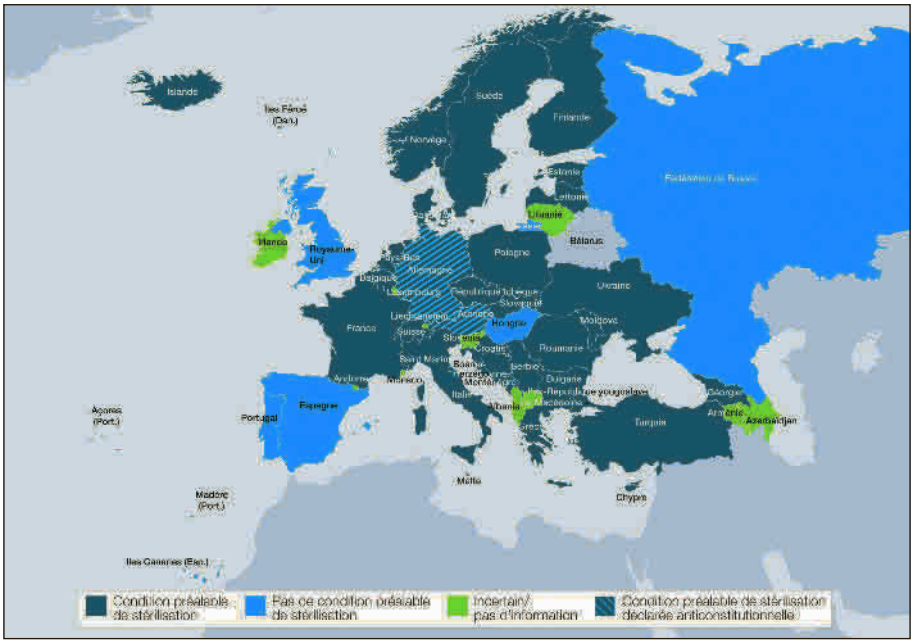
en vigueur. Par exemple, il semble que certaines lois confondent la reconnaissance légale du genre choisi et les procédures régissant l'accès aux traitements de conversion sexuelle. Dans d'autres cas, les lois ne sont pas mises en œuvre. En Ukraine, par exemple, les ONG signalent que le conseil médical chargé de statuer sur les demandes des personnes transgenres ne s'est pas réuni une seule fois entre 2007 et 2008 alors qu'il est censé le faire tous les trois mois[290]. Dans d'autres cas encore, les procédures décrites dans la législation ne sont pas « rapides, transparentes et accessibles », ainsi que l'a recommandé le Comité des Ministres. Les personnes transgenres ont exprimé leur inquiétude au sujet de ces procédures ainsi que vis-à-vis de l'impossibilité d'obtenir le réexamen des décisions de justice concernant la reconnaissance légale de leur genre.

Chirurgie conduisant à la stérilisation comme préalable à la reconnaissance légale du genre

Certains pays posent comme préalable à la reconnaissance légale du genre une intervention chirurgicale conduisant à la stérilisation. Il convient de souligner que cette exigence s'applique également lorsqu'il n'existe pas de nécessité médicale ou que le/la requérant/e ne souhaite pas subir une telle opération. Ce préalable a été relevé dans 29 Etats membres (Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark[291], Estonie, Finlande[292], France, Géorgie, Grèce, Islande, Italie, Lettonie, Malte, Moldova, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Suède, Suisse[293], Turquie et Ukraine). Dans deux Etats membres, l'Allemagne[294] et l'Autriche[295], la « condition préalable de stérilisation » a été déclarée anticonstitutionnelle par les cours constitutionnelles respectives, mais aucune nouvelle législation n'a été proposée ou adoptée. Dans quatre Etats membres, la Hongrie (procédure administrative), l'Espagne, le Portugal et le Royaume-Uni (voies légales), aucune condition préalable de stérilisation n'est appliquée. En Fédération de Russie, la stérilisation n'est pas non plus prévue par la loi, mais certains bureaux des registres d'état civil ou certains tribunaux auraient exigé une stérilisation pour reconnaître le nouveau genre des personnes concernées. Dans les 11 autres Etats membres, soit il n'existe pas de législation régissant la reconnaissance légale du genre, soit il demeure des incertitudes quant à la situation concernant l'exigence de stérilisation (voir la carte 5.1).

290. Contribution nationale (rapport sociologique) sur l'Ukraine, p. 27.
291. Au Danemark, une « permission de castration » est exigée. Contribution nationale de la FRA (rapport juridique) sur le Danemark, p. 23.
292. En dépit de l'exigence fixée par la loi, des éléments attestent qu'un traitement hormonal de conversion sexuelle suivi pendant une période minimale de six mois est également accepté comme preuve d'infertilité en Finlande.
293. Pas dans tous les cantons cependant, car le tribunal cantonal de Zurich a décidé le 1er février 2011 que l'infertilité irréversible n'était pas une condition préalable à la reconnaissance légale du genre choisi par la personne. Tribunal cantonal de Zurich (Obergericht des Kantons Zürich), NC090012, 1er février 2011.
294. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Bundesverfassungsgericht), 1 BvR 3295/07, 11 janvier 2011.
295. Cour constitutionnelle autrichienne (Verfassungsgerichtshof), V 4/06, 8 juin 2006.

Carte 5.1. La stérilisation comme préalable à la reconnaissance légale du genre



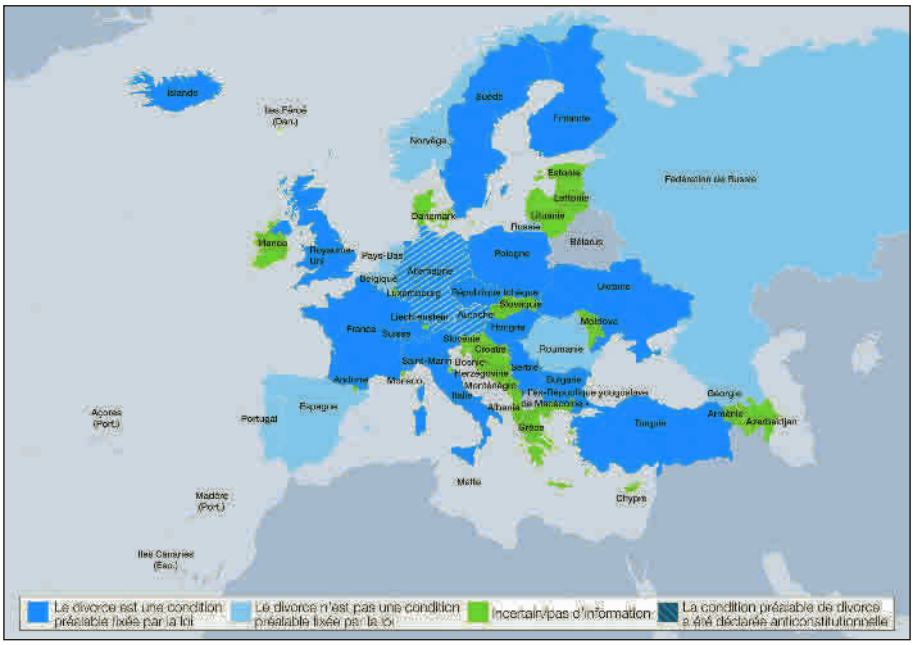
Le divorce comme préalable à la reconnaissance légale du genre

Dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe, seules les personnes transgenres célibataires peuvent prétendre à la reconnaissance légale du genre qu'elles ont choisi. Dans 15 Etats (Bulgarie, Finlande, France, Hongrie, Islande, Italie, Malte, Pologne, République tchèque, Royaume-Uni, Serbie, Suède, Suisse[296], Turquie et Ukraine), toute personne déposant une demande de rectification du sexe attribué à la naissance doit être célibataire. Si elle est mariée, elle doit donc obligatoirement divorcer. Le divorce n'est pas une condition préalable dans six Etats membres (Belgique, Espagne, Géorgie, Pays-Bas, Portugal et Roumanie). En Fédération de Russie, il n'y a pas non plus de telle exigence, mais certaines personnes transgenres ont indiqué que le fait d'être marié(e) était considéré comme un obstacle à la reconnaissance légale du nouveau genre.

Dans les 25 autres Etats membres, soit les informations concernant la condition préalable de divorce comportent des zones d'ombre, soit il n'existe pas de loi en vigueur en la matière (voir la carte 5.2).

296. Seuls quelques cantons suisses exigent le divorce.

Carte 5.2. Le divorce comme préalable à la reconnaissance légale du genre



Si la Cour européenne des droits de l'homme a laissé une large marge d'appréciation aux Etats membres qui exigent le célibat pour que soit légalement reconnu le genre d'une personne[297], elle a également admis qu'une telle législation place manifestement les personnes transgenres face à un dilemme, étant donné qu'elles sont tenues de choisir entre la reconnaissance de leur genre et le maintien de leur mariage[298]. Des décisions prises par les plus hautes cours de certains Etats membres s'orientent toutefois vers une autre voie. Ainsi, la Cour constitutionnelle autrichienne a accordé à une femme transgenre le droit de devenir une femme tout en restant mariée à son épouse, estimant que la rectification du sexe sur l'acte de naissance ne peut être empêchée par le mariage[299]. En 2008, la Cour constitutionnelle allemande a jugé que la rectification du sexe sur un acte de naissance ne devrait pas conduire à l'obligation de divorcer. Cet arrêt a donné lieu à une décision[300] qui a abouti à une modification de la législation allemande et à la fin de l'obligation de divorcer pour les couples mariés dans lesquels l'un des partenaires est une personne transgenre.

297. Cour européenne des droits de l'homme, *Parry c. Royaume-Uni*, Requête n° 42971/05, décision sur la recevabilité, 28 novembre 2006 ; *R. et F. c. Royaume-Uni*, Requête n° 35748/05, décision sur la recevabilité, 28 novembre 2006.

298. Une affaire est en instance auprès de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire transmise, *H. c. Finlande*, Requête n° 37359/09, la requérante conteste notamment le fait qu'elle ne puisse pas changer de numéro d'identité à moins de divorcer de sa femme.

299. Cour constitutionnelle autrichienne (Verfassungsgerichtshof), V 4/06, 8 juin 2006.

300. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Bundesverfassungsgericht), 1 BvR 10/05, 27 mai 2008.

Le changement de nom

Les personnes transgenres veulent parfois changer de prénom sans pour autant souhaiter entreprendre un traitement de conversion sexuelle. Les conditions d'éligibilité au changement de prénom présentent des similitudes avec certaines des procédures décrites ci-dessus à propos de la reconnaissance légale du genre. Dans certains pays, le changement de nom est toutefois plus facile à obtenir, car la plupart des législations nationales contiennent des dispositions générales de changement de nom ou de prénom, y compris pour les personnes non transgenres. Le nombre de prénoms autorisés à cette fin est toutefois limité dans certains pays, ce qui est problématique. Ainsi, selon les informations disponibles, certains Etats membres n'autoriseraient que les prénoms neutres sur le plan du genre, alors que d'autres, à l'inverse, interdiraient l'utilisation de tels prénoms.

En règle générale, les Etats membres exigent un avis médical, sous une forme ou sous une autre. Certains n'autorisent le changement de nom sur les documents que sur présentation d'un certificat médical confirmant qu'une opération de conversion sexuelle a été réalisée ou d'éléments attestant une reconnaissance légale du genre (par exemple, Croatie, Géorgie, Lettonie, Moldova, Saint-Marin, Slovaquie et Ukraine). Au moins trois autres Etats membres exigent une preuve de traitement hormonal (Belgique, Croatie et Suisse). Dans d'autres Etats, un diagnostic de trouble de l'identité de genre doit avoir été posé pour que le/la requérant/e puisse prétendre à un changement de nom (Allemagne, Danemark, Finlande et certains cantons suisses). Dans d'autres, notamment à Malte, une autorisation de justice est requise. Au Royaume-Uni et en Irlande, un certificat notarial suffit. On notera qu'en Irlande, bien qu'il soit impossible d'obtenir la reconnaissance légale du genre, il est relativement facile de changer de nom.

La vie privée n'est pas toujours respectée au cours de ces procédures. Par exemple, en Croatie, la loi relative au nom des personnes[301] prévoit qu'après avoir reçu une demande de changement de nom, la municipalité doit publier une annonce faisant état de la demande sur un panneau d'affichage public. La loi relative aux registres d'Etat prévoit en outre que les changements de nom et de sexe soient inscrits sous la forme d'entrées supplémentaires. Autrement dit, une personne auparavant prénommée Marko et ayant fait modifié son prénom en Ana aura un certificat de naissance dans lequel « Marko » figurera en tant qu'entrée principale et, en minuscules au bas du document, la note suivante sera ajoutée : « Par décision de l'organe administratif municipal n° ..., le prénom a été modifié en Ana le <date>. » Par conséquent, tous les habitants peuvent découvrir le changement de genre et de nom du demandeur après la publication au tableau d'affichage et, ultérieurement, cette information est également visible sur le certificat de naissance.

