

Belgique

Bernadette Renaud, Marc Verdussen

Citer ce document / Cite this document :

Renaud Bernadette, Verdussen Marc. Belgique. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 34-2018, 2019. Égalité, genre et constitution - Populisme et démocratie. pp. 149-174;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2019.2690>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2019_num_34_2018_2690

Fichier pdf généré le 16/07/2020

TABLE RONDE
ÉGALITÉ, GENRE ET CONSTITUTION

BELGIQUE

*Bernadette RENAULD et Marc VERDUSSEN**

Hormis la première partie consacrée à la place du genre dans la Constitution belge (I), les six autres parties, à vocation plus thématique, entendent privilégier les principaux enseignements qui, en cette matière, se dégagent de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (II à VII). Non seulement le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, combiné ou non avec d'autres droits fondamentaux, y occupe une position centrale, mais en outre il conduit la Cour à resserrer son contrôle lorsque la différence de traitement mise en cause est fondée sur le genre ou le sexe¹. Selon la Cour, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination invite le législateur à être « particulièrement prudent » lorsqu'il établit une différence de traitement fondée sur le sexe, ce qui justifie que le contrôle exercé par la Cour soit « plus strict »².

Une observation préalable nous paraît s'imposer dans le cadre d'une table ronde de justice constitutionnelle : quelle est l'incidence du genre ou du sexe dans la composition de la Cour constitutionnelle ? Sur les trente-six juges qui ont été membres de la Cour depuis sa création, on ne compte que cinq femmes³. À ce jour, la Cour est composée de neuf hommes et de trois femmes, qui toutes font partie du groupe linguistique néerlandais. Mais que prévoit la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ? En 2003, réagissant à une composition très masculine de

* Respectivement : Référendaire à la Cour constitutionnelle, Collaboratrice scientifique à l'Université de Louvain (UCLouvain) ; Professeur à l'Université de Louvain (UCLouvain), Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (JUR-I – CRECO).

1 A. RASSON-ROLAND et J. THEUNIS, « Genre, égalité et non-discrimination. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », Commission de Venise, Conseil mixte sur la justice constitutionnelle, Lausanne, 28 juin 2018, Conseil de l'Europe, CDL-JU(2018)006.

2 Not. CC, arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011, B.11 ; arrêt n° 44/2014 du 13 mars 2014, B.4.

3 L'une d'elles a dénoncé « cette incompréhensible frilosité qui consiste à feindre d'ignorer la dichotomie sexuée de l'humanité et l'impératif simplement moral qu'ont les sociétés démocratiques de traduire cette dichotomie dans la réalité concrète de toutes leurs institutions où se discutent, se débattent et se décident les conditions d'une citoyenneté libre et responsable, comme c'est évidemment le cas d'une Cour de justice à vocation constitutionnelle » : J. DELRUELLE, « Il était une fois... une femme à la Cour d'arbitrage », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, p. 433.

l'institution, la loi spéciale avait été modifiée afin d'imposer que la Cour soit « composée de juges de sexe différent »⁴. Cette mesure s'inscrivait dans le droit-fil de l'ajout à l'article 10 de la Constitution d'un troisième alinéa, dont il sera question ci-après⁵. En 2014, le législateur spécial franchit deux pas supplémentaires. D'une part, la Cour doit être composée de juges de sexe différent au sein de chacune des deux grandes catégories professionnelles de juges constitutionnels, ce qui est le cas actuellement. Rappelons ici que la juridiction constitutionnelle belge présente cette particularité de compter obligatoirement parmi ses membres six juges qui sont des juristes de profession et six juges qui sont d'anciens parlementaires (tout en n'étant pas nécessairement des juristes de formation). D'autre part, la Cour dans son ensemble doit compter au moins un tiers de juges de chaque sexe. Il manque donc une femme pour satisfaire au prescrit légal. Dans un souci d'« évolution progressive »⁶, les modifications de 2014 ont fait l'objet de dispositions transitoires en retardant l'entrée en vigueur. Une première disposition transitoire oblige le Roi à nommer « un juge du sexe le moins représenté quand les deux nominations précédentes n'ont pas augmenté le nombre de juges de ce sexe ». Dans la mesure où les deux derniers juges nommés sont une femme et un homme – les nominations datent du 18 mars et du 9 septembre 2018 –, l'obligation de nommer une quatrième femme ne s'imposera que si le prochain juge nommé est un homme⁷. Une seconde disposition transitoire prévoit que la présence d'au moins un tiers de juges de chaque sexe s'imposera lorsque la Cour sera effectivement composée d'un tiers de juges de chaque sexe.

I.- LA PLACE DU « GENRE » DANS LA CONSTITUTION BELGE

Se poser la question de la place du « genre » dans le texte constitutionnel conduit à envisager deux problématiques distinctes. Il s'agit, d'abord, de s'interroger sur la langue utilisée par les rédacteurs de la Constitution : le choix des mots, marqués en genre ou au contraire neutres, pèse ou a pu peser sur la vie politique, juridique, institutionnelle du pays, tant il est vrai que la façon dont on nomme les choses, en l'occurrence, les fonctions dans l'État, peut avoir une incidence sur la façon dont ces fonctions sont imaginées par l'inconscient collectif et incarnées en réalité. Il s'agit, ensuite, de se demander si le texte constitutionnel fait une place spécifique à l'égalité des sexes, ou encore des genres, parmi les droits et libertés fondamentaux qu'il proclame et garantit.

Adoptée en 1831, la Constitution belge a été rédigée sur un mode masculin. La femme n'est pas reconnue à l'époque comme l'égale de l'homme, ni en fait ni en droit. Il y a à peine plus d'un siècle, Oscar Orban, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Liège, écrivait encore que « l'égalité constitutionnelle, non seulement ne condamne pas, mais ordonne de respecter des distinctions résultant de la nature des choses, de la vie et des réalités sociales »⁸. Et de citer, comme exemple, « le sexe ».

4 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 148-149.

5 V. *infra* (I).

6 *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2438/3, p. 14.

7 *Ibid.*, p. 19.

8 O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, Liège/Paris, Dessain/Giard & Brière, 1911, p. 117. Des historiens observent qu'à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, « le féminisme ne concernait qu'une petite minorité de femmes. On rencontrait exclusivement des féministes dans un groupe sélect de femmes issues de la bourgeoisie intellectuelle, pour qui la conquête de l'intégralité des droits civils et du droit au travail était une manière – importante – d'échapper à l'ennui du

Les révisions constitutionnelles ultérieures n'ont pas infléchi l'option linguistique prise en 1831⁹. Ainsi, les droits fondamentaux nouveaux insérés dans la Constitution sont destinés « aux Belges »¹⁰, à « chacun » ou, de manière plus ciblée, aux « parents », aux « élèves » et « étudiants », aux « membres du personnel » des établissements d'enseignement, ou encore aux « électeurs ». Lorsque, le 24 décembre 1970, la Constitution consacre formellement la fonction de « Premier ministre », c'est une fois encore le masculin qui est utilisé ; à ce jour, aucune femme n'a d'ailleurs jamais accédé à ce poste. Dans le chapitre sur le pouvoir judiciaire, il est question de « conseillers » à la cour d'appel ou à la Cour de cassation. Le reste est à l'avenant¹¹.

Néanmoins, la référence au seul genre masculin n'emporte en principe aucune forme d'exclusion du genre féminin. La Cour constitutionnelle a souligné, à cet égard, que « sauf indication contraire, l'utilisation du masculin dans une disposition légale désignant une fonction désigne indifféremment la femme ou l'homme qui exerce cette fonction »¹².

Il a fallu attendre 2002 pour qu'une évolution plus fondamentale se produise, le Constituant offrant « deux ancrages explicites au principe de l'égalité entre hommes et femmes »¹³. Depuis 1831, le droit à l'égalité est formulé par l'article 10 de la Constitution en des termes très généraux. Progressivement, il a été entendu comme couvrant tous les aspects de la vie en société et toutes les formes de relations sociales. En 2002, le Constituant a voulu néanmoins procéder à deux modifications constitutionnelles formelles.

D'une part, suivant en cela la voie empruntée par des textes constitutionnels étrangers¹⁴, il a ajouté à l'article 10 un nouvel alinéa – l'alinéa 3 – proclamant expressément l'égalité des femmes et des hommes : « L'égalité des femmes et des hommes est garantie ». Cette nouvelle disposition « revêt une portée strictement “déclaratoire” de droit constitutionnel existant, en se bornant à consacrer explicitement les acquis incontestés de l'interprétation donnée de longue date aux articles 10 et 11 de la Constitution »¹⁵. Dans la mesure où la disposition constitutionnelle garantissant l'égalité des sexes a une portée générale, les exigences concrètes de celle-ci voient leurs contours déterminés, au gré des affaires qui lui sont soumises, par les juridictions et, principalement, par le juge constitutionnel.

foyer et de mariages souvent arrangés. Ces femmes ne rencontraient que fort peu d'écho dans les rangs de la droite, d'autant que l'Église prônait la soumission de la femme à l'homme » (E. WITTE, A. MEYNEN et D. LUYTEN, *Histoire politique de la Belgique*, trad., Bruxelles, Samsa, 2017, p. 144).

9 Pour une proposition visant à « dégenrer » le texte de la Constitution belge, v. M. VERDUSSEN, *Réenchâtrer la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, p. 98-100.

10 En vertu de l'article 191 de la Constitution, « tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ».

11 La Belgique est un État trilingue. La Constitution a toutefois été rédigée uniquement en français à l'origine et a fait par la suite l'objet de traductions vers le néerlandais et vers l'allemand. La question du « genre » de la langue utilisée peut se poser différemment selon que la langue connaît un genre neutre ou pas.

12 CC, arrêt n° 128/2006 du 28 juillet 2006, B.5.2.

13 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 563-564.

14 H. IRVING (ed.), *Constitutions and Gender*, Cheltenham, Elgar, 2017, p. 3.

15 S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, p. 155.

D'autre part, dans la foulée, un article 11*bis* a été inséré dans la Constitution qui entend légitimer l'adoption de mesures de discrimination positive dans l'exercice des droits fondamentaux et dans l'accès aux mandats électifs et publics. Des dispositions législatives ont été adoptées en exécution de ce nouvel article¹⁶. L'insertion de l'article 11*bis* a été initiée par les objections constitutionnelles que la section de législation du Conseil d'État avait élevées contre la parité sexuelle sur les listes électorales¹⁷.

