

Trimestriel ■ 34<sup>e</sup> année ■ N° 135 ■ 1<sup>er</sup> juillet 2023

# REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

## Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire et fondateur de la *Revue*.

Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

**R. BADINTER**, ancien Garde des Sceaux.

**Fi. BENOÎT-ROHMER**, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

**V. BERGER**, ancien juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

**Fr. BILTGEN**, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

**M. BOSSUYT**, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

**E. BREMS**, professeure à l'Université de Gand.

**L. BURGORGUE-LARSEN**, professeure à la Sorbonne.

**J. CALLEWAERT**, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

**C. CHAINAIS**, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

**Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL**, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

**J.-P. COT**, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

**E. DECAUX**, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

**P. de FONTBRESSIN**, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

**B. DEJEMEPPE**, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

**Fr. DELPÉRIÉ**, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

**M. DE SALVIA**, ancien greffier et juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

**O. DE SCHUTTER**, professeur à l'Université catholique de Louvain.

**R. ERGEC**, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

**G. HAARSCHER**, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

**M. HERTIG**, professeure à l'Université de Genève.

**M. HOTTELIER**, professeur à l'Université de Genève.

**E. LEMMENS**, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

**G. MALINVERNI**, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

**J.-P. MARGUÉNAUD**, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

**P. MARTENS**, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

**H. MOCK**, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

**A. NUSSBERGER**, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

**Y. OSCHINSKY**, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

**P. PARARAS**, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

**G. RAIMONDI**, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

**L.-A. SICILIANOS**, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

**D. SPIELMANN**, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

**Fr. SUDRE**, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

**H. TIGROUDJA**, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

**S. TOUZÉ**, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

**Fr. TULKENS**, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

**J. VAN COMPERNOLLE**, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

**P. VANDERNOOT**, président de chambre au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

**M. VERDUSSEN**, professeur à l'Université catholique de Louvain.

**P. WACHSMANN**, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

**Pieter Cannoot**, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation – The Case of Belgium*, Boom Juridisch Antwerpen, Anvers, 2022, 348 pages.

1. En exergue de la thèse de Pieter Cannoot, c'est Descartes qui donne le ton : « Cogito ergo sum ». Je pense, donc je suis. Cette pensée fait mon moi, autonome, distinct d'autrui. Cette conscience d'exister fonde mon identité, mon individualité, mon autonomie.

Transposant cette vision philosophique au droit, l'auteur consacre le présent ouvrage, qui synthétise sa recherche doctorale, à la thématique de la reconnaissance et des contours d'un droit à l'autonomie personnelle concernant le sexe (caractéristiques sexuelles), le genre (identité/expression) et/ou l'orientation sexuelle. En prenant comme prisme d'analyse l'ordre juridique belge comme illustration d'un système juridique occidental progressiste en matière de protection des minorités sexuelles et d'autodétermination, l'auteur examine comment améliorer le statut juridique des personnes LGBTIQ+.

Sa recherche ne se limitant pas à un état des lieux critique *de lege lata* des droits reconnus aux personnes LGBTIQ+ et au constat d'un droit qui continuerait à véhiculer des stéréotypes sociaux « hétéronormatifs » qui privilégient l'hétérosexualité (p. 51), l'auteur propose aussi *de lege ferenda* de combler les lacunes juridiques existantes, en accordant une attention spécifique à la question d'un ancrage constitutionnel (de la reconnaissance) d'un droit à l'autonomie personnelle (ou à l'autodétermination) – ce droit trouvant ses racines dans les droits de l'homme et la philosophie du droit – afin d'améliorer le statut juridique des personnes LGBTIQ+.

Après une préface de Petra De Sutter, députée et ministre belge, six chapitres structurent la réflexion : après une introduction (chapitre I<sup>er</sup>) et une présentation de la terminologie et du cadre conceptuel (chapitre II), l'auteur examine le statut juridique des personnes ayant changé de sexe (chapitre III) et des personnes transgenres (chapitre IV) avant d'aborder – le cœur de la réflexion – la question de la reconnaissance d'un droit à l'autonomie personnelle (chapitre V), et, enfin, de dresser des conclusions générales (chapitre VI).

2. Alors que les personnes LGBTIQ+ font l'objet d'une attention accrue tant au niveau national qu'international, l'auteur constate un *hiatus* entre les droits des personnes LGBTIQ+ et leur statut social, les personnes LGBTIQ+ étant, dans les faits, toujours victimes de discriminations (chapitre I<sup>er</sup>). Au départ de ce constat, l'auteur propose une analyse du droit positif belge à l'aune d'un modèle juridique « idéal », prenant comme référence le droit émergent à l'autonomie personnelle des individus concernant leur identité sexuelle, sous l'impulsion notamment de l'arrêt *Pretty* de la Cour européenne des droits de l'homme (p. 22). Optant pour une approche interdisciplinaire, l'auteur éclaire son propos juridique de considérations extrajuridiques et d'enseignements issus des sciences sociales, livrant une analyse poussée de la notion d'autonomie personnelle à la lumière de la philosophie féministe postmoderne et de la théorie *queer*, lesquelles visent à déconstruire les catégories telles que le sexe, le genre et la sexualité, allant jusqu'à contester toute stabilité des identités, et en envisageant ces caractéristiques comme des conceptions culturelles, revêtant un caractère performatif (pp. 14-21).

