

ANDREAS R. ZIEGLER E JULIE KUFFER

ORIENTATION SEXUELLE ET IDENTITÉ DE GENRE DES MINEURS EN DROIT INTERNATIONAL

SOMMARIO: – 1. Introduction. – 2. Sources de droit international. – 2.1 Traités multilatéraux. – 2.2 Traités régionaux. – 2.3 Soft Law. – 3. Le Rôle des Nations Unies. – 3.1 La Résolution 17/19 2011 du Conseil des droits de l'homme; – 3.2 La Brochure «Libres et Egaux» du Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme. – 3.3 Casuistiques des organes des Nations Unies. – 3.3.1 Affaire Toonen c. Australie (1994). – 3.3.2 Affaire Fedotva c. Fédération de Russie (31 octobre 2012). – 4. Une protection spécifique: La Convention et le Comité des droits de l'enfant. – 4.1 La Convention relative aux droits de l'enfant. – 4.2 Le Comité des droits de l'enfant. – 5. Droits spécifiques. – 5.1 La non-discrimination. – 5.1.1 En théorie. – 5.1.2 En pratique. – 5.2 Les enfants intersexués. – 5.3 Droit à avoir une famille. – 5.4 Décriminalisation de l'homosexualité. – 5.5 Le droit à l'éducation. – 5.5.1 En théorie. – 5.5.2 En pratique. – 6. Conclusion.

1. La protection des droits de l'homme est universelle. Chaque être humain doit pouvoir faire valoir ses droits fondamentaux de la même façon. C'est sur ce paradigme que se fonde le combat des mouvements LGBTI (lesbien, gay, bisexuel, transsexuel et intersexuel) depuis plus de 40 ans. Pourtant, il faut attendre le XXI^{ème} siècle pour que des instruments de protection internationaux soient adoptés pour protéger ce groupe de personnes vulnérables. Le combat des mouvements LGBTI ne revendique pourtant pas de droits supplémentaires mais bien le respect des droits existants et la protection contre les discriminations liées à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre. Si la scène internationale a désormais pris conscience de la nécessité d'offrir une protection particulière aux adultes LGBTI contre les discriminations et les atteintes à leurs droits fondamentaux (droit au mariage, adoption, dépenalisation de l'homosexualité, etc.). Les questions qui se posent face à un enfant ne sont pas encore devenues une priorité dans la plupart des pays. Le fait, par exemple, de savoir si l'éducation sexuelle doit être maintenue à l'école, ou si les professionnels de l'éducation doivent ou non sensibiliser les enfants à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle qui peut différer du schéma classique familial est beaucoup plus controversé, encore aujourd'hui.

Les instruments légaux de protection des droits de l'homme ont, jusqu'à présent, permis de protéger les personnes LGBTI contre les discriminations. Seulement, ces textes s'adressent aux êtres humains en

général, sans tenir compte de l'âge et de l'éventualité de la nécessité d'une protection particulière pour les enfants. Qu'en est-il alors? Est-ce que les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre peuvent également se poser chez un enfant? Est-ce qu'un enfant doit pouvoir bénéficier de la même protection qu'un adulte et si oui, quelle forme doit prendre cette protection? Doit-on pouvoir librement aborder ces sujets avec un enfant ou au contraire faut-il le «protéger» jusqu'à ce qu'il soit en âge de comprendre et de décider par lui-même. Toutes ces interrogations font l'objet d'un débat d'actualité. Afin de répondre au mieux à ces questions, le droit international, déjà très développé concernant le droit des adultes LGBTI, a été étendu afin de protéger également le droit des enfants dont l'orientation sexuelle ou l'identité de genre risqueraient de les exposer à des discriminations.

L'orientation sexuelle doit être «comprise comme faisant référence à la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus»¹. Même si l'orientation sexuelle d'un enfant s'affirmera à l'adolescence, celle-ci est définie dès la naissance et cela avant même que l'adolescent ou l'enfant ait commencé à être actif sexuellement². C'est une composante de sa personnalité qui naît avec lui. Donc, un enfant peut naître hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel³.

Si l'orientation sexuelle est liée à la définition de la future sexualité d'un enfant, son identité de genre, elle, est intrinsèquement liée à son être. Elle se définit par «l'interaction complexe entre le sexe physique et le rôle social et, plus spécifiquement, à la manière dont une personne se définit

* Colloque du 26 mai 2014 – Università degli Studi del Sannio.

¹ Principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, adoptés en mars 2007 suite à une réunion tenue à l'Université Gadjah Mada de Jogjakarta, Indonésie, du 6 au 9 novembre 2006, Préambule, § 4.

² P. NARRING, P.A. MICHAUD, *Orientation sexuelle et développement chez les adolescents. Implications pour le clinicien*, in *Revue Médicale Suisse*, 575, publiée le 19 février 2003, en www.revmed.ch, dernier accès: 23 novembre 2014.

³ Pour simplifier le texte, seuls ces trois types d'orientation sexuelle sont cités même si d'autres nuances existent.

par rapport à la masculinité ou à la féminité»⁴. Plus précisément, la notion fait «référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire»⁵.