Vivre avec des papiers qui ne reflètent pas la bonne identité de genre ou le bon nom est d'une extrême difficulté. Les personnes transgenres qui ne sont pas parvenues à faire modifier leur passeport ou leur carte d'identité rencontrent des problèmes à chaque fois qu'elles doivent s'identifier, par exemple pour

301. Loi relative au nom des personnes, JO, n° 69/92.

payer avec une carte de crédit, emprunter un livre dans une bibliothèque, ouvrir un compte bancaire ou traverser une frontière. Etant donné que leurs papiers sont inadaptés, ces personnes se heurtent en permanence à des difficultés pour « justifier » leur identité et sont parfois, pendant une grande partie de leur vie, empêchées de participer de façon pleinement effective à la vie sociale, éducative et professionnelle. A noter également les difficultés d'ordre pratique qui peuvent se présenter dans les établissements publics comme les hôpitaux, les toilettes publiques, les commissariats[302] et les prisons.

Les problèmes touchant la vie privée peuvent subsister même après la reconnaissance légale du genre et le changement de nom. C'est notamment le cas pour les personnes transgenres qui n'ont pas réussi à faire modifier le nom et le genre figurant sur leurs diplômes ou d'autres documents relatifs à leur formation. Certaines ont ainsi eu des difficultés à faire modifier le sexe ou le nom figurant sur les diplômes délivrés avant que leur genre ne soit légalement reconnu. Après que la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement eut statué en 2010 en défaveur de l'université d'Amsterdam dans une affaire qui l'opposait à un ancien étudiant, le ministère néerlandais de l'Education a demandé à toutes les universités de modifier les diplômes des personnes ayant obtenu une reconnaissance légale de leur genre[303]. Dans sa Recommandation CM/Rec(2010)5, le Comité des Ministres a expressément indiqué que les Etats membres devaient assurer la protection efficace du droit à la vie privée des personnes transgenres, notamment en ce qui concerne les candidatures à un emploi et au regard de la divulgation de l'historique de leur identité de genre[304]. En dépit de cette recommandation, une étude réalisée en Ecosse (Royaume-Uni) fait apparaître que « 40 % des personnes transgenres interrogées jugent "extrêmement pauvres" les services offerts par leur département des ressources humaines [...] et 15 % ont le sentiment que leur employeur ne protège pas leur vie privée comme il le devrait »[305].

5.3. Le droit de se marier et de conclure légalement un partenariat

Normes européennes et état des lieux par pays

A ce jour, le droit international en matière de droits de l'homme ne permet pas aux couples de même sexe de se marier, mais des changements intervenus dans les législations nationales et la récente jurisprudence européenne ont fait évoluer les droits reconnus par la loi à ces couples. En juin 2010, dans l'affaire

302. En France, par exemple, une femme transgenre dont les papiers d'identité indiquaient qu'elle était un homme s'est plainte d'avoir été placée dans l'aile d'un établissement pénitentiaire réservée aux hommes. Communication reçue par le Bureau du Commissaire aux droits de l'homme.

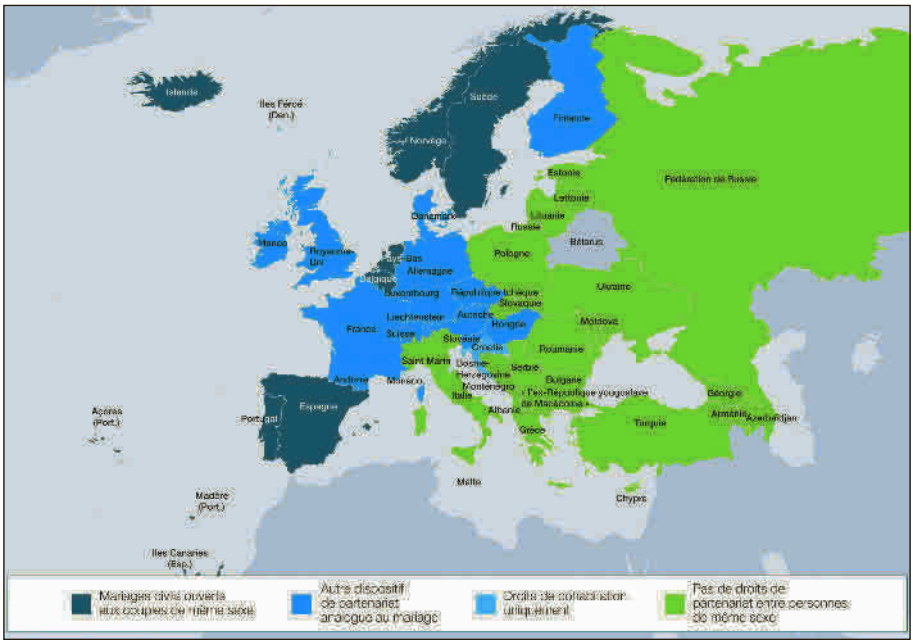
303. Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, décision nº 2010-175, 30 novembre 2010.

304. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, paragraphes 29 et 30.

305. Scottish Transgender Alliance, *Transgender Experiences in Scotland – Research Summary*, Equality Network, Edimbourg, 2008, p. 14-15, également cité dans : Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States : Part II – The Social Situation*, 2009, p. 117.

Schalk et Kopf c. Autriche, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu pour la première fois que des partenaires de même sexe connaissent une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sept Etats membres (Belgique, Espagne, Islande, Norvège, Pays-Bas, Portugal et Suède) ont légalisé le mariage des couples de même sexe (voir la carte 5.3). Quatorze autres ont institué une forme de partenariat enregistré (Allemagne, Andorre, Autriche, Danemark, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Liechtenstein, Luxembourg, République tchèque, Royaume-Uni, Slovénie et Suisse). La Croatie a mis en place un système de droits de cohabitation pour les partenaires de même sexe.

Carte 5.3. Législations concernant les partenariats entre personnes de même sexe



Les 25 autres Etats membres (Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Estonie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », Fédération de Russie, Géorgie, Grèce, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Pologne, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Turquie et Ukraine) ne reconnaissent pas légalement les couples de même sexe, que ce soit par un mariage, un partenariat déclaré ou des droits de cohabitation. Certains de ces Etats (Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Moldova, Monténégro, Roumanie, Serbie et Ukraine) ont spécifié que le mariage était la prérogative des couples de sexes opposés[306].

306. Contribution nationale (rapports juridiques) sur les Etats membres concernés ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity : 2010 Update – Comparative Legal Analysis*, 2010, p. 46-47.