Préalable nécessaire à son étude, l'auteur consacre des développements détaillés et éclairants aux significations respectives des concepts – souvent utilisés de manière variable – de « sexe », « identité de genre », « expression de genre » et « orientation sexuelle », sélectionnés et mobilisés dans son analyse (chapitre II), posant le choix d'utiliser, au sein de celle-ci, une terminologie mettant en relief le caractère socialement construit de ces concepts (p. 30).

Dans un chapitre III offrant un examen complet du statut juridique des personnes sujettes à des variations du développement sexuel (dites « intersexes »), l'auteur analyse, dans une approche critique, l'encadrement juridique belge des traitements de réassignation sexuelle ainsi que le système belge d'enregistrement officiel du sexe à l'état civil à l'aune du droit des personnes intersexes (notamment mineures) à l'autonomie personnelle. À cet égard, une attention particulière est portée aux standards posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'état du droit en la matière dans d'autres ordres juridiques nationaux. L'auteur en déduit que le système belge d'identification des personnes, fondé sur la binarité des sexes, est inadéquat pour appréhender la situation des personnes intersexes et que, si l'enregistrement du sexe sert un objectif légitime en matière de santé publique, une distinction claire devrait être établie entre les mentions du sexe et de l'identité de genre en droit ; des adaptations de la législation belge sont dès lors suggérées afin de permettre que l'identification du genre des individus soit différée dans le temps, plutôt qu'établie à la naissance (pp. 125 et s.).

Selon la même démarche, l'auteur consacre le chapitre IV au statut juridique belge des personnes transgenres au regard de leur droit à l'autonomie personnelle, impliquant une démedicalisation progressive de la transidentité. L'auteur y relève le caractère « paternaliste » (pp. 204 et s.) des dispositifs de reconnaissance du genre en droit positif belge, visant à obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil pour correspondre à leur (identité de) genre, tels qu'ils ont été établis par la loi du 25 juin 2017 réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres. Toujours fondée sur un présupposé binaire, cette réforme importante instaure, selon l'auteur, une « autodétermination limitée » (p. 187) – puisqu'un « quasi-monopole » étatique subsiste dans la détermination du genre des individus – ainsi qu'une « cisnormativité inversée » (pp. 214-215), les personnes étant désormais présumées avoir des caractéristiques sexuelles congruentes à leur identité de genre et non l'inverse. L'auteur envisage ainsi l'abandon de l'enregistrement obligatoire du sexe et la création d'un système *ad hoc* d'identification volontaire du genre des individus (pp. 230 et s.), posant les jalons d'une évolution progressive vers l'abolition du genre comme catégorie juridique.

Le chapitre V constitue l'apogée de l'analyse. Concluant que le droit belge échoue, malgré ces évolutions récentes, à protéger et à assurer effectivement le droit à l'autonomie personnelle des personnes intersexes et transgenres, l'auteur envisage finalement la consécration spécifique d'un droit fondamental à l'autonomie personnelle dans la Constitution, et examine précisément l'intérêt, le champ d'application et les effets d'une telle consécration dans les ordres juridiques nationaux. N'étant plus tiré de droits préexistants (tel le droit au respect de la vie privée), le droit fondamental à l'autonomie personnelle ainsi consacré serait autonome mais aussi « émancipatoire »

(pp. 274-275), garantissant non seulement la liberté des individus de déterminer eux-mêmes leur identité sexuelle mais aussi la reconnaissance, par l'État, de cette autodétermination. L'auteur propose une formulation textuelle de ce droit constitutionnel (p. 281), que renforcerait – dans sa vision, de manière seulement complémentaire ou subsidiaire – le droit à l'égalité et à la non-discrimination (pp. 276-280), et qui refléterait une nouvelle vision du genre comme un spectre, et non comme une dichotomie avec deux catégories (hommes et femmes) opposées.

Les conclusions de cette recherche ouvrent la voie à de futures recherches sur les implications concrètes de la reconnaissance *in abstracto* de ce droit à l'autodétermination, mais également à l'identification des instances nationales appelées à jouer un rôle pertinent pour la garantie de ce droit (chapitre VI).