Dans un arrêt de 2004¹⁸, la Cour constitutionnelle a observé qu'en adoptant les articles 10, alinéa 3, et 11*bis*, « le Constituant a voulu, d'une part, inscrire expressément le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans la Constitution et, d'autre part, fournir un fondement constitutionnel aux mesures visant à combattre les inégalités entre femmes et hommes »¹⁹. Pour autant, « la circonstance que la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes, par le biais des articles 10, alinéa 3, et 11*bis*, n'a pas pour effet que la "dualité sexuelle fondamentale du genre humain" puisse être considérée comme un principe de l'ordre constitutionnel belge »²⁰. Il n'est pas inutile de préciser que cette notion de « dualité sexuelle fondamentale du genre humain » était mobilisée par les parties requérantes à l'appui d'un recours visant à l'annulation de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe²¹.

II.- L'ÉTAT CIVIL ET L'IDENTITÉ DE GENRE

La Constitution belge ne reconnaît l'existence de genres que sur le mode binaire, hommes et femmes, et uniquement pour proclamer leur égalité comme une composante du principe général d'égalité des citoyens (art. 10, al. 3) et leur garantir l'égal exercice de leurs droits et libertés et l'égal accès aux mandats électifs et publics (art. 11*bis*). Elle ignore tant la notion d'« identité de genre » que celle de sexe neutre.

Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle n'a jamais eu à manier le concept d'identité de genre.

Les changements de sexe à l'état civil ont d'abord été l'aboutissement de procédures judiciaires dans lesquelles les juridictions ont autorisé des rectifications de l'état civil ou des actions en changement d'état. À la fin du XX^e siècle, la reconnaissance d'une nouvelle identité était donc possible, mais elle supposait la preuve, rapportée le plus souvent par expertise, d'une conversion sexuelle complète et irréversible ainsi que la preuve du caractère contraignant de la modification sur le libre arbitre de la personne concernée. La jurisprudence avait en effet contourné l'obstacle représenté par l'indisponibilité du statut personnel en considérant que le changement de sexe était non pas un acte relevant de la volonté ou du libre arbitre, mais qu'il était imposé par une contrainte ou une force irrésistible. Par les lois des 10 et 15 mai 2007, le législateur prend pour la première fois en compte la transsexualité

16 V. *infra* (VI, B et C).

17 V. not. l'avis n° 22.885/2 du 17 novembre 1993, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1993-1994, n° 1316/1. V. M. UYTENDAELE et J. SOHIER, « Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité », *Journal des tribunaux*, 1995, p. 252-256 *sq.* ; M. VERDUSSEN, « La participation des femmes aux élections en Belgique », *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, p. 805-807.

18 CC, arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004.

19 *Ibid.*, B.5.6.

20 *Id.* Sur la notion de dualité sexuelle fondamentale du genre humain, v. not. S. AGACINSKI, *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, spéc. p. 15-33.

21 V. *infra* (IV, A, 1).

et l'intersexualité, en permettant la modification de l'acte d'état civil par le biais d'une déclaration administrative et non plus par le biais d'une procédure judiciaire²². Toutefois, les personnes transgenres qui revendiquent une identité intime différente de celle qui est mentionnée à l'état civil mais qui n'ont pas recours à une intervention hormonale ou chirurgicale ne sont pas concernées par ces textes, qui ne visent que la transsexualité au sens strict et les enfants présentant une ambiguïté morphologique, pour lesquels un délai prolongé pour la déclaration du sexe est accordé. Ces lois n'ont jamais été soumises à la Cour constitutionnelle.

La loi du 27 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 »²³ a pour objectif de mettre la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité en conformité avec les obligations internationales en matière de droits de l'homme²⁴. Tous les critères médicaux pour un changement officiel de l'enregistrement du sexe sont supprimés. Un changement de genre à l'état civil peut donc avoir lieu sans opération chirurgicale ou traitement hormonal. La nouvelle procédure prévoit une déclaration aisée de la conviction que le sexe mentionné dans l'acte de naissance ne correspond pas à l'identité de genre vécue intimement. Cette déclaration doit être confirmée après que le déclarant ait été informé de ses conséquences. Dans le même temps, un certain nombre de mécanismes sont inscrits dans le but de prévenir la fraude et les changements irréflechis. La procédure pour un changement de prénom est simplifiée pour les mêmes motifs et les règles de la filiation applicables après un changement de l'enregistrement du sexe sont précisées. Il est tenu compte de la protection de la vie privée de la personne concernée en limitant fortement la délivrance de copies et d'extraits d'actes de l'état civil dans lesquels la modification de l'enregistrement du sexe est visible.

Un recours²⁵ a été introduit à la Cour constitutionnelle contre cette loi par des associations qui défendent les droits des personnes transgenres²⁶ pour violation, notamment du principe d'égalité et de non-discrimination et du droit au respect de la vie privée. Les parties requérantes estiment que la loi ne respecte pas le droit à l'autodétermination et à l'égalité des personnes transgenres. Elles critiquent notamment le fait que la procédure de changement du sexe enregistré et de changement de prénom est irrévocable, de sorte qu'il est impossible pour les personnes à l'identité de genre fluide d'en changer à plusieurs reprises. Elles dénoncent également une discrimination sur la base de l'identité de genre, en ce que

22 Sur tout ceci, v. G. HIERNAUX, « Approche de la transsexualité en droit belge », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 35-62.

23 Sur cette loi, v. N. GALLUS, « "Pot-pourri" de réformes récentes », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit des personnes et des familles – Le point en 2018*, Liège, Anthemis, CUP/Université de Liège, 2018, p. 15-27 sq ; E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *Journal des tribunaux*, 2018, p. 261-266 sq ; J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2018, p. 229-275.

24 Elle contenait notamment une condition de stérilisation incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (v. CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie* ; 6 avril 2017, *A. p. Garçon et Nicot c. France*).

25 Ce recours est inscrit au rôle sous le n° 6813.

26 Un premier recours, introduit par deux personnes qui n'étaient pas visées par cette législation, a été déclaré irrecevable par la Cour constitutionnelle pour défaut d'intérêt à agir : « Le fait que les parties requérantes désapprouvent la loi attaquée sur la base d'une appréciation personnelle ou de sentiments que cette loi suscite chez elles ne peut pas être retenu comme justification de l'intérêt requis » (CC, arrêt n° 55/2018 du 26 avril 2018).

la loi n'offre pas de troisième option (genre neutre) aux personnes « intergenre ». À notre connaissance, c'est la première fois que la Cour constitutionnelle est confrontée au concept d'identité de genre. Ce recours est toujours pendant.

III.- L'AUTONOMIE PERSONNELLE, LA SEXUALITÉ ET L'INTÉGRITÉ DU CORPS HUMAIN

En 2000, un article 22*bis* a été inséré dans la Constitution qui reconnaît à chaque enfant un « droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle »²⁷. Cette modification est une conséquence directe de l'affaire *Dutroux* (1996), qui a vu, en Belgique, l'enlèvement, la maltraitance et l'assassinat d'enfants et adolescentes. Elle répond à une suggestion faite dans un rapport déposé le 23 octobre 1997 par la Commission nationale contre l'exploitation sexuelle des enfants. Au-delà de sa portée symbolique, elle soumet les législateurs, fédéral et fédérés, à l'obligation de prendre des mesures positives afin de garantir le respect de l'intégrité des enfants et notamment de leur intégrité sexuelle. En revanche, l'intégrité sexuelle des adultes est ignorée par la Constitution, qui ne consacre par ailleurs aucune disposition spécifique à l'orientation sexuelle et aux droits sexuels et reproductifs.

C'est donc à partir du principe général d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et, pour les enfants, de l'article 22*bis* de la Constitution, que la Cour constitutionnelle a pu développer une jurisprudence intéressante sur un certain nombre de ces questions. On se concentre ici sur trois questions : la procréation médicalement assistée (A), l'interruption volontaire de grossesse (B) et les violences entre partenaires (C).

A.- La procréation médicalement assistée

Incontestablement, la Belgique est un des États pionniers dans le domaine de la procréation médicalement assistée (PMA)²⁸. Pourtant, l'encadrement législatif s'est fait attendre. Une loi a été adoptée le 6 juillet 2007, qui est relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. Publiée au *Moniteur belge* du 17 juillet 2007, elle a été modifiée à plusieurs reprises. Cette loi n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation, ni d'une question préjudicielle, à la Cour constitutionnelle.

Cette dernière a cependant été amenée à répondre à une question préjudicielle relative à l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une PMA. L'affaire est partie d'un projet de coparenté conçu par deux femmes mariées. Ce projet aboutit à la naissance d'un enfant, à la suite de quoi les deux femmes entament une procédure d'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant. Pendant la procédure d'adoption, celle-ci quitte le domicile conjugal. Son épouse se voit reconnaître par la justice, dans l'attente de l'issue de cette procédure, un droit aux relations interpersonnelles à l'égard de l'enfant. Alors que les deux épouses sont en procédure de divorce, la mère de l'enfant s'oppose à l'adoption au motif que, par le fait même de la séparation,

27 V. S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexion au départ de l'article 22*bis* de la Constitution garantissant le droit des enfants à l'intégrité physique, morale, psychique et sexuelle », *Administration publique*, 2001, p. 132-141.

28 F. VARONE et N. SCHIFFINO, « Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ? », in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 27.

cette adoption ne rencontrerait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Tribunal de la jeunesse de Liège constate qu'en vertu de la loi – il s'agit de l'article 348-11 du Code civil –, il ne peut passer outre au refus de la mère que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que cette dernière s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il décide alors de poser à la Cour constitutionnelle deux questions préjudicielles. L'une d'elles a pour objet l'article 348-11 du Code civil, combiné avec l'article 348-3. Les deux articles sont questionnés au regard des articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution, lus isolément et en lien avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'enjeu de la question réside dans la limitation du caractère abusif du refus de consentement à la seule hypothèse visée par l'article 348-11.

Dans son arrêt²⁹, sur lequel nous reviendrons³⁰, la Cour constitutionnelle répond que les deux dispositions contestées violent les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution ainsi que l'article 22, siège du droit au respect de la vie privée et familiale. Selon la Cour, « l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité (coparenté) avant la naissance de l'enfant et l'avait poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption »³¹. Certes, dit la Cour, l'exigence du consentement poursuit un but légitime lorsque l'adoption a pour conséquence que l'enfant cesse d'appartenir à sa famille d'origine. Cependant, dans l'affaire dont elle est saisie, une telle rupture ne peut se produire puisque le projet d'adoption est conçu à l'intérieur d'une même famille. Par conséquent, il n'est pas raisonnablement justifié de restreindre aussi fortement le caractère abusif du consentement de la mère, au point d'en faire une fin de non-recevoir quasi absolue.