Certains Etats membres refuseraient, le cas échéant, de reconnaître les partenariats entre personnes de même sexe et les mariages conclus à l'étranger. D'autres préfèrent éviter que leurs ressortissants concluent de tels partenariats à l'étranger. Avant d'officialiser un partenariat ou un mariage à l'étranger, les ressortissant(e)s polonais(es), par exemple, doivent en règle générale présenter un certificat du Bureau polonais de l'état civil attestant qu'ils/elles ne sont pas marié(e)s. Or le ministère polonais de l'Intérieur et de l'Administration a donné pour instruction[307] de ne délivrer des certificats qu'aux personnes souhaitant conclure un mariage avec une personne du sexe opposé. Les personnes lesbiennes, bisexuelles et gays souhaitant conclure un mariage ou un partenariat à l'étranger doivent donc obtenir un certificat spécial délivré par un notaire moyennant un surcoût et des efforts supplémentaires. Une pétition de plusieurs ONG polonaises sur ce sujet a été présentée le 31 mai 2010 à la Commission des pétitions du Parlement européen, qui l'examine actuellement.

Les Etats qui n'offrent pas aux couples de même sexe la possibilité de se marier ou de conclure un accord de partenariat légal accordant les mêmes droits ou des droits comparables doivent faire en sorte que ces couples ne soient pas traités moins favorablement que les couples de sexes différents en union libre se trouvant dans la même situation, à moins que cela ne puisse être justifié par des considérations très fortes[308]. Ces dix dernières années, la Cour européenne des droits de l'homme a petit à petit rétréci la marge d'appréciation des Etats dans ce domaine. Dans l'affaire *Karner c. Autriche*, la Cour a ainsi jugé qu'en mettant fin au bail d'une personne dont le partenaire de même sexe venait de mourir, l'Autriche avait violé la Convention. Dans son arrêt, la Cour a constaté que le Gouvernement autrichien avait omis de présenter des arguments (en particulier la nécessité de protéger la « famille traditionnelle ») montrant qu'il était nécessaire, pour atteindre le but recherché, d'exclure les couples de même sexe des dispositions figurant dans la loi sur les loyers[309].

Par rapport aux différences de traitement entre les couples de même sexe en partenariat légal et les couples mariés de sexes différents, la Cour a déclaré que les Etats membres disposent d'une certaine marge d'appréciation quant au statut exact donné par des moyens de reconnaissance alternatifs[310]. Dans sa Recommandation CM/Rec(2010)5, le Comité des Ministres rappelle et réaffirme la jurisprudence de la Cour et recommande ce qui suit : « Lorsque

---

307. Instruction du directeur adjoint du département chargé du développement des technologies de l'information et des registres d'Etat du ministère de l'Intérieur et de l'Administration du 3 avril 2002, n° DIR-V-6000-21-2731/2002.

308. La Cour a également jugé dans d'autres affaires que, lorsqu'une différence de traitement est fondée sur l'orientation sexuelle, la marge accordée à l'Etat est étroite. Voir par exemple : Cour européenne des droits de l'homme, *E. B. c. France*, Requête n° 43546/02, paragraphes 91 et 93 ; *S. L. c. Autriche*, Requête n° 45330/99, arrêt du 9 janvier 2003, paragraphe 37 ; *Smith and Grady c. Royaume-Uni*, Requêtes nos 33985/96 et 33986/96, arrêt du 27 septembre 1999, paragraphes 89 et 94 ; *Karner c. Autriche*, Requête n° 40016/98, arrêt du 24 juillet 2003, paragraphes 37 et 41 ; et *Kozak c. Pologne*, Requête n° 13102/02, arrêt du 2 mars 2010, paragraphe 92.

309. Cour européenne des droits de l'homme, *Karner c. Autriche*, Requête n° 40016/98, arrêt du 24 juillet 2003, paragraphe 92.

310. Cour européenne des droits de l'homme, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Requête n° 30141/04, arrêt du 24 juin 2010, paragraphe 108.

les Etats confèrent des droits et des obligations aux couples non mariés, ces droits et obligations devraient s'appliquer de manière égale aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents ; lorsque les Etats confèrent des droits et des obligations aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, ces droits et obligations devraient être les mêmes que ceux conférés aux couples hétérosexuels dans une situation comparable ; lorsque aucune de ces situations ne s'applique, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent. »[311]

Le droit au mariage des personnes transgenres

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit des personnes transsexuelles à se marier a aussi évolué. Avant 2002, elle jugeait que le droit de se marier aux termes de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme faisait exclusivement référence au mariage entre personnes de sexes biologiques différents[312]. En 2002, dans l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a toutefois constaté que le droit de se marier ne peut plus dépendre d'une détermination du genre reposant exclusivement sur des critères biologiques et qu'il devrait être étendu aux personnes transsexuelles ayant entrepris une opération de conversion sexuelle et souhaitant se marier avec une personne du sexe opposé après avoir été opérées. La Cour a jugé qu'en empêchant une femme transgenre d'obtenir la modification de son certificat de naissance et de se marier avec un partenaire masculin, le Royaume-Uni avait porté atteinte au droit de cette personne à se marier[313]. Cela étant, dans certains Etats membres, les personnes transgenres qui souhaitent se marier se heurtent toujours à des difficultés. Ainsi, à Malte, en 2007, une femme transgenre qui avait légalement obtenu la modification de son certificat de naissance de sorte qu'il porte la mention « de sexe féminin » n'a pas été autorisée à épouser son partenaire masculin par le service maltais d'état civil, ce dernier jugeant que la requérante était un homme et qu'elle ne pouvait donc être autorisée à épouser un autre homme. La justice, saisie de cette affaire, a accepté la demande de la requérante d'épouser son partenaire, mais le service de l'état civil a, après avoir déposé un recours, finalement obtenu gain de cause. Au vu de cette décision, la requérante a engagé une procédure constitutionnelle, alléguant une violation de son droit à se marier. Citant la jurisprudence de la

311. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphes 23 à 25.

312. Cour européenne des droits de l'homme, *Rees c. Royaume-Uni*, Requête n° 9532/81, arrêt du 17 octobre 1986, paragraphes 49 à 51; *Cossey c. Royaume-Uni*, Requête n° 10843/84, arrêt du 27 septembre 1990, paragraphes 43 à 48 ; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, Requêtes nos 22985/93 et 23390/94, arrêt du 30 juillet 1998 (Grande Chambre), paragraphes 62 à 70.