En général, un enfant qui naît avec des attributs sexuels féminins ou masculins sera élevé selon les critères liés à son genre. Par exemple, les parents choisiront les jouets ou les habits de leur enfant en fonction de son sexe. Mais il peut arriver qu'un petit garçon se sente plus à l'aise en fille ou qu'une petite fille se sente coincée dans son corps féminin. Son identité de genre n'est alors pas en accord avec son genre de naissance.

Les deux notions ont en commun le fait qu'elles sont présentes dès la naissance de l'enfant. Les atteintes aux droits et les discriminations que peut subir un adulte faisant partie de la communauté LGBTI sont bien connues. Par contre, celles que peut subir un enfant dès sa socialisation, voir dès sa naissance, le sont peu. C'est pourquoi le droit international et les acteurs du domaine ont trouvé important de mettre en place une protection contre les atteintes et les discriminations qu'un enfant peut subir en raison de son identité de genre ou de son orientation sexuelle.

En résumé, si le fait qu'un enfant a le droit à la même protection de ses droits fondamentaux qu'un adulte, cela implique qu'en matière d'identité de genre et d'orientation sexuelle, il doit également faire l'objet d'une protection particulière contre les possibles discriminations qu'il peut subir pour ces raisons. Les droits à protéger sont donc les mêmes que pour les adultes LGBTI, bien qu'un accent particulier doive être mis sur le droit à l'éducation et à la famille, qui sont en effet des droits jouant un rôle important dans le développement d'un enfant.

Dans cet article, il sera donné donc une vue d'ensemble de la protection internationale des droits dont un enfant va bénéficier s'il s'avère être homosexuel, bisexuel, transidentitaire ou intersexué. L'accent sera mis sur les sources internationales existantes, le système de protection

⁴ Amnesty International Suisse, *Les droits LGBT sont des droits humains*, en www.amnesty.ch, dernier accès 16 novembre 2014.

⁵ Principes de Jogjakarta, Préambule, § 5.

des droits de l'enfant onusien et les instruments spécifiques. Pour terminer, un chapitre sera consacré à l'examen de droits particuliers en lien avec le sujet.

2. Afin de circonscrire le panorama normatif en droit international relatif aux droits de l'enfant, il est nécessaire de prendre en compte: les traités multilatéraux, les traités régionaux ainsi que le *soft law* qui représente une part importante dans le domaine de la protection des droits de la communauté LGBTI. Les auteurs tiennent toutefois à préciser que les sources citées ne sont pas exhaustives et qu'au vu du développement très actuel de la matière, ces dernières tendent à évoluer rapidement.

2.1 La Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après DUDH), le Pacte international relatif aux droits civils et politique (ci-après: Pacte II ONU), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après: Pacte I ONU) ainsi que tous les traités des Nations Unies relatifs à la protection des droits de l'homme sont unanimes sur le point que chaque être humain doit pouvoir jouir librement et sans discrimination aucune de ses droits fondamentaux⁶. Ces garanties s'appliquent à tous les êtres humains sans regard à leur identité de genre ou à leur orientation sexuelle⁷. Il n'en sera pas question dans ce chapitre, car même si ces textes sont d'une importance primordiale dans la protection des droits des personnes LGBTI, ils n'ont pas une portée spécifique pour les enfants.

En revanche, le principal instrument des Nations Unies concernant la protection des droits de l'enfant a été adopté le 20 novembre 1989. C'est la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après: CRC ou Convention)⁸ qui garantit à toute personne en-dessous de l'âge de 18 ans la protection de ses droits et libertés fondamentales en respect de

⁶ Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, art. 2; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, art. 2; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, art. 2.

⁷ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Programme «Libres et égaux», Note d'information, *Orientation sexuelle et identité de genre dans le droit international des droits de l'homme*, en www.unhcr.org, dernier accès: 19 novembre 2014.

⁸ Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

ses besoins de développement⁹. C'est la première fois que la notion d'intérêt prépondérant du bien-être de l'enfant est utilisée dans un texte international¹⁰.

La Convention a été complétée le 25 mai 2000 par deux Protocoles facultatifs. Le premier concerne l'implication des enfants dans les conflits armés¹¹ et le second concerne la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants¹². Un troisième protocole a été adopté le 19 décembre 2011 afin d'introduire la possibilité de requêtes individuelles¹³.

Le respect de cette Convention, qui a été ratifiée par 196 Etats membres des Nations Unies¹⁴ est assuré par un organe de contrôle, le Comité des droits de l'enfant¹⁵. Le travail du Comité est très important en matière de contrôle mais également parce qu'il précise et développe le texte de la Convention au sein d'observations générales qui doivent aider les Etats parties à appliquer au mieux la Convention.

Le texte de la Convention reprend les droits fondamentaux tels qu'énoncés dans les autres traités mais concrétise le besoin spécifique de protection d'un enfant au niveau international. Le fait que «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»¹⁶ a été reconnu dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959¹⁷.

⁹ Art. 1 CRC.

¹⁰ Convention relative aux droits de l'enfant, Préambule.

¹¹ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, 25 mai 2000, entré en vigueur le 12 février 2002.

¹² Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, New York, 25 mai 2000, entré en vigueur le 18 janvier 2002.