Dans deux autres arrêts³², la Cour constitutionnelle a répondu à des questions préjudicielles dont les contours sont proches et elle a confirmé la jurisprudence du premier arrêt. Par cette jurisprudence, non seulement la Cour entend garantir qu'un projet parental et une relation de parenté puissent se prolonger « au-delà des aléas de la conjugalité des auteurs dudit projet », mais en outre elle veut « mettre l'accent sur le projet parental en tant qu'engagement d'affectivité et d'effectivité vis-à-vis de l'enfant, sans confusion entre parenté au sens juridique et origine sexuée de la conception »³³.

Sur le plan plus strictement procédural, les trois arrêts présentent un autre trait commun : ce sont des arrêts dits « lacune »³⁴. Une lacune législative est inconstitutionnelle lorsqu'en réglant un domaine de sa compétence, le législateur crée ou révèle une lacune susceptible de heurter un ou plusieurs droits fondamentaux et, tout spécialement, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

29 CC, arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012.

30 V. *infra* (IV, A, 2).

31 CC, arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, B.14.

32 CC, arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012 et arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015. Sur les arrêts de 2012, v. S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2013, p. 177-203.

33 N. GALLUS, « Cour constitutionnelle et adoption », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, p. 114.

34 V. M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? – Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 342-343.

Le cas le plus classique est celui d'une norme législative qui accorde un avantage à une catégorie de personnes, sans l'étendre à une autre catégorie de personnes, dont la situation est pourtant similaire. Une lacune législative est dite « intrinsèque » lorsqu'elle est « contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »³⁵. Lorsque la lacune est ainsi localisable dans la norme législative contrôlée et si cette inconstitutionnalité peut être constatée « en des termes suffisamment clairs et complets » – selon l'expression de la Cour constitutionnelle –, il appartient en principe à la juridiction de renvoi elle-même d'y mettre un terme. En clair, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative lacunaire et, de la sorte, habilite la juridiction de renvoi à combler la lacune, afin que la disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. On parle alors de « lacune auto réparatrice ».

Un arrêt récent envisage également l'établissement de la filiation, paternelle cette fois, d'un enfant né à la suite de la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée dite « exogène », c'est-à-dire avec don de gamètes provenant d'un donneur extérieur au couple parental. Le père d'intention, qui n'était pas marié avec la mère, étant décédé au cours de la grossesse sans avoir reconnu l'enfant à naître, celui-ci ne peut voir de filiation paternelle établie à la naissance. La mère entame alors une procédure en recherche de paternité dirigée contre son compagnon décédé et met les héritiers de celui-ci à la cause, comme elle y est obligée par l'article 332^{quater} du Code civil. Ces derniers s'opposent à l'établissement de la filiation au motif que l'enfant n'est pas « du sang » de leur auteur. Le tribunal saisi constate qu'il est prouvé que la mère de l'enfant et son compagnon formaient un couple jusqu'au décès de ce dernier et qu'il est établi que l'enfant est né des démarches accomplies par ce couple en vue de fonder une famille. L'article 332^{quinquies}, § 3, du Code civil, fait toutefois obstacle à l'établissement judiciaire de la filiation de l'enfant à l'égard du compagnon de sa mère, parce qu'il stipule que « le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant ».

La Cour constitutionnelle constate qu'il est manifeste que lorsqu'il a adopté cette disposition, le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse de la naissance suite à la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée exogène. Elle relève aussi que, par ailleurs, d'autres dispositions en matière de filiation envisagent cette hypothèse³⁶ et en déduit que « le législateur a eu l'intention de faire prévaloir la filiation d'intention sur la filiation biologique, lorsque la conception de l'enfant est le fruit de la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée » et qu'il « entend permettre l'établissement et le maintien du lien de filiation vis-à-vis des auteurs du projet parental, nonobstant l'absence de lien biologique ». Elle en conclut que la disposition en cause, qui empêche l'établissement de la filiation post-

35 M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2008, p. 670.

36 Ainsi, en vertu de l'article 318, § 4, du Code civil (introduit en 2006), la demande en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère n'est pas recevable s'il a consenti à l'insémination artificielle, sauf si la conception ne peut en être la conséquence. Par ailleurs, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes interdit toute action judiciaire relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux entre le donneur et le couple receveur ou l'enfant.

mortem entre l'enfant et son père d'intention, viole notamment le droit de l'enfant au respect de sa vie privée (art. 22 de la Constitution) et son droit à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération de façon primordiale (art. 22*bis* de la Constitution)³⁷.

B.- L'interruption volontaire de grossesse

Le 3 avril 1990, une loi relative à l'interruption de grossesse (IVG) a été adoptée qui, en modifiant certaines dispositions du Code pénal, dépénalise partiellement l'acte d'avortement³⁸. Aux termes de cette loi, l'IVG reste un délit, sauf si certaines conditions sont réunies, dont le respect d'un délai maximal de douze semaines à dater de la conception et la reconnaissance d'un état de détresse chez la femme enceinte. La Cour constitutionnelle a été saisie de plusieurs recours en annulation dirigés contre cette loi par des personnes physiques et des associations. Elle les a rejetés dans un arrêt rendu le 19 décembre 1991³⁹.

Plusieurs moyens étaient fondés sur la conviction que la continuité de la vie humaine implique sa protection ininterrompue et identique dès la conception. Selon les requérants, le droit constitutionnel à l'égalité et à la non-discrimination interdit de traiter différemment l'enfant né et l'enfant à naître. Il interdit également de traiter différemment plusieurs catégories d'enfants à naître. La Cour répond que ni le droit constitutionnel à l'égalité, ni les dispositions internationales conventionnelles invoquées par les parties requérantes, n'impliquent, par eux-mêmes, que l'être humain bénéficierait, dès sa conception, de la garantie des droits fondamentaux. Et la Cour d'ajouter que « si l'obligation de respecter la vie impose au législateur de prendre des mesures pour protéger aussi la vie à naître, il ne peut cependant en être déduit que le législateur soit obligé [...] de traiter de manière identique l'enfant né et l'enfant à naître »⁴⁰.

En conséquence, la Cour constitutionnelle limite son examen à un certain nombre de discriminations précises dénoncées par les parties requérantes, non sans avoir préalablement souligné qu'« en énonçant les circonstances dans lesquelles une interruption de grossesse ne constituera pas une infraction pénale, le législateur n'impose à personne des obligations dont d'autres personnes seraient dispensées. Les dispositions de la loi du 3 avril 1990 ne créent donc par elles-mêmes aucune discrimination entre les femmes qui, en raison de leur état de détresse et en respectant les conditions prévues par la loi, estiment librement devoir mettre fin à leur grossesse et celles qui, tout aussi librement, décident de la mener à son terme »⁴¹.

Une des discriminations alléguées par les parties requérantes vise le père par rapport à la mère, en ce qu'il ne serait pas associé à la prise de décision relative à l'IVG. Par la force des choses, le grief concerne uniquement l'hypothèse où l'IVG n'est pas interdite par la loi. Selon la Cour, exiger l'assentiment du père « reviendrait à lui conférer un droit de veto par l'exercice duquel il pourrait imposer à sa femme la continuation d'une grossesse. Le refus du législateur d'accorder à l'homme un tel pouvoir pénalement sanctionné sur la femme se justifie par la différence objective

37 CC, arrêt n°19/2019 du 7 février 2019, B.6.1., B.6.2., B.7.3. et B.9.1.

38 Dans l'arrêt n° 20/89 du 13 juillet 1989, la Cour constitutionnelle rappelle que la pénalisation de l'IVG est une compétence exclusive du législateur fédéral.

39 CC, arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991.

40 *Ibid.*, 6.B.4.

41 *Ibid.*, 6.B.9.

existant entre eux du fait de l'implication de la personne même de celle-ci dans la grossesse et dans l'accouchement »⁴². Pour le même motif, la Cour refuse de reconnaître au père le droit de saisir une juridiction lorsque la femme enceinte manifeste l'intention d'interrompre sa grossesse.

Le 4 juillet 2018, quatre députés représentant les quatre partis majoritaires ont déposé sur le bureau de la Chambre des représentants une proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse⁴³. Si l'on en croit les développements de la proposition, celle-ci « vise à abroger les articles actuels du Code pénal qui concernent l'avortement volontaire et à les transférer dans une loi spécifique », afin que l'IVG ne relève des « crimes contre l'ordre des familles et la morale publique », mais de la protection de la personne. La proposition, adoptée et sanctionnée le 15 octobre 2018 et publiée au *Moniteur belge* du 29 octobre 2018, a soulevé de vives critiques dans le chef de l'opposition, mais aussi d'une partie de l'opinion publique qui considèrent qu'en maintenant des sanctions pénales, la proposition ne réalise pas une dépénalisation complète de l'IVG⁴⁴.

C.- Les violences entre partenaires

En vertu de l'article 458 du Code pénal, les personnes divulguant des secrets qui leur ont été confiés et dont, par état ou par profession, elles sont dépositaires sont passibles de sanctions, sauf les exceptions prévues par cette disposition, tel le témoignage en justice. En adoptant puis en modifiant l'article 458*bis* du Code pénal, le législateur a prévu des cas dans lesquels l'interdiction de divulguer un secret professionnel pouvait céder, notamment lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale d'un mineur ou d'une personne vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale.

Une loi du 23 février 2012 a modifié l'article 458*bis* du Code pénal pour l'étendre aux « délits de violence domestique » : l'interdiction peut désormais céder en cas de danger grave et imminent pour l'intégrité d'une personne vulnérable en raison « de la violence entre partenaires ». Un recours en annulation a été adressé à la Cour constitutionnelle contre cette loi, qu'elle a annulé partiellement, rejetant le recours pour le surplus⁴⁵.

La Cour a rejeté le premier moyen qui alléguait une violation du principe de légalité pénale, consacré par les articles 12, alinéa 2, et 14 du Code pénal, en ce que les termes « une personne qui est vulnérable en raison de la violence entre partenaires » seraient insuffisamment précis, clairs et propres à offrir la sécurité juridique. Aux yeux de la Cour, la circonstance que le législateur ne définit pas la « violence entre partenaires » ne permet pas de déduire « qu'il y aurait lieu d'accorder aux termes utilisés dans cette expression une autre signification que celle qui leur est conférée par l'usage courant »⁴⁶. Selon cette signification, la violence entre partenaires désigne « toute forme de violence d'ordre physique, sexuel, psychique ou économique entre conjoints ou entre personnes qui cohabitent ou ont

42 *Ibid.*, 6.B.11.

43 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3216/1.

44 V. à titre d'exemple, l'opinion publiée par un collectif de 350 signataires dans le quotidien *Le Soir* du 9 juillet 2018, sous le titre : « Appel à un débat parlementaire pour réellement légaliser l'IVG ».