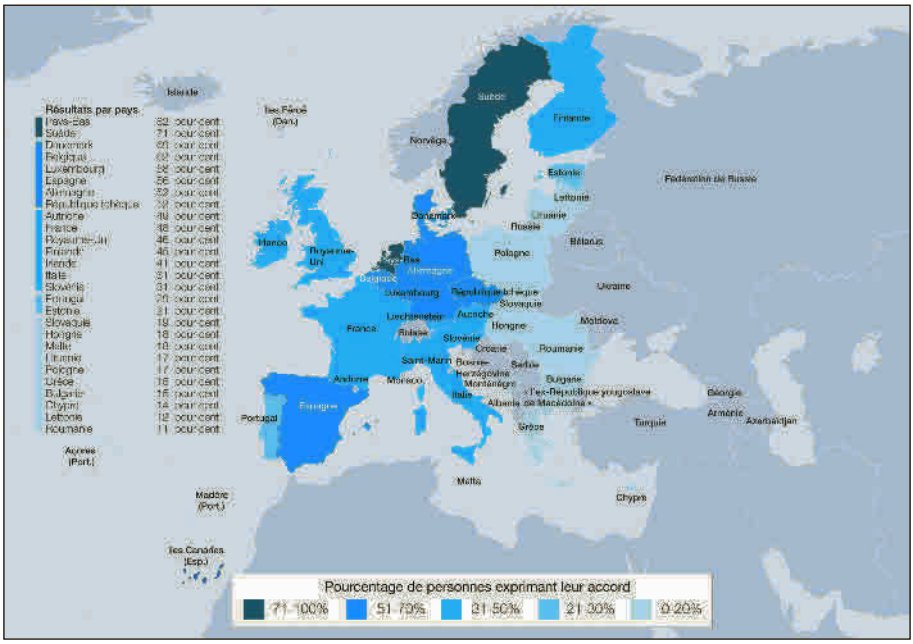
313. Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Requête n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, paragraphes 100 à 104. Voir également *I. c. Royaume-Uni*, Requête n° 25680/94, arrêt du 11 juillet 2002.

Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle maltaise a statué en sa faveur le 30 novembre 2010. Le service de l'état civil a toutefois fait appel de cette décision le 17 décembre 2010[314].

Attitudes et débat public

Depuis quelques dizaines d'années, l'accès au mariage et à d'autres formes de reconnaissance légale pour les couples de même sexe fait l'objet de vifs débats dans les Etats membres. Les Etats qui accordent aux personnes LGBT un certain degré de reconnaissance légale sont plus favorables à la reconnaissance des partenariats entre personnes de même sexe. Le médiateur espagnol a ainsi observé une amélioration significative de la compréhension et de l'acceptation des personnes LGBT dans le sillage du débat politique qui s'est ouvert à l'occasion de la légalisation du mariage pour les couples de même sexe en Espagne[315]. Une étude réalisée dans les Etats membres de l'Union européenne en 2006 fait apparaître les résultats suivants (voir la carte 5.4)[316].

Carte 5.4. « Les mariages homosexuels devraient être autorisés en Europe »



314. *Cassar Joanne c. Direttur Tar-Registru Pubbliku*, Requête n° 43/2008, 30 novembre 2010, tribunal civil, première chambre. Le jugement final est en instance.

315. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States : Part II – The Social Situation*, 2009, p. 31.

316. Commission européenne, Eurobaromètre Spécial 66, *L'opinion publique dans l'Union européenne*, 2006, p. 43-44.

Les autres études nationales présentent des résultats variés. Au Monténégro, 16 % de la population a estimé que les personnes de même sexe vivant en couple devraient avoir le droit de se marier et 21 % qu'elles devraient pouvoir officialiser leur union via un partenariat[317]. En Ukraine, 34 % des personnes interrogées ont estimé que les couples de même sexe devraient avoir les mêmes droits que le reste de la population et 53 % que cela ne devrait jamais être le cas[318]. Au Danemark, 82 % de la population s'est déclarée favorable à la légalisation du mariage pour les couples de même sexe[319].

Effets de la non-reconnaissance

Les familles LGBT dont l'union n'est pas reconnue peuvent être confrontées à des difficultés propres à leur situation. En règle générale, les institutions conçoivent les services, les prestations et les procédures en partant du principe qu'un couple est constitué de deux personnes de sexes différents ou d'un père et d'une mère[320]. De ce fait, les familles LGBT peuvent être victimes de stigmatisation dans leur vie sociale. En outre, certaines études l'ont montré, du fait de l'absence de reconnaissance légale, les avantages fiscaux et les prestations en matière d'emploi, d'assurance et d'allocation logement accordés à ces familles sont parfois moindres et le second parent peut ne pas être reconnu par les garderies et les services éducatifs. En cas de maladie grave, il peut arriver que le partenaire ne soit pas reconnu comme un « proche » et que pour cette raison on lui interdise de rester au chevet de son compagnon ou de sa compagne, et qu'il soit exclu des décisions médicales concernant les soins à lui apporter. Dans la vie quotidienne, les familles LGBT ont parfois un rapport difficile avec les services (établissements scolaires, centre de garderies, services de santé, etc.), qui sont pensés pour des familles hétérosexuelles. C'est ce que décrivent 19 % des personnes LGBT interrogées dans le cadre d'une étude réalisée en Finlande. En Suède, en réaction à des réclamations, l'ex-médiateur contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a engagé une révision de tous les formulaires de demande des services municipaux concernant la sécurité sociale et la garde des enfants afin d'en retirer tous les partis pris hétérosexuels.

Les personnes de même sexe vivant en couple et les membres des familles LGBT ne sont pas toujours libres de circuler en Europe. En effet, les liens familiaux n'étant pas reconnus, il arrive que les membres de ces familles ne puissent pas vivre ensemble. Emigrer, travailler à l'étranger ou déménager pour rejoindre sa famille sont autant d'obstacles bien spécifiques auxquels se heurtent les couples de même sexe, qu'ils aient ou non des enfants. Car

317. Human Rights Action, *Homophobia in Montenegro*, Ipsos Strategic Marketing, octobre 2009, p. 5.
318. Our World, *Ukrainian Homosexuals and Society : A Reciprocation – Review of the Situation : Society, Authorities and Politicians, Mass Media, Legal Issues, Gay Community*, Kiev, 2007, p. 65.
319. **Westerlund J.**, *Regnbågsfamiljers ställning i Norden. Politik, rättigheter och villkor*, Nordiskt institut för kunskap om kön, Oslo, 2009, p. 131.
320. Voir par exemple *The Equality Authority for a Diverse Ireland. Implementing Equality for Lesbians, Gays and Bisexuals*, 2002.

le pays de destination peut ne pas reconnaître le certificat de mariage d'un couple de même sexe, certificat qui existe dans sept Etats membres ayant ouvert le mariage civil à ces couples. Selon les conclusions d'une évaluation de la législation néerlandaise relative aux partenariats déclarés et au mariage, demandée par le ministère néerlandais de la Justice[321], même si la liberté de circulation des personnes est garantie au sein de l'Union européenne, la reconnaissance légale à l'étranger des mariages entre partenaires de même sexe demeure problématique. La situation des couples de même sexe ayant conclu un partenariat enregistré et celle des couples qui n'ont accès à aucune forme de partenariat officiel est encore plus complexe. Une analyse juridique comparative réalisée en 2010 par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne mentionne « le paysage inégal [en Europe] au regard de la liberté de circulation et du regroupement familial pour les couples de même sexe »[322]. Selon cette étude, la signification du terme « membre de famille » dans le contexte de la liberté de circulation, du regroupement familial et du droit d'asile « demeure souvent vague », alors même qu'elle a été ou sera étendue aux couples de même sexe, à divers degrés et dans différents domaines, en Autriche, en Espagne, en France, en Irlande, au Luxembourg et au Portugal.