¹³ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, New York, 19 décembre 2011, entré en vigueur le 14 avril 2014.

¹⁴ Cf. www.treaties.un.org, dernier accès 5 septembre 2016.

¹⁵ Art. 43 CRC.

¹⁶ Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration des droits de l'enfant*, Résolution 1386 (XIV), New York, 20 novembre 1959.

¹⁷ Convention relative aux droits de l'enfant, Préambule.

2.2. Les auteurs tiennent à préciser qu'ils se limitent dans cet article au cadre régional européen. A ce niveau, le siège de la matière concernant la lutte contre les discriminations relatives à l'identité de genre ou à l'orientation sexuelle se trouve à l'art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après: CEDH)¹⁸, qui est l'instrument principal de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe n'a pas adopté de traité spécifique quant à la protection des droits fondamentaux de l'enfant concernant le respect de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle.

Par contre en 2010, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a édicté une Recommandation relative aux mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre¹⁹. En matière de protection des enfants contre les discriminations en raison de leur orientation sexuelle ou leur identité de genre, les paragraphes 31 et 32 de cette Recommandation visent les problématiques liées à l'éducation des enfants et demandent aux Etats: «En tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées, législatives et autres, visant le personnel enseignant et les élèves, afin de garantir la jouissance effective du droit à l'éducation, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre; cela comprend, en particulier, la protection du droit des enfants et des jeunes gens à l'éducation dans un environnement sûr, à l'abri de la violence, des brimades, de l'exclusion sociale ou d'autres formes de traitements discriminatoires et dégradants liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre. En tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, des mesures appropriées devraient être prises à cette fin à tous les niveaux pour promouvoir la tolérance et le respect mutuels à l'école, quelle que soit l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Cela devrait comprendre la fourniture d'informations objectives concernant l'orientation sexuelle et

¹⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 28 novembre 1974.

¹⁹ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010, en www.coe.int, dernier accès 23 novembre 2014.

l'identité de genre, par exemple dans les programmes scolaires et le matériel pédagogique; les Etats membres devraient également fournir à tous les élèves et étudiants l'information, la protection et le soutien requis pour leur permettre de vivre en accord avec leur orientation sexuelle et leur identité de genre. En outre, les Etats membres pourraient concevoir et mettre en œuvre des politiques scolaires et des plans d'action pour l'égalité et la sécurité, et garantir l'accès à des formations ou soutiens et des outils d'aide pédagogiques appropriés pour lutter contre la discrimination. Ces mesures devraient tenir compte des droits des parents concernant l'éducation de leurs enfants».

De plus, le 24 juin 2013, le Conseil de l'Europe a adopté des lignes directrices visant à promouvoir le respect des droits fondamentaux de la communauté LGBTI²⁰.

2.3 Les Principes de Jogjakarta²¹ sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre sont la principale source de *soft law* en la matière. Ils ont été adoptés par un panel d'experts suite à un séminaire en Indonésie qui s'est tenu du 6 au 9 novembre 2006. Ils ont été présentés pour la première fois devant les Nations Unies en mars 2007.

Ces principes prennent en compte les droits humains et leur application face aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Ils affirment l'obligation des États de mettre en œuvre et de respecter les droits de l'homme. Des recommandations sont adressées aux Etats et les experts insistent sur une responsabilité de chaque acteur en matière de promotion et de protection des droits humains²².

Les principes d'égalité et de non-discrimination sont mentionnés au principe n. 2 des Principes de Jogjakarta. Pour le panel d'experts, une discrimination: «fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre comprend toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre qui a pour but ou pour effet d'invalider ou de compromettre l'égalité devant la loi, ou la protection égale devant la loi ou la reconnaissance, la jouissance ou

²⁰ Conseil de l'Europe, Lignes directrices en faveur des droits des personnes LGBTI, Luxembourg, 24 juin 2013, en www.eeas.europa.eu, dernier accès 20 novembre 2014.

²¹ Cf. note de bas de page n. 1.

²² Principes de Jogjakarta, Introduction.

l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits humains et des libertés fondamentales. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre peut être, et est communément, aggravée par une discrimination fondée sur d'autres motifs tels que le sexe, la race, l'âge, la religion, le handicap, la santé et la situation financière»²³.

En ce qui concerne plus particulièrement la protection des droits des enfants liés à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre, il faut consulter le principe n. 16 portant sur le droit à l'éducation selon lequel «toute personne a droit à l'éducation, sans discrimination fondée sur son orientation sexuelle et son identité de genre, qui seront par ailleurs prises en compte». Le panel d'experts enjoint les Etats à prendre ici toutes les mesures visant à garantir un accès égal à l'éducation (Recommandation A), de garantir que l'éducation vise l'épanouissement et le développement des dons de chaque enfant (Recommandation B), de s'assurer que l'éducation se fasse en respect des droits humains et des valeurs culturelles de l'enfant et de sa famille afin de prôner la tolérance (Recommandation C), de garantir que les méthodes utilisées servent à accroître la compréhension et le respect, notamment des diverses orientations sexuelles et identités de genre (Recommandation D), de garantir une protection légale appropriée (Recommandation E), de garantir la protection de victimes d'exclusions ou de violences (Recommandation F), de prendre toutes les dispositions législatives et administratives nécessaires pour garantir que les établissements éducatifs respectent la dignité humaine sans discrimination aucune (Recommandation G) et finalement de garantir que l'accès à l'apprentissage et les possibilités d'apprentissage soient garantis de manière uniforme (Recommandation H).