45 CC, arrêt n° 163/2013 du 5 décembre 2013.

46 *Ibid.*, B.10.4.

cohabité et qui sont ou ont été unies par un lien affectif et sexuel durable »⁴⁷. Quant à la « vulnérabilité », elle s'entend comme découlant directement de la violence entre partenaires⁴⁸. Pour le surplus, « le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge »⁴⁹, étant précisé que « compte tenu de la diversité des situations susceptibles de se présenter en pratique, le juge doit apprécier les conditions d'application de l'article 458*bis* du Code pénal, non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition attaquée, mais en considération des éléments objectifs et en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire et de l'interprétation restrictive qui prévaut en droit pénal »⁵⁰.

Entre autres arguments, le second moyen dénonçait une restriction disproportionnée du secret professionnel de l'avocat. La Cour s'est montrée sensible à cet argument, annulant la modification apportée en 2012 à l'article 458*bis* du Code pénal en ce que la disposition nouvelle « s'applique à l'avocat dépositaire de confidences de son client, auteur de l'infraction qui a été commise au sens de cet article, lorsque les informations sont susceptibles d'incriminer ce client »⁵¹.

IV.- L'ÉGALITÉ DANS LA SPHÈRE FAMILIALE

On peut distinguer, en matière familiale, les questions posées par les différences de traitement entre personnes, hommes ou femmes, selon leurs préférences sexuelles des questions posées par l'égalité de l'homme et de la femme au sein du couple et dans leur relation à l'enfant. La première série de questions conduit à examiner la reconnaissance progressive de droits aux couples formés de personnes de même sexe en ce qui concerne l'officialisation et la sécurisation de leur union, d'une part, et en ce qui concerne l'établissement de liens de filiation avec leurs enfants, d'autre part (A). La seconde série de questions conduit quant à elle à examiner l'égalisation progressive des droits et des devoirs de l'homme et de la femme, d'une part, l'un par rapport à l'autre au sein du couple et, d'autre part, vis-à-vis de leurs enfants (B).

A.- L'égalité des couples et des familles hétéro- et homosexuels

En matière familiale, l'égalité des personnes quelles que soient leurs préférences sexuelles est relativement récente et a été acquise de manière progressive. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle concerne le couple homosexuel (1) et l'homoparentalité (2).

1.- Le couple homosexuel

En 1998, le législateur crée le statut de « cohabitation légale », dans le but principal de satisfaire les aspirations des couples homosexuels par l'octroi d'un statut

47 *Id.*

48 *Ibid.*, B.10.5.

49 *Ibid.*, B.9.3.

50 *Ibid.*, B.10.6.

51 V. G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « L'avocat, le confident, la victime, l'article 458*bis* du Code pénal et la Cour constitutionnelle », *JLMB*, 2013, p. 2034-2051.

leur conférant certains droits des époux⁵². La cohabitation légale est néanmoins ouverte également aux couples hétérosexuels, ainsi d'ailleurs qu'aux personnes ne vivant pas maritalement. Après des débuts en demi-teinte, ce statut rencontrera les aspirations d'un certain public, à la recherche d'une protection patrimoniale du couple souple et peu contraignante.

Par une loi du 13 février 2003, le législateur, malgré un avis particulièrement sévère de la section de législation du Conseil d'État⁵³, ouvre le mariage aux personnes de même sexe⁵⁴. Saisie d'un recours en annulation de cette loi introduit par des personnes s'estimant discriminées dans leur foi et leurs convictions, la Cour constitutionnelle prend acte de l'évolution contemporaine des conceptions relatives au mariage. Celui-ci, autrefois conçu comme une institution vouée essentiellement à encadrer la procréation, est en effet de plus en plus perçu comme une institution ayant pour but principal la création, entre deux personnes, d'une communauté de vie durable, sans que la procréation ne soit nécessairement au cœur de ce projet. La Cour constate qu'au regard « d'une telle conception du mariage (la création d'une communauté de vie durable), la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier »⁵⁵. Dans cet arrêt, la Cour juge notamment que la Constitution ne contient pas de disposition qui postulerait « la dualité sexuelle fondamentale du genre humain » en tant que principe de l'ordre constitutionnel belge⁵⁶.

2.- L'homoparentalité

La Cour constitutionnelle a joué, au cours de l'évolution législative qui a conduit à la possibilité d'établir un double lien de filiation avec deux personnes de même sexe, un rôle discret et occasionnel, néanmoins effectif, et cela non pas en application du principe d'égalité entre adultes dans leur désir de parentalité mais bien sur la base de l'intérêt de l'enfant⁵⁷. La Cour a en effet toujours conçu l'intérêt

52 A.-C. VAN GYSEL, « Conjugalités belges entre incohérences et discriminations », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Limal, Anthemis, 2012, p. 128 ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, *La cohabitation légale*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 35.

53 Avis n° 32.008/2 du 12 novembre 2001, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/1, p. 18-23.

54 V. J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2003, p. 439-469.

55 CC, arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004, B.4.7.

56 *Ibid.*, B.5.6. V. *supra* (I).

57 Le contentieux constitutionnel relatif à la filiation mêle d'ailleurs étroitement le principe d'égalité (entre parents et/ou entre enfants) et le principe d'intérêt de l'enfant. Comme le relève Paul Martens, « c'est par un contrôle au regard de l'égalité des sexes que la Cour, en matière de reconnaissance d'enfants, inaugure son entreprise de déconstruction du droit des personnes, délégitimant les différences de traitement entre le père et la mère qui se trouvaient dans l'article 319 du Code civil. Cependant, "au fil des arrêts, le centre de gravité du contrôle de la Cour se déplaça vers l'intérêt supérieur de l'enfant" » (P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 658). V. aussi, sur l'importance du concept d'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : A. RASSON-ROLAND, « Une approche comparative des droits de l'enfant. Quelques variations sur Les jeux d'enfants », in P. MARTENS et M. BOSSUYT, M., e.a., (éds.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 1017-1031 sq ; A. RASSON-ROLAND, « Les droits de l'enfant dessinés par la Cour constitutionnelle », in A. ALÉN, V. JOOSTEN et R. LEYSEN, R., e.a., (éds.), *Liberæ Cogitationes – Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia,

de l'enfant comme comportant, sauf circonstance exceptionnelle du parent indigne ou dont le comportement est nocif pour l'enfant, la possibilité pour celui-ci de pouvoir faire appel à deux adultes responsables, voire de jouir d'un double lien de filiation⁵⁸. Bien avant qu'il soit question de l'établissement d'un lien de filiation avec deux personnes de même sexe, la Cour a, dès 2002, jugé qu'il était contraire au principe d'égalité entre enfants d'en exclure certains d'entre eux de la garantie de pouvoir obtenir du centre public d'action sociale une avance sur pension alimentaire impayée par la personne qui avait été condamnée à la verser, lorsque cette personne n'était pas le père ou la mère de l'enfant, mais bien l'ex-concubine de même sexe que leur mère qui avait participé au projet parental à l'origine de la venue au monde des enfants concernés. Ce faisant, la Cour n'exigeait pas la possibilité d'établir un double lien de filiation avec deux parents de même sexe, mais elle reconnaissait implicitement que l'intérêt d'un enfant né d'un projet de parentalité homosexuelle est de pouvoir compter sur les deux adultes responsables de ce projet pour assurer son bien-être matériel⁵⁹.

Lorsqu'en 2003, le législateur ouvre le mariage aux couples formés de personnes de même sexe, il exclut explicitement qu'un tel mariage puisse avoir des effets en matière de filiation et lorsque, la même année, il réforme la législation relative à l'adoption⁶⁰, il choisit de la réserver aux personnes célibataires et aux époux ou cohabitants de sexe différent. Dans son avis relatif à ce texte en projet, le Conseil d'État avait toutefois attiré l'attention du législateur sur la circonstance que la Cour constitutionnelle « a souvent été saisie de questions préjudicielles en rapport avec l'adoption soulevant des problèmes d'égalité et de non-discrimination par rapport aux différentes catégories d'adoptants »⁶¹.

Trois ans plus tard, constatant que cette disposition « engendre une discrimination inacceptable »⁶², le législateur ouvre l'adoption aux couples formés de personnes de même sexe⁶³. Il est désormais possible d'établir un double lien de filiation juridique avec deux personnes, hommes ou femmes, de même sexe, par le biais d'une procédure en adoption. Des litiges vont toutefois apparaître à l'occasion de l'application de la législation relative à l'adoption à la situation de familles composées de deux coparentes. Lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple composé de deux femmes, cet enfant voit une de ses filiations établie automatiquement par l'inscription du nom de la femme qui a accouché dans l'acte de naissance alors que son autre filiation ne peut être établie qu'au terme d'une procédure en adoption par son autre auteur. Or, l'adoption suppose le consentement du parent dont la filiation est établie, consentement auquel il ne peut être passé outre que dans l'hypothèse où ce parent s'est désintéressé de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité. Confrontée au refus de consentement à l'adoption de son enfant par son ex-épouse, avec qui elle avait pourtant conçu et mis en œuvre le projet parental, une coparente saisit le tribunal, qui constata qu'il ne pouvait passer outre à ce refus mais

2013, p. 515-529 *sq* ; A.-C. RASSON, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2016, p. 481-521.

58 C'est le cas même lorsque l'établissement du double lien de filiation fait apparaître entre les parents un empêchement à mariage fondé sur l'interdit de l'inceste : CC, arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 ; arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012.

59 CC, arrêt n° 48/2002 du 13 mars 2002.

60 Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

61 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2000-2001, n° 50-1366/1 et n° 50-1367/1, p. 157-158.

62 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 51-664/1, p. 3.

63 Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe.

qui interrogea la Cour constitutionnelle, d'une part, sur la pertinence de l'exigence du consentement dans une telle hypothèse et, d'autre part, sur le caractère éventuellement discriminatoire de l'exclusion des couples homosexuels mariés de la présomption de « paternité » comme mode d'établissement de la filiation. Dans son arrêt, cité ci-avant⁶⁴, la Cour estime que « l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité avant la naissance de l'enfant et l'avait poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption »⁶⁵. Quant à la seconde question, portant sur l'exclusion de la présomption, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'y apporter une réponse, compte tenu de la réponse qu'elle donne à la première question, tout en relevant que « c'est en raison du fait que la disposition en cause exclut l'application de la présomption de paternité aux personnes mariées de même sexe, que l'épouse de la mère de l'enfant a dû engager une procédure d'adoption pour établir le lien de filiation avec l'enfant né pendant le mariage dans le cadre d'une convention de coparentalité »⁶⁶.