5.4. La parentalité et les enfants

De nombreuses personnes LGBT des Etats membres du Conseil de l'Europe élèvent des enfants, seules ou avec leur partenaire. Plusieurs cas de figure se présentent : enfant issu d'une relation précédente, adoption, obtention du droit de garde légal. Certaines personnes LGBT ont en outre recours à la procréation médicalement assistée. Dans tous les cas, les droits de garde, de succession et de statut de « proche » doivent être garantis dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les parents transgenres rencontrent des problèmes spécifiques à leur situation. Parfois tenus de divorcer pour que leur genre soit légalement reconnu, ils perdent le droit de garde résultant de leur statut de parent marié.

Un rapport d'expertise réalisé à la demande du Conseil de l'Europe s'est intéressé aux droits et au statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation. Selon ce rapport, dans les familles de partenaires de même sexe, le bien-être des enfants dépend non seulement de la famille elle-même, mais aussi du cadre juridique qui garantit ou limite la protection, plus ou moins stable, que leur apportent leurs dispensateurs de soins.

---

321. Boele-Woelki K. *et al.*, *Huwelijk of geregistreerd partnerschap ?, Evaluatie van de wet openstelling huwelijk en de wet geregistreerd partnerschap*, Kluwer, Deventer, 2007.

322. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity: 2010 Update – Comparative Legal Analysis*, 2010, p. 8.

« Les enfants ne vivent pas en vase clos, mais au sein d'une famille et un élément important de leur protection est que l'unité familiale, quelle que soit la forme qu'elle prend, jouit d'une reconnaissance et d'une protection juridique adéquate et égale. En d'autres termes, le fait de limiter la parentalité légale ou de refuser d'accorder aux principaux dispensateurs de soins les droits et responsabilités légaux est aussi discriminatoire à l'égard de l'enfant que le fait de lui accorder un statut et des droits légaux différents en fonction des circonstances de sa naissance ou de son éducation. »[323]

Dans sa Recommandation CM/Rec(2010)5, le Comité des Ministres recommande aux Etats membres de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant leur considération première dans les décisions en matière de responsabilité parentale ou de tutelle d'un enfant, et de s'assurer que ces décisions sont prises sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre[324].

Adoption

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant fixe les normes internationales juridiquement contraignantes en matière d'adoption. Les adoptions entre pays sont en outre régies par la Convention de La Haye de 1993. Dans le cadre européen, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) de 2008 s'intéresse aux modalités selon lesquelles des couples de même sexe peuvent être considérés comme des parents adoptifs[325]. Elle prévoit que les Etats permettent l'adoption d'un enfant par des partenaires de même sexe qui sont mariés ensemble ou qui ont contracté ensemble un partenariat enregistré. Les Etats ont également la possibilité d'étendre la portée de cette convention aux couples de sexes différents et aux couples de même sexe dont les partenaires vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable[326]. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et que, lorsque les intérêts de l'enfant sont en concurrence avec ceux des personnes qui veulent l'adopter, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être l'élément décisif[327]. La Cour a jugé que les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle sont inacceptables en vertu de la convention dans les cas d'adoption (par une personne célibataire)[328], comme elle l'avait déjà fait dans une affaire concernant la garde d'un enfant[329]. Le Comité des Ministres

323. Lowe N., *Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation*, Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques, Secrétariat du Conseil de l'Europe, 2010, p. 3.

324. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphe 26.

325. Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), Strasbourg, 27 novembre 2008 (STCE n° 202), ouverte à la signature en novembre 2008.

326. *Ibid.*, article 7.

327. Cour européenne des droits de l'homme, *Pini et autres c. Roumanie*, Requêtes nos 78028/01 et 78030/01, arrêt du 22 juin 2004, paragraphes 155 et 156.

328. Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *E. B. c. France*, Requête n° 43546/02, arrêt du 22 janvier 2000, paragraphes 91 et 93.

329. Cour européenne des droits de l'homme, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, Requête n° 33290/96, arrêt du 21 décembre 1999, paragraphe 34.

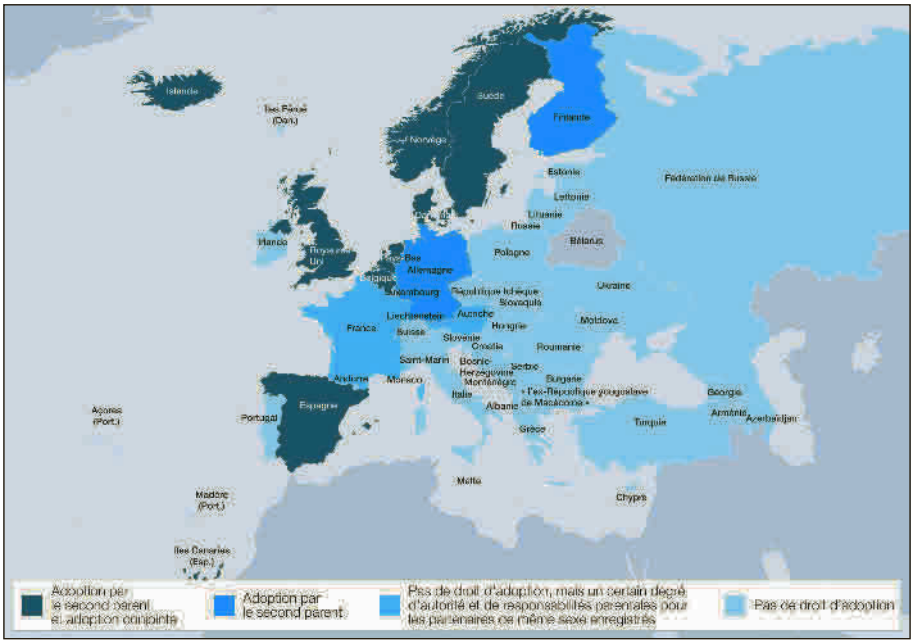
a recommandé aux Etats dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants de garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre[330].