3. En matière de protection des droits de l'homme, le rôle des Nations Unies est primordial. Des cas de violations des droits de l'homme ou de discrimination à l'égard de la communauté LGBTI sont connus des Nations Unies depuis les années 1990. En 2010, le Secrétaire général Ban-Ki Moon a fait un discours qualifié d'historique et a appelé à la dépénalisation de l'homosexualité ainsi qu'à la mise en œuvre de mesures afin de lutter contre la violence et la discrimination envers la communauté LGBTI: «En tant qu'hommes et femmes de conscience, nous rejetons la

²³ Principes de Jogjakarta, Principe n. 2.

discrimination en général, et en particulier la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Là où il y a une tension entre les attitudes culturelles et les droits universels de l'homme, les droits doivent l'emporter»²⁴.

C'est ce discours qui est l'élément déclencheur de la mise en route d'une prise de conscience internationale sur la nécessité de protéger spécifiquement la communauté LGBTI. Depuis, de nombreux Etats se sont sensibilisés sur le sujet et commencent à mettre des mesures en place afin de garantir le respect des droits fondamentaux des personnes LGBTI sans qu'ils aient à souffrir de discrimination.

3.1 Suite au discours du Secrétaire général des Nations Unies à New-York, c'est au tour du Conseil des droits de l'homme de prendre position sur le sujet. C'est lors de sa 17^e session en juin 2011 que ce dernier va adopter la Résolution 17/19 ayant pour titre «Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre»²⁵. C'est la première résolution des Nations Unies à ce sujet²⁶. Dans cette résolution, le Conseil des droits de l'homme se dit: «gravement préoccupé par les actes de violence et de discrimination, dans toutes les régions du monde, commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre»²⁷. Cette Résolution demande notamment au Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme d'établir un rapport sur le sujet avant le mois de décembre 2011²⁸. Ce sera chose faite le 17 novembre 2011 durant la 19^{ème} session du Conseil des droits de l'homme durant laquelle la Haut-Commissaire aux droits de l'homme présentera son rapport intitulé «Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre»²⁹.

²⁴ Discours de Ban-Ki Moon pour la dépénalisation de l'homosexualité devant l'Assemblée générale des Nations Unies, New York, 10 décembre 2010.

²⁵ Conseil des droits de l'homme, Résolution 17/19, A/HRC/RES/17/19, 17 juin 2011.

²⁶ Cf. Site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, en www.ohchr.org, dernier accès 20 novembre 2014.

²⁷ Résolution 17/19, Préambule.

²⁸ Résolution 17/19, § 1.

²⁹ Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont

Les Recommandations finales émises par la Haut-Commissaire à la fin de son rapport ont servi comme base, lors d'une table ronde en mars 2012, à l'élaboration d'une brochure résumant les obligations des Etats en matière de protection contre la discrimination liée à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre et visant également à créer un débat, tant international que national, sur la mise en œuvre de cette protection³⁰. Le rapport de la Haut-Commissaire prouve également: «qu'il existe une tendance à la violence et à la discrimination systématiques dans toutes les régions à l'égard de certaines personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre: de la discrimination dans l'emploi, les soins de santé et l'éducation, à la criminalisation et des attaques physiques ciblées, voire des assassinats»³¹.

3.2. Parue en juillet 2012, la brochure «Nés Libres et Egaux»³² du Haut-Commissariat aux droits de l'homme a pour but de recenser et de clarifier les obligations faites aux Etats en matière de protection et de lutte contre les discriminations envers la communauté LGBTI. Ces obligations sont au nombre de cinq: 1) Protéger les individus contre la violence homophobe et transphobe, comme le prescrivent notamment: l'art. 3 DUDH, les art. 6 et 9 Pacte II ONU et l'art. 33 de la Convention relative au statut de réfugiés³³; 2) Prévenir la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants des LGBTI, comme le prescrivent notamment: l'art. 5 DUDH, l'art. 7 Pacte II ONU, les art. 1 et 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après: Convention contre la torture)³⁴; 3) Dépénaliser l'homosexualité, comme le prescrivent notamment: les art. 2, 7, 9 et 12 DUDH, ainsi que les art. 2§1, 6§2, 9, 17§1 et 26 du Pacte II ONU; 4) Interdire la discrimination basée

victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

³⁰ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Programme «Libres et Egaux», Brochure, *Nés libres et Egaux, Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, New York et Genève, 2012, p.7.

³¹ Brochure, *Nés libres et Egaux*, cit., Préface, p. 5.

³² Brochure, *Nés libres et Egaux*, cit., Introduction, p. 8.

³³ Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 21 avril 1955.

³⁴ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, comme le prescrivent notamment: les art. 2 et 7 DUDH, les art. 2§1 et 26 Pacte II ONU, l'art. 2§2 Pacte I ONU, l'art. 2 CRC; 5) Respecter la liberté d'expression, d'association et de réunion pacifique, comme le prescrivent notamment: les art. 10 et 20§1 DUDH, les art. 19§2, 21 et 22§1 Pacte II ONU.