Ultérieurement, par la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente⁶⁷, le législateur a effacé les différences de traitement entre enfants nés d'une union hétérosexuelle et les enfants nés d'une union de deux femmes. Alors que la proposition de loi à l'origine de ce texte était neutre sur le plan du genre et s'adressait à tous les couples de même sexe⁶⁸, les sénateurs se sont rendu compte qu'elle ne pourrait en pratique concerner que les couples formés de deux femmes, une naissance au sein d'un couple formé de deux hommes étant biologiquement impossible. Devant les difficultés posées par la réglementation de la maternité de substitution, le législateur a préféré limiter l'objet de la loi à l'établissement de la filiation des enfants nés au sein de couples formés de deux femmes. Pour les couples formés de deux hommes, l'accès à la parentalité passe toujours par une procédure d'adoption, solution qui sauvegarde les droits de la mère de l'enfant.

Les couples homosexuels accèdent donc, depuis 2003, aux mêmes statuts que les couples hétérosexuels ; ils ont, les uns comme les autres, le choix entre trois formes de vie commune : le mariage, la cohabitation légale, la cohabitation de fait. Chacun de ces statuts produit des effets identiques sur les plans civil, social et fiscal, quel que soit le genre des époux ou cohabitants. Depuis 2006, l'adoption est ouverte à tous les couples et depuis le 1^{er} janvier 2015, date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014, l'établissement de la filiation d'un enfant né au sein d'un couple de femmes, mariées ou non, obéit pratiquement aux mêmes règles que l'établissement de la filiation d'un enfant né au sein d'un couple hétérosexuel.

Paradoxalement, l'insertion dans le Code civil des dispositions relatives à la coparenté a fait apparaître une discrimination au détriment des enfants nés grâce à la mise en œuvre d'une PMA exogène au sein d'un couple hétérosexuel, par rapport aux enfants nés grâce à la mise en œuvre de la même technique au sein d'un couple formé de deux femmes. En effet, lorsqu'il a créé l'action en recherche de comaternité (art. 325/8 du Code civil), le législateur a, logiquement, prévu que l'absence de lien biologique entre l'enfant et la coparente ne pouvait faire obstacle à l'établissement de

64 V. *supra* (III, A).

65 CC, arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012. V. égal. l'arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015.

66 *Id.*

67 Sur cette loi, v. not. M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2015, p. 455-495.

68 *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2445/1.

la filiation. En revanche, la disposition qui concerne l'action en recherche de paternité « classique » (art. 332^{quinquies}, § 3, du Code civil) exclut l'établissement de la filiation lorsqu'il est prouvé que l'homme dont la filiation est recherchée n'est pas le père biologique de l'enfant. Saisie d'une question préjudicielle établissant, notamment, une comparaison entre les enfants nés grâce à la mise en œuvre de la même technique de PMA exogène au sein d'un couple hétérosexuel et au sein d'un couple homosexuel, la Cour constitutionnelle, affirmant que son contrôle est plus strict lorsqu'est en cause « une différence de traitement fondée sur le sexe et sur l'orientation sexuelle des parents » de l'enfant, a constaté la violation du principe d'égalité⁶⁹.

B.- L'égalité des partenaires au sein du couple et de la famille

On distingue l'égalité des conjoints (1) et l'égalité des parents (2).

1.- L'égalité des conjoints

Si l'égalité des conjoints, quel que soit leur sexe, ne fait pas l'objet d'une garantie constitutionnelle spécifique, elle est toutefois assurée de manière indiscutable par le biais des articles constitutionnels garantissant, de manière générale, l'égalité des citoyens et l'égalité des hommes et des femmes. On peut affirmer aujourd'hui qu'en droit, une inégalité de traitement directe, donc établie en ces termes par un texte normatif, entre époux quant à leurs droits et obligations patrimoniaux n'a pratiquement aucune chance de sortir indemne d'un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la Cour constitutionnelle n'a-t-elle pas eu besoin de longs développements pour constater qu'en 2014, une différence de droit civil entre époux sur la base de leur sexe n'est plus justifiée et viole donc manifestement le principe d'égalité des sexes⁷⁰. En l'espèce, le contrat de vente entre époux n'était autorisé par l'article 1595 du Code civil, dans un des cas énumérés par cette disposition, que dans l'hypothèse de l'époux vendeur et de l'épouse acheteuse et non dans l'hypothèse inverse.

2.- L'égalité des parents

Le contentieux constitutionnel relatif à l'égalité de l'homme et de la femme quant aux modes et aux conditions d'établissement de la filiation à l'égard d'un enfant est lui aussi fondé sur le principe général d'égalité et de non-discrimination. L'un des tout premiers arrêts rendus par la Cour constitutionnelle au contentieux des droits et libertés concerne précisément une discrimination entre le père et la mère biologiques d'un enfant né hors mariage⁷¹. La Cour a, un an à peine après avoir acquis la compétence de censurer les discriminations commises par le pouvoir législatif et trois ans après l'adoption d'une réforme d'envergure du droit de la filiation en Belgique, mis le doigt sur « l'unique erreur commise par le législateur » lors de cette réforme : « celle de n'avoir pas réalisé une égalité formelle en droit entre

69 CC, arrêt n° 19/2019 du 7 février 2019, précité, B.5.2.

70 CC, arrêt n° 44/2014 du 13 mars 2014, il s'agit d'un arrêt rendu sur procédure préliminaire, pour violation manifeste de la Constitution (application de l'article 72 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle).

71 CC, arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990.

la mère et le père »⁷². Sur question préjudicielle posée d'initiative par une juridiction de première instance, alors que le Conseil des ministres n'avait même pas pris la peine de venir défendre la disposition en cause, la Cour juge que la disposition qui subordonne la reconnaissance d'un enfant né hors mariage par un homme dont la paternité biologique n'est pas contestée ou est établie au consentement de la mère de l'enfant et qui établit dès lors, pour l'établissement de la filiation paternelle et pour l'établissement de la filiation maternelle hors mariage⁷³, des conditions différentes, est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

La Cour constitutionnelle est toutefois consciente des différences biologiques entre hommes et femmes, différences qui peuvent justifier certaines distinctions quant à l'établissement de la filiation. Les choses se présentent en effet différemment lorsque la mère qui refuse son consentement à la reconnaissance de son enfant par un homme qui s'en prétend le père biologique conteste précisément la réalité de cette paternité de sang. La Cour affine alors son approche, distinguant le cas dans lequel la paternité biologique est contestée des cas dans lesquels elle ne l'est pas. Dans le premier cas, l'inégalité entre la mère, qui dispose de la possibilité de s'opposer à la reconnaissance et le père qui n'en dispose pas n'est pas injustifiée parce que l'homme et la femme se trouvent objectivement dans des situations différentes à deux égards : d'une part, « la femme qui a mis un enfant au monde est presque toujours connue avec certitude alors que tel n'est pas le cas pour l'homme qui l'a engendré » et, d'autre part, « sauf circonstance extraordinaire, elle est mieux renseignée qu'un homme sur la filiation biologique de l'enfant ». La Cour estime que ces différences objectives entre homme et femme « ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer qui est à même d'apprécier l'intérêt d'un être humain, mais elles le sont lorsqu'il s'agit de vérifier la réalité d'un lien biologique »⁷⁴. Si la nature octroie à la mère de l'enfant un privilège pour ce qui concerne la désignation du père, elle ne lui accorde en revanche aucune priorité, une fois celui-ci connu, pour décider de l'intérêt de l'enfant à voir établie, ou non, sa filiation paternelle. La Cour considère en effet que l'enfant a droit à la protection de ses deux parents, qui tous deux contribuent à déterminer ses caractéristiques génétiques et qui « ont en principe une aptitude égale »⁷⁵ à apprécier son intérêt.

Les différences biologiques entre homme et femme en matière de procréation et la réception en droit belge de la présomption de paternité du mari de la mère concourent à l'apparition de différences de traitement entre père et mère des enfants nés dans le mariage sur le plan des dispositions relatives à la contestation de la filiation paternelle. Ces différences, dont la Cour constitutionnelle a eu à connaître à la faveur d'un abondant contentieux, sont abordées non pas sur le fondement de l'égalité entre hommes et femmes, mais bien sur ceux du droit des différentes personnes concernées à la vie privée et familiale, parfois opposé à l'objectif de sauvegarder la paix des familles, ainsi que de l'intérêt primordial de l'enfant⁷⁶.

72 N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *op. cit.*, p. 33.

73 La filiation maternelle est en principe établie par l'indication, obligatoire en Belgique, du nom de la femme qui a accouché dans l'acte de naissance. Dans les cas, exceptionnels, dans lesquels cette indication ne figure pas, la filiation maternelle peut être établie par reconnaissance. La reconnaissance par la mère n'est soumise à aucune condition ni à aucun consentement.

74 CC, arrêt n°63/92 du 8 octobre 1992.

75 CC, arrêt n°62/94 du 14 juillet 1994.

76 Sur la jurisprudence constitutionnelle en cette matière, v. not. A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de la famille », *Annales de droit de Louvain*, 2016, p. 323-344.

L'égalité des parents en ce qui concerne leurs droits et devoirs à l'égard de la personne et des biens de leurs enfants est quant à elle appréhendée à travers les dispositions constitutionnelles génériques en matière d'égalité. Les parents exercent l'autorité parentale sur un pied d'égalité, même lorsqu'ils ne résident pas avec l'enfant et sauf l'hypothèse exceptionnelle de la déchéance. Depuis 1985, la mère comme le père transmet la nationalité belge à ses enfants.

L'un des derniers, si pas le dernier, signe du déséquilibre séculaire entre la place du père et celle de la mère dans la famille survivait, jusqu'à il y a peu, dans les règles du Code civil relatives à la transmission du nom de famille. L'article 335, § 1^{er}, ancien, du Code civil disposait, qu'en cas d'établissement simultané des filiations paternelle et maternelle, l'enfant portait le nom du père.

L'enfant dont la filiation maternelle était établie avant la filiation paternelle pouvait prendre le nom de son père à l'initiative de ses auteurs aussi longtemps qu'il était soumis à l'autorité parentale. Dans cette hypothèse, les père et mère devaient faire la démarche ensemble, sauf en cas de décès de l'un d'eux. À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a validé ce système, qui octroyait en réalité une sorte de droit de veto à la mère en cas de désaccord entre les parents, en considérant : « Il n'est pas déraisonnable de prévoir que, lorsque l'enfant porte le nom de sa mère parce que la filiation maternelle a d'abord été établie, la substitution à ce nom de celui du père n'est possible qu'à la condition que tant le père que la mère, ou d'un d'eux si l'autre est décédé, fassent une déclaration à cet effet auprès de l'officier de l'état civil. Le législateur a pu partir du principe que les parents sont les mieux placés pour apprécier l'intérêt de l'enfant, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de celui-ci. Il n'est pas déraisonnable non plus, compte tenu de l'utilité sociale de la fixité du nom, que le législateur ait prévu qu'en cas de désaccord (entre le père et la mère), le nom attribué à l'enfant sera maintenu, plutôt que d'accorder un pouvoir d'appréciation au juge »⁷⁷.