Trois possibilités s'offrent aux personnes LGBT qui veulent adopter un enfant. Tout d'abord, une femme lesbienne ou un homme gay célibataire peut déposer une demande pour devenir parent adoptif (adoption par une personne célibataire). Autre possibilité, une personne peut adopter les enfants biologiques ou adoptés de son/sa partenaire de même sexe, sans que le premier parent ne perde ses droits légaux. Cette procédure, appelée « adoption par le second parent », donne à l'enfant deux représentants légaux. L'adoption par le second parent protège aussi les parents en leur donnant, à eux deux, le statut de parent reconnu par la loi. En cas de non-adoption par le second parent, l'enfant et le parent non biologique sont privés de certains droits si le parent biologique décède ou en cas de divorce, de séparation ou d'autres circonstances empêchant le parent d'exercer ses responsabilités parentales. L'enfant n'a pas non plus le droit d'hériter du parent non biologique. En outre, sur un plan pratique, le droit au congé parental est exclu en cas de non-adoption par le second parent, ce qui peut constituer un préjudice financier pour les familles LGBT. La troisième procédure est l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de même sexe.

Dix Etats membres autorisent l'adoption par le second parent pour les couples de même sexe (Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Islande, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède). A l'exception de l'Allemagne et de la Finlande, ces Etats membres autorisent aussi l'adoption conjointe pour les couples de même sexe. En Autriche et en France, l'adoption par le second parent n'est pas possible, mais les couples de même sexe ayant conclu un partenariat enregistré peuvent bénéficier d'un certain degré d'autorité et de responsabilités parentales. Trente-cinq Etats membres ne donnent pas accès à l'adoption conjointe ni à l'adoption par le second parent : Albanie, Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », Fédération de Russie, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Ukraine (voir la carte 5.5).

330. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphe 27.

Carte 5.5. Législations relatives à l'adoption par les couples de même sexe



Procréation assistée

Pour avoir un enfant, certains couples de même sexe ont recours à des techniques de procréation assistée, techniques également accessibles aux couples de sexes différents. L'accès à la procréation assistée n'est expressément mentionné dans aucun instrument de protection des droits de l'homme juridiquement contraignant. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas mis en évidence d'obligation positive par laquelle les Etats seraient tenus de garantir un droit à la procréation assistée. Dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, la Cour a jugé qu'« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille »[331]. La Cour a ajouté que l'article 8 de la Convention ne couvre pas l'aspiration à devenir parent[332].

Cela étant, les Etats doivent apporter des arguments très forts pour refuser, en raison de l'orientation sexuelle, l'accès de la procréation assistée à une femme lesbienne célibataire lorsque cette possibilité est offerte aux femmes hétérosexuelles célibataires. Ce principe fait suite à l'argumentation

331. Cour européenne des droits de l'homme, *Marckx c. Belgique*, Requête n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, paragraphe 31.

332. Cour européenne des droits de l'homme, *Di Lazzaro c. Italie*, Requête n° 31924/96, décision du 10 juillet 1997 ; *X & Y c. Royaume-Uni*, Requête n° 7229/75, décision du 15 décembre 1977. Dans la seconde affaire, la Cour a déclaré que « l'article 12 ne confère aucun droit d'adopter ou d'intégrer dans sa famille une personne qui n'est pas l'enfant par le sang ».

développée par la Cour dans l'affaire *E. B. c. France* selon laquelle le fait de refuser l'adoption à une femme lesbienne célibataire – demande qui n'aurait pas été refusée si elle avait été hétérosexuelle – constitue une distinction fondée sur l'orientation sexuelle qui porte atteinte au principe de non-discrimination[333]. Le Comité des Ministres a recommandé aux Etats membres qui autorisent la procréation assistée aux femmes célibataires de garantir l'accès de ce traitement « sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »[334]. Certains Etats membres du Conseil de l'Europe, notamment la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède[335], permettent aux couples de femmes lesbiennes d'accéder à la procréation assistée. D'autres pays ne l'autorisent qu'aux couples mariés de sexes différents. Le Danemark a supprimé le droit à l'insémination artificielle pour les femmes vivant en couple avec une autre femme et pour les femmes célibataires en 1997, mais l'a rétabli en 2007. En Italie, l'insémination avec donneur a été interdite en 2004 aux femmes célibataires et aux femmes vivant une relation *de facto* à long terme, ce qui comprend les femmes lesbiennes[336].

Attitudes à l'égard de la parentalité des personnes LGBT

Les travaux de recherche et les études d'opinion sur la parentalité et l'adoption portent essentiellement sur la question de savoir si les couples de même sexe peuvent être de « bons » parents et si un contexte familial LGBT peut avoir une incidence négative sur les enfants. Sur les deux tableaux, l'opinion publique est clivée. En 2006, l'Eurobaromètre faisait état d'un éventail de points de vue extrêmement large selon les pays en ce qui concerne l'adoption par des couples de même sexe (voir la carte 5.6). La fourchette allait de 7 % d'acceptation en Pologne et à Malte à plus de 50 % en Suède et 69 % aux Pays-Bas[337]. Parmi les personnes les plus ouvertes à l'adoption par les couples de même sexe figuraient les moins de 55 ans, les personnes ayant atteint le plus haut niveau d'études et les sympathisants de gauche[338].

---

333. Cour européenne des droits de l'homme, *E. B. c. France*, Requête n° 43546/02, arrêt du 22 janvier 2008, paragraphes 91 et 93.

334. Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphe 28.

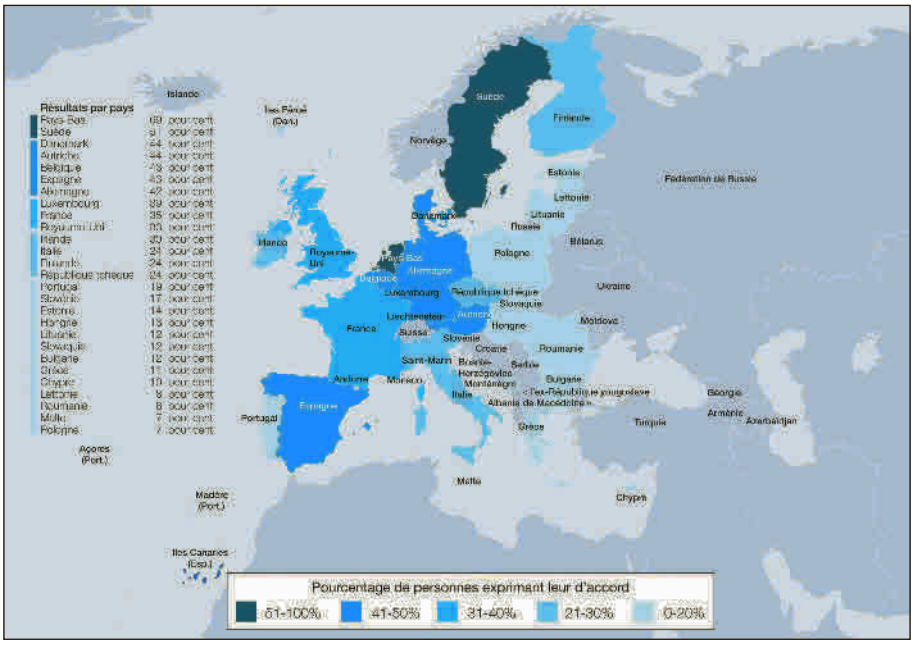
335. Vue d'ensemble établie à partir des contributions nationales (rapports juridiques). Aussi ILGA-Europe, *Rainbow Europe Map and Country Index*, 2010.