Ces obligations étatiques ne sont pas spécifiques pour garantir la protection des enfants en matière de respect de leurs droits fondamentaux liés à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre. Elles ont une vocation générale qui protège tous les êtres humains, hommes, femmes, transgenres, intersexués, adultes comme enfants.

Par contre, l'obligation 4 couvre également la discrimination dans l'éducation, qui touche plus particulièrement les enfants. Ainsi, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme estime que: «La discrimination dans les établissements scolaires et autres structures éducatives peut compromettre gravement la capacité des jeunes considérés comme lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexués à jouir de leur droit à l'éducation»³⁵. Mais aussi que: «L'éducation sexuelle constitue un problème connexe. Le droit à l'éducation comprend le droit de recevoir des informations globales, exactes et adaptées à l'âge des élèves sur la sexualité humaine afin de veiller à ce que les jeunes aient accès aux renseignements nécessaires pour mener une vie saine, prendre des décisions avisées et se protéger et protéger les autres contre les infections sexuellement transmissibles».³⁶

3.3 Dans ce chapitre, les auteurs souhaitent donner quelques exemples de décisions fondamentales récentes des organes des Nations Unies sur le sujet. En particulier, ce sont les décisions du Comité des droits de l'homme veillant à l'application du Pacte II ONU qui ont permis un développement inestimable en la matière. Les décisions plus spécifiques sur les droits des enfants seront traitées ultérieurement dans le chapitre spécifique portant sur la CRC et le Comité des droits de l'enfant.³⁷

3.3.1 Le 25 décembre 1991, Nicholas Toonen, militant pour les droits de l'homme, dépose une plainte devant le Comité des droits de l'homme

³⁵ Brochure, *Nés libres et Egaux*, cit., p. 49.

³⁶ Brochure, *Nés libres et Egaux*, cit., p. 50.

³⁷ Cf. les chapitres 4.1 et 4.2 ci-après.

de l'ONU. M. Toonen affirme que ses droits sont violés par une loi qui, en Tasmanie, sanctionne pénalement toutes relations sexuelles entre hommes majeurs consentants, même en privé.

Dans sa décision,³⁸ le Comité rappelle que toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle est interdite (spécialement devant la loi, art. 26 Pacte II ONU) et que les activités sexuelles privées sont protégées (protection de la vie privée, art. 17 Pacte II ONU). Suite à cela, le Comité des droits de l'homme a décidé qu'effectivement l'Australie ne respectait pas les obligations internationales découlant de son adhésion au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Comité juge ainsi que la loi anti-sodomie en vigueur en Tasmanie enfreint les droits de M. Toonen en l'exposant à la possibilité d'un procès et d'une peine, simplement parce qu'il est homosexuel et non hétérosexuel. La loi a aussi un effet nuisible plus général sur la société en renforçant les préjugés à l'encontre des homosexuels.

Cette affaire est la pierre angulaire du combat pour le respect des droits fondamentaux de la communauté LGBTI. La décision du Comité permet à tous de vivre à l'abri de la discrimination. La décision étant maintenue, la loi de l'Etat de Tasmanie a été abrogée, lançant ainsi un mouvement international.

3.3.2. Dans la décision³⁹ du Comité des droits de l'homme relative à l'Affaire opposant Mme Irina Fedotova à la Fédération de Russie, le Comité a décrété que la Russie contrevenait aux art. 19 (liberté d'expression) et 26 (interdiction de la discrimination devant la loi) du Pacte II ONU.

Mme Fedotova, militante LGBTI, avait en effet en mars 2009 affiché des panneaux non loin d'une école secondaire de la ville de Riazan, portant des slogans pro-homosexualité avec pour but de créer un débat avec les enfants. Cette dernière a été condamnée en avril 2009 par le juge de paix à une amende administrative de 1500 roubles visée à l'article 3.10 de la loi de la Région de Riazan du 4 décembre 2008 relative aux infractions administratives pour avoir exposé les affiches en question.

³⁸ Comité des droits de l'homme, Affaire Toonen c. Australie, Communication n. 188/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 mars 1994.

³⁹ Comité des droits de l'homme, Affaire Fedotova c. Fédération de Russie, Communication n. 1932/2010, CCPR/C/106/D/1932/2010, 31 octobre 2012.

Cette disposition prévoit que «toute action publique de propagande en faveur de l'homosexualité (acte sexuel entre hommes ou lesbianisme) auprès de mineurs est punie d'une amende administrative allant de 1500 à 2000 roubles»⁴⁰.

Dans ses conclusions, le Comité précise que «le fait d'exposer des affiches portant les slogans «L'homosexualité est normale» et «Je suis fière de mon homosexualité» près d'un établissement d'enseignement secondaire ne constitue pas une action publique visant à impliquer des mineurs dans une activité sexuelle particulière ou à faire l'apologie d'une orientation sexuelle particulière. L'auteur ne faisait qu'exprimer son identité sexuelle et cherchait simplement à la faire comprendre»⁴¹.