À l'aube du XXI^e siècle, invitée explicitement à se prononcer sur la compatibilité avec le principe d'égalité des parents de la prééminence donnée au nom paternel en cas d'établissement simultané des filiations paternelle et maternelle (ce qui est toujours le cas pour les naissances de couples mariés et ce qui est également très fréquemment le cas lors de naissances au sein de couples non mariés si la reconnaissance de filiation par le père a été faite au cours de la grossesse ou lors de la déclaration de la naissance à l'officier de l'état civil), la Cour constitutionnelle a refusé de sanctionner la législation. Partant de la prémisse selon laquelle « l'attribution d'un nom de famille repose principalement sur des considérations d'utilité sociale » et reconnaissant que le régime légal était conforme à la volonté de « déterminer le nom de famille de manière simple et uniforme » et de « conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité », la Cour concède que « la préférence accordée au nom de famille paternel s'explique par les conceptions patriarcales de la famille et du ménage qui ont longtemps été dominantes dans la société » et admet que « dans les conceptions de la société contemporaine, d'autres régimes pourraient répondre aux objectifs de l'attribution du nom ». Elle estime toutefois que cette constatation ne suffit pas pour considérer que le régime de l'attribution du nom du père serait discriminatoire, dès lors qu'elle juge que « le droit qu'a une personne de donner son nom de famille à son enfant ne peut être considéré comme un droit fondamental », de sorte que le législateur dispose en la matière d'un pouvoir

77 CC, arrêt n° 64/96 du 7 novembre 1996, B.3.3 ; arrêt n° 68/97 du 6 novembre 1997, B.4.3. V. aussi CC, arrêt n° 79/95 du 28 novembre 1995 ; arrêt n° 82/2004 du 12 mai 2004.

d'appréciation étendu. Elle en conclut que la législation examinée, qui a pour effet de priver la mère de toute possibilité de donner son nom de famille à l'enfant né dans le mariage ou hors mariage mais reconnu avant sa naissance ou au moment de sa déclaration n'est pas discriminatoire⁷⁸.

Dix ans plus tard, la Cour a à connaître de la différence de traitement qu'induit cet héritage des « conceptions patriarcales » non plus entre le père et la mère, mais bien entre les couples parentaux formés de partenaires de sexe différent et les couples parentaux formés de partenaires de même sexe. La règle de la transmission préférentielle du nom du père n'étant en effet pas transposable à cette hypothèse, le législateur a dû, lorsqu'il a ouvert la possibilité d'adoption par les couples homosexuels, décider d'une autre manière de déterminer le nom de l'enfant adopté. Il a à ce moment privilégié la règle du libre choix des parents. La Cour juge : « Eu égard au large pouvoir d'appréciation dont le législateur dispose dans cette matière, il ne peut lui être reproché d'avoir prévu un libre choix pour les seuls couples de même sexe et non pour les couples de sexe différent, en ce qui concerne le nom de l'adopté »⁷⁹.

L'abandon du système patriarcal, non exigé par la Cour constitutionnelle, viendra finalement d'une initiative du législateur lui-même. Par la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, le législateur rompt avec le système patriarcal antérieur en prévoyant une large possibilité de détermination, par les parents, du nom de famille qu'ils souhaitent voir porter par leurs enfants : le nom du père, le nom de la mère, ou les deux noms accolés, dans l'ordre qu'ils décident. Néanmoins, une disposition semble incohérente avec cette volonté d'octroyer la plus grande faculté de détermination possible aux parents. La loi prévoit en effet qu'en cas de désaccord ou en cas d'absence de choix, l'enfant portera uniquement le seul nom de son père. À la demande, notamment de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, la Cour va être amenée à se pencher sur cette disposition. Se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰, la Cour constitutionnelle fait évoluer sa propre jurisprudence en affirmant : « Même si le droit de donner son nom de famille ne peut être considéré comme un droit fondamental, les parents ont un intérêt clair et personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur enfant ». La Cour reconnaît ensuite que puisque le législateur privilégie l'autonomie des parents pour le choix du nom de famille, ce qui est cohérent avec l'objectif d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme, il doit forcément déterminer la manière d'attribuer le nom en cas de désaccord ou d'absence de choix et il peut, à cet égard, fixer lui-même le nom que portera l'enfant plutôt que d'accorder un pouvoir d'appréciation au juge, de sorte que chaque enfant ait droit à un nom dès sa naissance. Toutefois, en fixant lui-même le nom que portera l'enfant en cas de

78 CC, arrêt n° 161/2002 du 6 novembre 2002.

79 CC, arrêt n° 26/2012 du 1^{er} mars 2012, B.9.

80 Notamment, l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* du 7 janvier 2014, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a « rappelé l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille » et a en outre « estimé que la tradition de manifester l'unité de la famille à travers l'attribution à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes ». Dans cet arrêt, la Cour a également jugé : « Si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux "enfants légitimes" peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention, l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveaux-nés dans les registres de l'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes » (§§ 66 et 67).

désaccord ou d'absence de choix, le législateur ne peut traiter les mères différemment des pères dans leur droit de transmettre leur nom à l'enfant. La Cour est d'autant plus sévère avec cette différence de traitement qu'elle repose sur le sexe des personnes concernées et que « seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ». Elle juge à cet égard, de manière remarquable, que la tradition (patriarcale) n'est pas une considération très forte permettant de justifier le droit de veto ainsi accordé au père⁸¹.

V.- L'ÉGALITÉ SOCIALE ET PROFESSIONNELLE

Les discriminations directes et explicites en matière socioprofessionnelle sur la base du sexe sont rares. La quasi-totalité des dispositions législatives en matière de droit du travail et de droits sociaux sont rédigées de manière neutre et s'adressent aussi bien aux hommes qu'aux femmes. Il en va de même des divers dispositifs ayant pour but de permettre aux travailleurs de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale. À l'exception de la réglementation relative à la maternité, ces dispositifs sont toujours neutres en termes de genre. Les hommes comme les femmes peuvent y avoir accès⁸².

Plus délicates sont les questions, d'une part, de l'admissibilité des inégalités correctrices (A) et, d'autre part, des discriminations indirectes (B).

A.- Les inégalités correctrices

Par le passé, certaines mesures plus favorables aux femmes ont pu être présentées, en vue de leur faire surmonter le test de constitutionnalité, comme des inégalités destinées à compenser des inégalités entre les hommes et les femmes, en matière professionnelle ou sociale, « héritées du passé ». Pour être admises, les

81 CC, arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016. V. aussi l'arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016.

82 Dans un domaine proche, celui des assurances, on retiendra tout de même l'arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011. Un recours avait été formé par une association de consommateurs (« Test-Achats ») contre une loi du 21 décembre 2007 qui, transposant une directive européenne 2004/113/CE du 13 décembre 2004, faisait usage, pour les contrats d'assurance sur la vie, de la possibilité faite par l'article 5, § 2, de cette directive de décider « d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques ». La Cour constitutionnelle a rendu un premier arrêt le 19 juin 2009 (arrêt n° 103/2009). Selon elle, « dès lors que la loi attaquée fait usage de la faculté offerte par l'article 5, § 2, de la directive du 13 décembre 2004 et que les critiques formulées par les parties requérantes, en leur premier moyen, à l'encontre de la loi valent dans la même mesure pour cet article 5, § 2, il est nécessaire, pour statuer sur le recours, de trancher préalablement la question de la validité de cette disposition de la directive précitée ». Or, il ne relève pas de la compétence de la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la directive est compatible ou non avec l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, contenue entre autres dans l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne. En conséquence, la Cour a décidé qu'il convient, préalablement à l'examen des moyens, de poser à la Cour de justice, notamment, la question préjudicielle suivante : « L'article 5, § 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services est-il compatible avec l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par cette disposition ? ». La Cour de justice a répondu à la question préjudicielle par un arrêt du 1^{er} mars 2011, dans lequel elle invalide l'article 5, § 2, de la directive, avec effet au 21 décembre 2012, et ce afin d'aménager une période de transition adéquate (CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et autres c. Conseil des ministres*, aff. C-236/09). Dans son second arrêt, rendu le 30 juin 2011, la Cour constitutionnelle a annulé la loi du 21 décembre 2007 et en a maintenu les effets jusqu'au 21 décembre 2012, date de l'échéance fixée par la Cour de justice.

inégalités correctrices de ce type doivent toutefois être en rapport concret avec les inégalités constatées. Ainsi, la Cour n'admet pas que les femmes aient accès plus tôt (à 60 ans) que les hommes (qui doivent attendre 65 ans) au revenu garanti aux personnes âgées : « S'il est vrai que l'héritage du passé pourrait justifier que des mesures puissent être prises, en matière de droit du travail ou de sécurité sociale, pour remédier progressivement à l'inégalité de la femme et de l'homme, cet argument ne peut justifier que le revenu garanti aux personnes âgées soit inégalement attribué aux hommes et aux femmes ». Une disposition légale qui a pour effet de garantir des moyens d'existence différents aux hommes et aux femmes est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination⁸³.

Les actions positives ou inégalités correctrices en faveur d'un groupe discriminé, en l'occurrence en faveur des femmes, ne sont admises par la Cour constitutionnelle que si elles sont mises en œuvre dans un cas d'inégalité manifeste, si la disparition de cette inégalité a été désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir et si elles sont temporaires et destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint. La Cour contrôle en outre que les mesures appliquées ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui⁸⁴. Comme le relèvent Anne Rasson-Roland et Jan Theunis, l'application de ces conditions conduit la Cour à effectuer un contrôle de proportionnalité « renforcé »⁸⁵. Un exemple de dispositions jugées conformes aux exigences constitutionnelles de l'égalité est donné par les décrets adoptés par la Région wallonne visant à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion de certains établissements assumant des fonctions sociales, dans le but de faire profiter chaque établissement des qualités dirigeantes et managériales des hommes et des femmes posant des actes de « *good corporate governance* »⁸⁶. Après avoir précisé que dans le cadre de l'examen des conditions précitées, elle tiendrait compte du fait qu'il s'agissait en l'espèce de mandats d'administrateur et non de l'accès à un emploi dans le secteur public ou privé⁸⁷, la Cour constitutionnelle contrôle précisément que chacune de ces conditions est remplie en l'espèce, de manière concrète.