336. Contribution nationale de la FRA (rapport sociologique) sur l'Italie, p. 8.

337. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States : Part II – The Social Situation*, 2009, p. 31-32.

338. Commission européenne, Eurobaromètre Spécial 66, *L'Opinion publique dans l'Union européenne*, 2006, p. 45-46.

Carte 5.6. « L'adoption d'enfants devrait être autorisée pour les couples homosexuels en Europe »



Dans les autres Etats membres, les études sont moins systématiques. Au Monténégro, 12 % de la population – et 24 % des étudiants – se sont déclarés favorables à la légalisation de l'adoption pour les couples de même sexe[339]. En 2000, une étude réalisée en Islande montrait que 53 % de la population était favorable à la légalisation de l'adoption pour les femmes lesbiennes et les hommes gays[340].

L'un des arguments avancés par les opposants à la parentalité des personnes LGBT est qu'il est naturel, et dans l'intérêt supérieur de l'enfant, d'avoir un père et une mère. Ce raisonnement part du principe que la parentalité LGBT est préjudiciable aux enfants et qu'elle ne saurait garantir leur bien-être. Selon un rapport du Gouvernement suédois publié en 2001, « des travaux de recherche combinés montrent que les enfants de parents LGBT se sont développés, sur les plans psychologique et social, de façon analogue aux enfants auxquels ils étaient comparés. Aucune différence n'est apparue en ce qui concerne le développement sexuel des enfants ni entre les aptitudes des parents homosexuels et hétérosexuels à bien protéger leurs enfants et à pourvoir à leurs besoins »[341]. Une compilation allemande de travaux de recherche publiée en 2009 conclut :

339. Human Rights Action, *Homophobia in Montenegro*, Ipsos Strategic Marketing, octobre 2010, p. 5.
340. Westerlund J., *Regnbågsfamiljers ställning i Norden. Politik, rättigheter och villkor*, Nordiskt institut för kunskap om kön, Oslo, 2009, p. 269.
341. The Commission on the Situation of Children in Families, *Children in Families – Summary*, official Swedish Government reports, Stockholm, 2001, p. 6-7.

– que l'orientation sexuelle du parent n'a pas d'incidence sur le comportement et le développement de l'enfant ;

– que les enfants de parents de même sexe sont parfois victimes de discrimination, mais qu'ils ont la force psychologique suffisante pour y faire face ;

– que les enfants de parents de même sexe sont plus tolérants vis-à-vis de l'homosexualité, mais qu'ils n'ont pas plus tendance que la moyenne nationale à devenir eux-mêmes homosexuels[342].

« Coming out » dans la famille

D'autres aspects de la parentalité entrent en jeu si l'on considère le « coming out » d'un membre de la famille en tant que personne lesbienne, gay, bisexuelle ou transgenre, tout particulièrement lorsqu'un jeune découvre l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des parents qui l'ont élevé et avec lesquels il vit. D'après un sondage en ligne réalisé en Lituanie, 47 % des personnes LGB indiquent que leur famille n'est pas au courant de leur orientation sexuelle[343]. En Géorgie, une étude menée par une ONG montre que 87 % des personnes LGB cachent leur orientation sexuelle à leur famille[344]. Selon un sondage réalisé en Serbie, 70 % des personnes interrogées ne souhaitent pas qu'un de leurs proches soit gay ou lesbienne[345]. En Croatie, 14 % des hommes interrogés et 3 % des femmes ont indiqué qu'ils renieraient un fils gay[346].

La famille peut être vécue par les personnes LGBT comme une institution de contrôle social exercé par les proches, qui jugent naturel que les garçons et les filles jouent des rôles bien spécifiques. Pour les enfants LGBT qui ne répondent pas à ces attentes, cette conception des genres peut se révéler problématique. Des représentants d'ONG en Arménie, Azerbaïdjan, Géorgie et Turquie ont souligné la double discrimination dont sont victimes les femmes lesbiennes et bisexuelles dans ces pays. En tant que femmes, on s'attend à ce qu'elles se marient et qu'elles aient des enfants, et, tant que cela n'est pas fait, elles sont tenues de rentrer directement au domicile après le travail et de ne pas sortir seules. L'honneur de la famille joue un rôle déterminant.

Dans certains Etats membres, il arrive que les jeunes personnes LGBT rejetées par leur famille se retrouvent sans abri pendant un certain temps. Selon une étude réalisée au Royaume-Uni, 29 % des femmes lesbiennes et 25 % des hommes gays ayant répondu ont dû quitter le domicile familial après leur

342. Eggen B., *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit und ohne Kinder. Eine Expertise auf der Basis des Mikrozensus 2006*, Staatsinstitut fur Familienforschung an der Universitat Bamberg, 2009.
343. Contribution nationale de la FRA (rapport sociologique) sur la Lituanie, p. 7.
344. Inclusive Foundation, Enquête sur les discriminations menée auprès de 120 personnes LGBT en Géorgie – février 2006.
345. Gay Straight Alliance, *Prejudices Exposed – Homophobia in Serbia*. Rapport d'étude d'opinion sur la population LGBT, février-mars 2008, p. 2.
346. Lesbian Group Kontra, *Violence against Lesbians, Gays and Bisexuals in Croatia : Research Report*, Zagreb, 2006, p. 7.

« coming out »[347]. En Albanie et en Moldova, où les enfants vivent souvent chez leurs parents jusqu'au mariage, des jeunes contraints de quitter leur domicile après leur « coming out » ont eu des difficultés à trouver un hébergement. De même, des personnes transgenres signalent avoir rencontré des problèmes après leur « coming out » dans leur famille. D'après une étude réalisée au Royaume-Uni, 45 % des personnes interrogées ont coupé les ponts avec leur famille[348].

347. Averill, S., *How Can Young People be Empowered to Achieve Justice when they Experience Homophobic Crime ?*, université du Middlesex, 2004, p. 20-21.

348. Whittle S., Turner L. et Al-Alami M., « Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination », *The Equalities Review*, Wetherby, 2007, p. 68.