De plus, le Comité note également «que l'Etat partie n'a pas montré pourquoi, au vu des faits de la cause, il était nécessaire aux fins de l'un des buts légitimes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte de restreindre le droit à la liberté d'expression de l'auteur en application de l'article 3.10 de la loi de la Région de Riazan pour avoir exprimé son identité sexuelle et cherché à la faire comprendre même si, comme le fait valoir l'Etat partie, elle avait l'intention de discuter avec des enfants de la question de l'homosexualité. Par conséquent le Comité conclut que la condamnation administrative de l'auteur pour «propagande en faveur de l'homosexualité auprès de mineurs», en application des dispositions ambiguës et discriminatoires de l'article 3.10 de la loi de la Région de Riazan, a constitué une violation des droits que l'auteur tient du paragraphe 2 de l'article 19 du Pacte, lu conjointement avec l'article 26»⁴².

4. En ce qui concerne la protection des enfants de manière plus spécifique, il a été dit précédemment que l'instrument principal en la matière est la CRC. Dans ce chapitre, la CRC et les garanties qu'elle offre en matière de protection contre les discriminations que peuvent subir des enfants en lien avec leur orientation sexuelle ou leur identité de genre vont être détaillées. De plus, il est important également de comprendre l'importance du rôle du Comité dans la mise en œuvre et le respect de la Convention.

⁴⁰ Communication n. 1932/2010, cit., § 2.3.

⁴¹ Communication n. 1932/2010, cit., §10.

⁴² Communication n. 1932/2010, cit., § 10.8.

4.1 La Convention devient, en 1989, le texte de base assurant une protection similaire des droits de tous les enfants du monde. Ratifiée par tous les Etats, sauf les Etats-Unis, la Convention est l'instrument des Nations Unies qui bénéficie d'une reconnaissance sans égale par les nations du monde entier. Le texte est basé sur les principes de non-discrimination, d'écoute de l'opinion de l'enfant et surtout prend en compte, dans l'application de ses dispositions, le bien-être de l'enfant⁴³.

La Convention se fonde sur quatre principes fondamentaux: La non-discrimination (art. 2 al. 1), le droit au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 al. 1), le droit à la survie et au développement (art. 6) et le droit de s'exprimer et d'être entendu (art. 12).

Comme exposé précédemment, en matière de protection des droits des personnes LGBTI, la lutte ne se fonde pas sur la volonté d'obtenir des droits différents mais sur le fait simple de pouvoir jouir des mêmes droits fondamentaux sans discrimination aucune. Il va de soi que les questions que posent la problématique de l'orientation sexuelle d'un enfant ou de son identité de genre sont les mêmes que pour les adultes. Les enfants doivent pouvoir jouir des mêmes droits fondamentaux protégés sans la moindre discrimination que ce soit dans la vie de tous les jours, à l'école, lors de loisirs ou dans le cadre de procédures dans lesquelles l'enfant peut être impliqué.

Le principe de non-discrimination étant un des principes de base de la Convention, tous ses articles doivent s'interpréter en accord avec l'art. 2. Celui-ci dispose que: «des Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation».

La particularité de l'art. 2 CRC est qu'il protège non seulement l'enfant contre les discriminations portant sur sa propre condition mais également sur des discriminations qu'il pourrait subir en rapport avec la situation de ses parents ou de son entourage (art. 2 al. 2).

⁴³ Convention relative aux droits de l'enfant, Préambule.

La Convention garantit également à l'enfant le droit à la liberté d'expression (art. 13), le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), la protection de sa vie privée (art. 16), le droit à une information appropriée (art. 17) mais plus particulièrement le droit à l'éducation (art. 28) qui a été précisé par l'art. 29 de la Convention en ce sens que les Etats parties s'engagent à reconnaître que le principe d'éducation doit «viser à favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons, la préparation de l'enfant à une vie adulte active, le respect des Droits de l'homme fondamentaux et le développement du respect des valeurs culturelles et nationales de son propre pays et de celui des autres»⁴⁴.

La Convention pose les principes de base et les obligations des Etats en matière de protection de l'enfant. Mais elle ne traite pas spécifiquement des questions d'orientation sexuelle ou d'identité de genre. Il n'existe pas, comme pour les adultes, de texte spécifique protégeant les droits des enfants LGBTI.

C'est le travail du Comité des droits de l'enfant qui permet d'interpréter la Convention afin de faire évoluer son texte quelque peu figé dans les âges. C'est pourquoi il est important de comprendre le rôle du Comité.

4.2. Comme évoqué précédemment, la mise en œuvre de la Convention est supervisée par le Comité des droits de l'enfant.⁴⁵ Ce dernier est composé de 18 experts⁴⁶ indépendants et siège à Genève trois fois par année. Il est chargé de l'examen des rapports périodiques que les Etats parties ont l'obligation de soumettre dans les deux ans après la ratification de la Convention (puis tous les 5 ans)⁴⁷; il peut publier des observations générales sur des sujets en particulier et faire des observations finales à tout Etat partie sur la mise en œuvre de la Convention⁴⁸. Depuis le 14 avril 2014 et l'entrée en vigueur du troisième

⁴⁴ Art. 29 CRC.

⁴⁵ Art. 42 à 54 CRC.