B.- Les discriminations indirectes⁸⁸

Nul n'ignore que la neutralité de la réglementation du travail peut masquer des phénomènes discriminants, dès lors que l'étude des positions respectives des hommes et des femmes sur le marché du travail révèle des différences de posture non négligeables. Ainsi, les femmes occupent-elles, beaucoup plus souvent que les hommes, des emplois à temps partiel ou précaires et elles font beaucoup plus appel aux dispositifs permettant d'interrompre leur carrière en vue de s'occuper des enfants ou des proches. Une argumentation s'appuyant sur ces différences sociologiques pour

83 CC, arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6 ; arrêt n° 62/97 du 28 octobre 1997, B.7-B.10 ; arrêt n° 88/2001 du 21 juin 2001, B.6-B.7.

84 CC, arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2. ; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20 ; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79 ; arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.22.3.

85 A. RASSON-ROLAND et J. THEUNIS, *op. cit.*

86 CC, arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015. V. *infra* (VI, C).

87 *Ibid.*, B.10.1.

88 Sur cette notion, v. not. N. WARNIER, « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, p. 225-286. De manière générale au sujet du droit de la non-discrimination en Belgique, v. J. RINGELHEIM et p. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, CUP/Université de Liège, 2018.

démontrer une discrimination indirecte sur la base du sexe dans des textes apparemment égalitaires a dès lors été, parfois, présentée à la Cour. À notre connaissance, celle-ci n'a jamais fait droit à un tel argument⁸⁹.

En matière d'accès à la pension, les différences entre les carrières des femmes et des hommes ainsi que les différences statistiques en ce qui concerne l'espérance de vie sont des facteurs qui pourraient devoir être pris en considération par le législateur. Celui-ci a toutefois fait le choix inverse d'égaliser les âges d'accès à la retraite en abandonnant la conception ancienne qui voyait les femmes, en règle générale, accéder à l'âge de la pension cinq ans avant les hommes. La Cour constitutionnelle a été saisie de recours fondés notamment sur l'argument selon lequel cette égalisation de l'âge de la retraite et des conditions pour accéder à une retraite anticipée aurait pour effet de traiter les femmes de manière défavorable par rapport aux hommes dans la mesure où, les femmes étant plus concernées par le travail à temps partiel, elles seraient beaucoup plus nombreuses à se trouver dans la situation de ne pas pouvoir remplir les conditions de carrière exigées pour accéder à la retraite anticipée⁹⁰.

Le droit de l'Union européenne et l'interprétation qui en est donnée par la Cour de justice de l'Union conduisent à limiter les dérogations à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'âge d'accès à la retraite : « Les États membres doivent tendre vers l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes même si des dérogations peuvent être temporairement admises en ce qui concerne l'âge d'accès à la retraite, ces dérogations devant être interprétées de manière restrictive ». La Cour reconnaît cependant immédiatement que l'égalité de traitement apparente peut avoir des effets cachés : « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes suppose, non seulement qu'aucune différence de traitement ne puisse être directement fondée sur le sexe mais également qu'une mesure apparemment neutre ne puisse, dans les faits, désavantager l'une de ces deux catégories »⁹¹.

Analysant les statistiques et les prévisions chiffrées du bureau du plan, la Cour constate toutefois que « l'écart entre le pourcentage d'hommes et de femmes qui remplissent la condition de carrière pour un départ anticipé à la retraite n'est pas à ce point important qu'il pourrait fonder une différence de traitement fondée sur le sexe raisonnablement justifiée » et que « les chiffres dont elles disposent ne tendent pas à démontrer que les mesures attaquées concerneraient un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes », mais qu'au contraire, « la réforme semble indiquer que sur le long terme, l'écart qui existe entre les travailleurs des deux sexes tend à s'amenuiser »⁹².

89 V. CC, arrêt n° 51/2008 du 13 mars 2008, en matière de calcul de l'indemnité de licenciement dans le cas de prestations de travail réduites dans le temps : la Cour relève que les mesures visant à protéger les travailleurs, jugées insuffisantes par les parties, « valent tout autant pour les femmes que pour les hommes » ; arrêt n° 104/2017 du 28 septembre 2017, en matière d'âge d'accession à la pension de retraite : « Ni les dispositions attaquées, ni les dispositions qu'elles modifient ne créent de distinction entre les hommes et les femmes concernant l'âge légal de la retraite, les conditions permettant une retraite anticipée, le mode de calcul de la pension et le fonctionnement et la suppression progressive de la bonification pour diplôme. La différence de traitement critiquée ne résulte pas d'un choix politique du législateur mais du fait que les femmes ont une espérance de vie plus longue que les hommes ». V. aussi, en matière d'incompatibilités avec certains mandats publics : CC, arrêt n° 81/2012 du 28 juin 2012 : « une disparité entre le nombre d'élus masculins et féminins autorisés à un cumul ne pourrait provenir que du choix de l'électeur ».

90 CC, arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017.

91 *Ibid.*, B.33.1.

92 *Ibid.*, B.34.1.

VI.- L'ÉGALITÉ DANS LA SPHÈRE PUBLIQUE

On distingue l'accès au trône (A), aux mandats électifs (B) et aux fonctions exécutives (C).

A. En ce qui concerne l'accès au trône⁹³

Le constituant belge, dans une disposition précise – l'article 85 –, a frappé les femmes d'une exclusion explicite. Il s'agit d'ailleurs de la seule disposition de la version originale du texte constitutionnel, celle de 1831, où le mot « femme » est utilisé, et ce pour les exclure du trône : « Les pouvoirs constitutionnels du roi sont héréditaires dans la descendance directe, naturelle et légitime de S.M. Léopold-George-Chrétien-Frédéric, prince de Saxe-Cobourg, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, et à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance ». Cette limitation à la descendance masculine avait obligé la Belgique à formuler une réserve au moment de l'adhésion à la Convention de New York du 31 mars 1953 sur les droits politiques de la femme. Le 21 juin 1991, l'article 85, alinéa 1^{er}, a été modifié pour permettre l'accès des femmes au trône. À l'heure actuelle, les successibles sont au nombre de quinze. Huit sont de sexe féminin, dont la princesse Elisabeth, fille aînée du roi Philippe, qui est la première dans l'ordre de succession et a donc la qualité de « successeur » – « successeuse » (dit-on au Québec) ou « successeuse » (dit-on en Suisse)⁹⁴.

B.- En ce qui concerne l'accès aux mandats électifs

Dans le domaine électoral, si dans le silence de la Constitution les femmes sont éligibles depuis 1831, elles ne sont électrices que depuis 1948. En 1921, l'article 47 de la Constitution a été complété par un alinéa 3, aujourd'hui abrogé, qui permettait à la loi d'« attribuer le droit de vote aux femmes ». Le 27 mars 1948, une loi attribua le droit de vote aux femmes, et ce dans les mêmes conditions que les hommes⁹⁵. Il reste que l'intégration parlementaire des femmes s'est effectuée « avec lenteur et en dents de scie »⁹⁶. En 2018, plus de 40 % des membres de la Chambre des représentants sont des femmes. S'agissant des sénateurs, une disposition inédite a été adoptée dans le cadre de la réforme du Sénat en 2014. Il s'agit de l'article 67, § 3, qui prévoit que « le Sénat ne compte pas plus de deux tiers de sénateurs du même genre »⁹⁷. Pour la bonne compréhension des choses, on précisera que le nouveau Sénat ne comprend plus que des sénateurs élus indirectement – par les parlements fédérés – et des sénateurs cooptés. Aucun sénateur n'est élu directement en cette qualité.

Au niveau des collectivités fédérées, de création plus récente, l'élection des Parlements des régions et des communautés ne comporte aucune restriction fondée sur le genre, les femmes ayant le droit de voter et d'être élues comme les hommes.

93 M. VERDUSSEN, « Belgique », in J.-P. DEROSIER (dir.), *La désignation des gouvernants*, Paris, LexisNexis, ForInCIP, 2017, p. 55.

94 M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 715.

95 F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité – L'élection des assemblées législatives nationales en droits allemand, belge et britannique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 143-144.

96 S. FIERIS et E. GUBIN, « La physionomie de la Chambre des représentants », in *Histoire de la Chambre des représentants 1830-2002*, Bruxelles, Palais de la Nation, 2003, p. 120.

97 V. S. WATTIER, « Le genre et le sexe des sénateurs depuis la Sixième Réforme de l'État », *Chroniques de droit public*, 2017, p. 391-397.

L'augmentation du nombre de femmes au sein des assemblées parlementaires est liée partiellement aux mesures visant à garantir une présence minimale de celles-ci sur les listes électorales. Ainsi, en exécution de l'article 11*bis* de la Constitution, adopté en 2002, et plus particulièrement de son alinéa 1^{er} – qui oblige le législateur à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électifs et publics –, l'article 117*bis* du Code électoral, adopté en 2002, prévoit que « sur chacune des listes, ni l'écart entre le nombre de candidats titulaires de chaque sexe, ni celui entre le nombre de candidats suppléants de chaque sexe ne peuvent être supérieurs à un » (al. 1^{er}). Par ailleurs, « ni les deux premiers candidats titulaires, ni les deux premiers candidats suppléants de chacune des listes ne peuvent être du même sexe » (al. 2). En vertu de l'article 119*quinquies* du Code électoral, les listes qui ne satisfont pas à ces exigences sont écartées. Des dispositions comparables existent au niveau des élections des Parlements fédérés et des assemblées locales.

C.- En ce qui concerne l'accès aux fonctions exécutives

Le nouvel article 11*bis* de la Constitution, inséré en 2002, impose, en ses alinéas 2 à 4, la présence de « personnes de sexe différent » au sein des organes gouvernementaux (le Conseil des ministres fédéral et les Gouvernements fédérés) et au sein de plusieurs autres organes exécutifs. Il y va ici d'une obligation de résultat dans la composition même des organes concernés.

Que ce soit au niveau fédéral ou au niveau fédéré, les législateurs ont parfois été plus loin que les exigences constitutionnelles, au risque de provoquer la saisine de la Cour constitutionnelle.

Ainsi, statuant sur des recours en annulation dirigés contre des décrets de la Région wallonne destinés à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne et dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par la Région wallonne, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt⁹⁸, déjà cité⁹⁹, au terme duquel elle considère que le nouveau régime « garantit, tant pour les femmes que pour les hommes une représentation raisonnable dans les organes de gestion concernés »¹⁰⁰. À la lumière de l'objectif poursuivi ainsi par le législateur régional, la Cour considère que les sanctions prévues – le retrait du titre de fonctionnement ou de l'agrément de l'établissement ou de l'organisme ou le refus d'agrément des établissements ou des organismes candidats à l'obtention de ce titre – « ne portent pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des établissements et organismes visés qui en feraient l'objet et qu'elles n'emportent pas de restrictions inutiles des droits d'autrui »¹⁰¹.