3. Le présent ouvrage analyse en profondeur une thématique aux enjeux majeurs dans la Cité: comment, juridiquement, reconnaître et protéger les droits des personnes LGBTIQ+, qui constituent une réalité sociale certaine, mais qui font l'objet de conceptions – notamment sociales – très controversées? Peut-on, dans un contexte où les stéréotypes sociaux sont de plus en plus contestés et, selon la formule, «déconstruits», reconstruire une vision juridique renouvelée? Avec ce paradoxe, intrinsèque, à l'entreprise: tant la construction que la déconstruction de stéréotypes ne constituent jamais des œuvres exemptes de présupposés (psycho-)sociaux.

Comme l'auteur le constate dans ses conclusions, le champ de la réflexion – tant juridique, que politique, mais aussi éthique (comme le note par ailleurs Petra De Sutter dans sa préface, p. viii) demeure largement ouvert. Si les mentalités évoluent, on peut néanmoins pressentir que le chemin sera long.

À la lecture de l'ouvrage, deux éléments nous incitent cependant à l'optimisme.

Tout d'abord, bien que l'auteur intègre, dans le premier temps de son analyse juridique, nombre des enseignements de la théorie *queer* – qui est parfois jugée «contre-normative» en sciences sociales (p. 19) – afin de développer sa propre lecture de l'autonomie personnelle comme prémisses pour déconstruire les normes actuelles, il plaide néanmoins, dans un second temps, en tant que juriste, pour la reconstruction d'une nouvelle normativité. L'auteur postule ainsi que le droit demeure un instrument pertinent et apte à renforcer l'effectivité des droits des personnes LGBTIQ+.

Ensuite, l'auteur plaide pour l'inscription d'un droit à l'autodétermination dans le texte même de la Constitution belge. Constitutionnaliste, l'auteur rappelle ainsi – si d'aucuns l'avaient oublié – le rôle fondamental d'une constitution nationale pour la consécration des droits fondamentaux des individus.

Le présent ouvrage constitue un appel à prendre en considération la dimension humaine dans toute sa complexité, réelle. Il touche ainsi à la gageure, constante, des droits fondamentaux dont le titulaire est l'humain: protéger le particulier dans l'universel.

Elisa CROSSET DECHANY & Géraldine ROSOUX



**La Revue est disponible en version numérique sur les sites :**

[www.lexnow.io](http://www.lexnow.io)



**LEXNOW**

[www.cairn.info](http://www.cairn.info)



**CAIRN . INFO**

MATIÈRES À RÉFLEXION

## **Conditions d'abonnement pour 2023**

### **Édition**

Anthemis

### **Abonnement**

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 268 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 308 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 348 € TVAC

Abonnement électronique : 214 € TVAC

Prix au numéro : 70 € TVAC

### **Commandes**

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T. : +32 (0)10 42 02 93

F. : +32 (0)10 40 21 84

[abonnement@anthemis.be](mailto:abonnement@anthemis.be)

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2023/10.622/4

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

# Sommaire

## DOCTRINE

### **Le regard d'un ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Strasbourg**

Entretien avec *Robert Spano* ..... 613

### **Le rapatriement des enfants français de Syrie devant les organes internationaux de protection des droits de l'homme : symphonie ou polyphonie ?**

Analyse croisée des constatations du Comité des droits de l'enfant, 8 février 2022, *F.B. e.a. c. France*, et du Comité contre la torture, 16 novembre 2022,

*L.V. et consorts c. France*, et de l'arrêt *H.F. e.a. c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 septembre 2022

par *Marion Larché* ..... 629

### **La protection des civils en conflits armés : quel apport de la Cour européenne des droits de l'homme ?**

par *Jelena Aparac* et *Julien Antouly* ..... 645

### **L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses**

par *Véronique Boillet* et *Clémence Demay* ..... 675

### **Responsabilité des États dans le traitement judiciaire des violences domestiques : les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme**

par *Catherine Le Magueresse* ..... 699

### **Égalité et genre en politique**

#### **L'avenir incertain des actions positives en matière électorale**

par *Elisa Crosset Dechany* ..... 721

## CHRONIQUE

### **Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux**

#### **Chronique de jurisprudence (2022)**

par *L'Institut de droit européen des droits de l'homme* ..... 747

## JURISPRUDENCE

### **Les limites de l'ingérence publique dans le domicile**

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Sabani c. Belgique*, 8 mars 2022)

par *Sophie Cuykens* ..... 803

### **Le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, un standard genré ? – Retour sur la jurisprudence relative à la stérilisation forcée**

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Y.P. c. Russie*, 20 septembre 2022)

par *Lorraine Dumont* ..... 827

### **L'affaire *Mortier contre Belgique*, ou les errements pratiques de l'euthanasie**

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Mortier c. Belgique*, 4 octobre 2022)

par *Xavier Bloy* ..... 853

**Bibliographie** ..... 873

**Revue des revues** ..... 889

**Informations diverses** ..... 895