⁴⁶ Initialement, l'art. 43 CRC prévoyait 10 membres, le changement a été fait par un amendement à la Convention: Amendement au paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 12 décembre 1995, entré en vigueur le 18 novembre 2002.

⁴⁷ Art. 44 CRC.

⁴⁸ Art. 45 CRC.

Protocole facultatif à la Convention, il peut examiner également des requêtes individuelles sous certaines conditions⁴⁹.

Dans le cadre de la prise en compte de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre d'un enfant dans le respect de ses droits fondamentaux, il faut se tourner vers les observations générales du Comité et ses recommandations aux Etats parties afin de pouvoir avoir une idée de l'interprétation que le Comité souhaite donner à la Convention. Mais il est également important, pour avoir une vue d'ensemble de la protection, de prendre en compte les avis et les développements que d'autres organismes internationaux ont pu faire à ce sujet. C'est pourquoi, dans le chapitre suivant, les points de vue de plusieurs organismes internationaux seront pris en compte afin de décrypter les conditions de protection des droits spécifiques touchés par la question de l'orientation sexuelle et de l'identité sexuelle d'un enfant.

5. Les droits revendiqués par la communauté LGBTI ne sont pas différents des autres. Elle souhaite simplement pouvoir jouir de ces droits sans discrimination aucune. En ce qui concerne la protection des enfants, la discrimination est également le premier problème qui risque d'apparaître si un enfant est considéré comme «différent» aux yeux des autres en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre. Par contre, des questions spécifiques se posent afin de le protéger correctement et ce sont justement ces droits spécifiques qui vont être abordés ici.

Tout d'abord, il est nécessaire de comprendre comment les organismes internationaux ont décidé d'inclure les notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre comme critère de discrimination, comme par exemple, le Comité des droits de l'enfant qui l'a inclus à l'art. 2 CRC puisque ce dernier représente la pierre angulaire en matière de protection des droits LGBTI.

Puis les notions d'enfants intersexués posant des questions très spécifiques en matière d'intégration et de respect de leurs droits, les spécificités du droit à avoir une famille et la nécessité de dépénaliser l'homosexualité et la transidentité seront analysées.

Pour terminer et parce que c'est le droit qui paraît être le plus important en la matière, ce chapitre abordera le droit à l'éducation. Ce

⁴⁹ Cf. note de bas de page n. 13.

dernier pose des questions d'actualité très controversées telles que: l'information des enfants sur les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre, le droit à une éducation sexuelle, le rôle des parents et de l'école.

5.1 Principe de base de la Convention relative aux droits de l'enfant, la notion de discrimination a été commentée à plusieurs reprises par le Comité des droits de l'enfant. Il a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation nécessaire de l'art. 2 CRC (théorie) et sur la situation dans les Etats membres, suite aux rapports périodiques soumis par ces derniers (pratique).

5.1.1 Dans son Commentaire général n. 3⁵⁰, le Comité a estimé que la discrimination fondée sur le sexe est un phénomène particulièrement préoccupant⁵¹. De plus, il estime que la discrimination fondée sur les préférences sexuelles est elle-aussi préoccupante. Il estime que les Etats parties doivent «prêter une attention particulière aux normes sociales en matière de sexe appliquées dans la société dans le but d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe»⁵².

Dans son observation générale n. 4⁵³, le Comité précise que la liste de critères discriminatoires de l'art. 2 CRC englobe les préférences sexuelles des adolescents⁵⁴. En effet, selon le Comité, les adolescents, victimes de discrimination sont souvent également victimes de mauvais traitements. Ils méritent une attention et une protection particulières en tant que groupe vulnérable de la société⁵⁵.

Dans son observation générale n. 13⁵⁶, le Comité souligne que les Etats doivent combattre la discrimination à l'égard des groupes d'enfant

⁵⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n. 3 (2003), le VIH/sida et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003.

⁵¹ Observation générale n. 3 (2003), cit., p. 4.

⁵² *O.l.u.c.*

⁵³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n. 4 (2003), la santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/4, 1^{er} juillet 2003.

⁵⁴ Observation générale n. 4, cit., p. 2.

⁵⁵ Observation générale n. 4, cit., p. 3.

⁵⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n. 13 (2011), le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, CRC/GC/2003/13, 18 avril 2011.

vulnérables ou marginalisés⁵⁷. Le Comité continue en donnant la définition que chaque Etat devrait avoir d'un enfant vulnérable ou marginalisé et il inclut à cette définition les enfants homosexuels, transgenres ou transsexuels⁵⁸. De ce fait, ces enfants sont dorénavant considérés à juste titre comme des enfants potentiellement vulnérables et le Comité enjoint les Etats à leur accorder une protection particulière.

5.1.2. Le Comité n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur un cas d'espèce spécifique concernant la discrimination. Cependant, certaines de ses observations finales en lien avec l'examen périodique des rapports soumis par les Etats parties, prouve que la pratique est encore loin de la théorie.