VII.- L'ÉGALITÉ DANS L'ESPACE PUBLIC

Pour l'essentiel, l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'espace public a été abordée par la Cour constitutionnelle dans deux contextes très différents, celui du port de signes religieux (A) et celui de propos sexistes (B).

98 CC, arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015.

99 V. *supra* (V, A).

100 *Ibid.*, B.10.2.

101 *Id.*

A.- Le port de signes religieux

Une loi a été adoptée le 1^{er} juin 2011 qui vise « à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » – loi dite « anti-burqa » –, le non-respect de cette interdiction étant sanctionné pénalement¹⁰². Un recours en annulation a été formé contre cette loi par une association privée et par des citoyens, recours que, pour l'essentiel, la Cour constitutionnelle a rejetés par un arrêt rendu le 6 décembre 2012¹⁰³.

Les moyens d'annulation articulés par les parties requérantes sont aussi divers que nombreux : principe de légalité en matière pénale, liberté de conscience et de religion, liberté d'expression, liberté individuelle, droit au respect de la vie privée et familiale, droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, principe d'égalité et de non-discrimination, ou encore liberté d'association.

Les développements les plus intéressants – spécialement au regard de la thématique de ce rapport – s'inscrivent dans le cadre de l'examen des moyens liés au respect des convictions religieuses. Elle juge que les trois buts poursuivis par le législateur – la sécurité publique, l'égalité entre les femmes et les hommes et une certaine conception du « vivre-ensemble » – sont légitimes au regard de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, elle prend en compte la dignité de la femme pour légitimer la conviction du législateur selon laquelle « les valeurs fondamentales d'une société démocratique s'opposent à ce que des femmes soient contraintes de dissimuler leur visage sous la pression de membres de leur famille ou de leur communauté et soient privées ainsi, contre leur gré, de la liberté de disposer d'elles-mêmes »¹⁰⁴. Certes, reconnaît la Cour, « le port du voile intégral peut correspondre à l'expression d'un choix religieux » et « être guidé par diverses motivations aux significations symboliques multiples »¹⁰⁵. Cependant, « même lorsque le port du voile intégral résulte d'un choix délibéré dans le chef de la femme, l'égalité des sexes, que le législateur considère à juste titre comme une valeur fondamentale de la société démocratique, justifie que l'État puisse s'opposer, dans la sphère publique, à la manifestation d'une conviction religieuse par un comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme. Comme la Cour l'a relevé en B.21, le port d'un voile intégral dissimulant le visage prive, en effet, la femme, seule destinataire de ce prescrit, d'un élément fondamental de son individualité, indispensable à la vie en société et à l'établissement de liens sociaux »¹⁰⁶. Des auteurs relèvent que la Cour se dispense de procéder ici à une balance des intérêts en présence – c'est là une critique fondamentale et générale adressée par une partie de la doctrine à l'égard de cet arrêt¹⁰⁷ – en érigeant

102 V. F. KUTY, « L'article 563bis du Code pénal et l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public », *Journal des tribunaux*, 2012, p. 81-89.

103 CC, arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012. V. L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, « Le visage du sujet de droit : la burqa entre religion et sécurité », *Journal des tribunaux*, 2013, p. 242-245.

104 *Ibid.*, B.22.

105 *Ibid.*, B.23.

106 *Id.*

107 V. not. S. OUALD CHAÏB, « Belgian Constitutional Court says Ban on Face Coverings does not violate Human Rights », *Strasbourg Observers*, 2012 (<https://strasbourgobservers.com/2012/12/14/belgian-constitutional-court-ban-on-face-coverings-does-not-violate-human-rights/>) : « the Constitutional Court's judgment reflects a lack of balancing of the interests at stake. The arguments made by the legislator are easily accepted without a thorough proportionality analysis ».

l'individuation du visage au rang de « métaprincape », de « valeur juridique fondamentale », de « droit naturel de la démocratie »¹⁰⁸.

Sur la question du port des autres signes conventionnels (« ostentatoires ») – le voile islamique, par exemple – par des mandataires, par des enseignants, ou encore par des fonctionnaires, on en est toujours au stade des propositions et projets, de lois, de décrets, voire de résolutions. Dans tous les parlements du pays, des initiatives ont été prises. Ces initiatives sont régulièrement remises sur le tapis, donnant lieu à des avis de la section de législation du Conseil d'État et à des auditions d'universitaires. Pour autant, rien ne bouge concrètement sur le plan législatif. Une telle inertie a pour conséquence que c'est aux juges ordinaires – les juges judiciaires et les juges administratifs – qu'il revient aujourd'hui de trancher les innombrables conflits. Ces juges à qui l'on demande de plus en plus de régler, au cas par cas, des situations qui naissent d'un pluralisme des valeurs et que le législateur préfère laisser à leur sagesse. Par la force des choses, il est impossible de dégager des enseignements généraux de cette jurisprudence, tant celle-ci « *reste chaotique* »¹⁰⁹. Une question préjudicielle est actuellement pendante à ce sujet à la Cour constitutionnelle¹¹⁰.

Même la question du port du burkini – qui a donné lieu en France à une hallucinante dramaturgie durant l'été 2016 – s'est invitée sur la scène politique belge, mais n'y est pas restée très longtemps, la Nieuw-Vlaamse Alliantie (N-VA) proposant dans un premier temps d'interdire le burkini sur la côte belge pour finalement se raviser, conscient des risques juridiques d'une telle interdiction.

B.- Les propos sexistes

Le 22 mai 2014, le législateur a adopté une loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination. L'objectif poursuivi est « de renforcer l'arsenal juridique existant en développant les instruments de lutte contre les phénomènes sexistes », jugés trop répandus¹¹¹. La loi trouve son fondement dans l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution¹¹². L'article 2 de la loi définit le sexisme comme s'entendant « de tout geste ou comportement qui, dans les circonstances visées par l'article 444 du Code pénal, a manifestement pour objet d'exprimer un mépris à l'égard d'une personne, en raison de son appartenance sexuelle, ou de la considérer, pour la même raison, comme inférieure ou comme réduite essentiellement à sa dimension sexuelle et qui entraîne une atteinte grave à sa dignité ». L'article 3 de la loi érige en infraction

108 L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, *op. cit.*, p. 243.

109 C. ROMAINVILLE, « Les discriminations directes et indirectes à raison de la religion en droit belge et européen », in C. ROMAINVILLE, M. VERDUSSEN, N. BONBLED et S. WATTIER (dir.), *État et religions*, Limal, Anthemis, 2018, p. 174.

110 Numéro de rôle 6927 : « L'article 3 du décret du 31 mars 1994 de la Communauté française définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté est-il conforme aux articles 19, 23 et 24 de la Constitution, à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il est interprété comme permettant à un pouvoir organisateur soumis à ce décret de prévoir dans le règlement intérieur d'un établissement scolaire une interdiction totale faite aux élèves, fussent-ils majeurs, de porter des insignes, des bijoux ou des vêtements qui reflètent une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse ainsi que tout couvre-chef, notamment ceux reflétant une telle opinion ou une telle appartenance, et ce afin de créer un environnement éducatif totalement neutre ? ».

111 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3297/1, p. 3.

112 *V. supra* (I).

pénale l'adoption d'un comportement visé à l'article 2¹¹³. Ces deux articles ont fait l'objet d'un recours en annulation, que la Cour constitutionnelle a tranché le 25 mai 2016¹¹⁴.

Pour un motif lié à une discordance entre la version française et la version néerlandaise, la Cour constitutionnelle a annulé le mot « essentiellement » dans la version française, afin d'éviter toute difficulté d'interprétation contraire au principe de légalité en matière pénale. Pour le surplus, la Cour a jugé qu'aucun des moyens d'annulation n'est fondé (principe de légalité pénale, liberté d'expression, principe d'égalité et de non-discrimination, droit au respect de la vie privée).

S'agissant du principe de légalité pénale, la Cour a procédé à un examen scrupuleux des mots utilisés par le législateur pour définir l'infraction de « sexisme ». Au terme de cet examen et en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle en arrive à la conclusion que ces mots répondent aux exigences inhérentes au principe de légalité. Elle s'appuie spécialement sur un des éléments constitutifs de l'infraction de sexisme, l'exigence suivant laquelle les comportements et gestes incriminés doivent avoir entraîné une atteinte grave à la dignité de la personne, un élément qui selon elle « donne aux juridictions suffisamment d'indications quant au champ d'application de la loi attaquée »¹¹⁵. Le raisonnement de la Cour contient d'intéressants enseignements. Entre autres choses, les juges soulignent que « le consentement éventuel de la victime du comportement ou du geste incriminé, s'il peut être pris en considération par le juge appelé à déterminer si ce geste ou ce comportement a entraîné une atteinte grave à sa dignité et, le cas échéant, à fixer une peine, ne saurait, à lui seul, exclure la responsabilité pénale de l'auteur du geste ou du comportement »¹¹⁶. Les juges notent également que « le geste ou le comportement incriminé doit viser une ou plusieurs personnes déterminées, et non les membres de l'un ou l'autre sexe de manière indéfinie », de telle sorte « que la simple expression d'opinions relatives à la place ou au rôle respectifs des sexes dans la société ne saurait être constitutive de l'infraction visée par l'article 2 attaqué »¹¹⁷.

S'agissant de la liberté d'expression, la Cour a rappelé que la loi procède de la volonté du législateur de garantir l'égalité des femmes et des hommes, qui est une valeur fondamentale de la société démocratique. Elle juge cet objectif légitime au regard des articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, l'exigence d'un dol spécial (intention d'exprimer un mépris à l'égard d'une personne ou de la considérer comme inférieure) et l'exigence d'une atteinte grave à la dignité d'une personne déterminée excluent que puissent être incriminés « les pamphlets, les plaisanteries, les caricatures, les opinions et, singulièrement, les opinions relatives à la place et au rôle différents des personnes en fonction de leur sexe au sein de la société, les publicités et toute expression qui, faute du dol spécial requis, relève de la liberté d'expression »¹¹⁸. Pour ce motif, les dispositions attaquées sont raisonnablement proportionnées à l'objectif poursuivi. L'ingérence dans la liberté d'expression est justifiée.

113 V. F. KUTY, « L'incrimination du sexisme », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2015, p. 41-60.

114 CC, arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016.

115 *Ibid.*, B.15.1.

116 *Ibid.*, B.11.4.

117 *Ibid.*, B.12.3.

118 *Ibid.*, B.23.4.