Par exemple, dans ses observations finales pour le Royaume-Uni et l'Irlande du nord⁵⁹, le Comité s'inquiète de constater qu'en pratique «certains groupes d'enfants, tels que les enfants des Roms et des gens du voyage irlandais, les enfants migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés, les lesbiennes, les bisexuels, les gays et les enfants transgenres, ainsi que les enfants appartenant à des groupes minoritaires, continuent de faire l'objet de discrimination et de stigmatisation sociale»⁶⁰. Il recommande vivement donc à l'Etat partie d'assurer une protection complète contre la discrimination, notamment en «renforçant ses activités de sensibilisation et autres activités de prévention contre la discrimination et, le cas échéant, en prenant des mesures de discrimination positive en faveur des groupes vulnérables d'enfants, tels que les enfants des Roms et des gens du voyage irlandais; les enfants migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés; les lesbiennes, les bisexuels, les gays et les enfants transgenres; et les enfants appartenant à des groupes minoritaires»⁶¹. Par ses recommandations, le Comité souhaite insister sur la nécessité d'un rôle actif de l'Etat pour prévenir la discrimination sous toutes ses formes.

⁵⁷ Observation générale n. 13, cit., p. 26.

⁵⁸ Observation générale n. 13, cit., p. 30.

⁵⁹ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008.

⁶⁰ Observations finales: Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, cit., p. 6.

⁶¹ Observations finales: Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, cit., p. 7.

Dans ses observations finales pour la Malaisie, le Comité réitère ses préoccupations sur l'insuffisance des moyens mis en place afin de lutter contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle⁶².

Dans ses observations finales pour la Nouvelle Zélande, le Comité réitère le besoin d'un rôle actif de l'Etat pour lutter contre la discrimination des enfants. Il enjoint ainsi l'Etat à prendre des actions positives pour protéger les groupes d'enfants à risque, tels que les enfants homosexuels, bisexuels ou transidentitaires⁶³.

5.2. L'intersexualité, soit le fait qu'un enfant naisse avec des caractéristiques sexuelles non définies, pose plusieurs questions juridiques. Dans des cas pareils, les Etats ont des réponses différentes. Certains préconisent l'opération immédiate de l'enfant, sans attendre qu'il soit en âge de choisir. D'autres permettent de laisser le choix à l'enfant.

La CRC impose aux Etats parties de mettre en place des systèmes d'enregistrement des nouveau-nés.⁶⁴ De plus, elle exige que les intérêts supérieurs de l'enfant soient pris en compte dans chaque décision (art. 3 al. 1 CRC) et impose le respect du droit d'être entendu des enfants (art. 12 CRC). Ces articles en lien avec un enfant intersexué posent la question de savoir qui a le droit de décider quel sexe l'enfant devra porter : le médecin, les parents ou l'enfant lui-même dès qu'il en sera capable.

En outre, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qui est en charge de la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶⁵ constate dans ses observations finales sur le Rapport du Costa Rica, en 2011, que même si le pays a pris des mesures visant à garantir le respect de l'identité transsexuelle sur les cartes d'identité, il reste préoccupé «par la discrimination dans l'accès à l'éducation, à l'emploi et à la santé dont sont

⁶² Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Malaisie, CRC/C/MYS/CO/1, 25 juin 2007, p. 7.

⁶³ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports soumis par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, observations finales: Nouvelle-Zélande, CRC/C/NZL/CO/3-4, 11 avril 2011, p. 5.

⁶⁴ Art. 7 CRC.

⁶⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, New York, 18 décembre 1979 entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

victimes les lesbiennes, les bisexuelles, les transsexuelles et les intersexuels dans l'État partie»⁶⁶.

La question de l'intersexualité a donc été, également, prise en compte par les organismes internationaux qui considèrent, désormais, ces personnes comme un groupe de personnes particulièrement vulnérables auxquels il faut donc apporter une protection particulière, aux côtés des personnes LGBT.

5.3. Cette question touche le sort des enfants dont les parents font partie de la communauté LGBTI. Ce sont les articles 9 et 16 CRC qui donne le droit à un enfant d'avoir une famille. L'art. 9 CRC impose à l'Etat de veiller à ce qu'un enfant « ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant». L'art. 16 CRC donne à l'enfant le droit à la vie privée et au respect de sa vie familiale.

Le droit à la vie familiale tel que compris dans d'autres traités internationaux⁶⁷, ne comprend pas le droit à avoir un enfant mais désormais, la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁸ ainsi que d'autres hautes instances reconnaissent le droit d'adoption aux couples LGBTI.

5.4. La criminalisation de l'homosexualité est encore largement répandue à travers le monde, puisque de nombreux Etats font de l'homosexualité un crime ou un délit encore aujourd'hui⁶⁹. Les lois

⁶⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes: Costa Rica, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, 2 août 2011, p. 10.

⁶⁷ Art. 12 DUDH, art. 8 CEDH, art. 17 et 23 Pacte II ONU.

⁶⁸ Cf. par exemple: Cour EDH, Décision du 22 janvier 2008 dans l'affaire E.B. c. France, n. 43546/02, § 10.

⁶⁹ Journal Le Monde.fr, *L'homosexualité, un crime dans de nombreux pays d'Afrique et du Moyen-Orient*, publié le 13 novembre 2012 et mis à jour le 24 février 2014, en www.lemonde.fr, dernier accès 23 novembre 2014.

criminelles sur l'homosexualité sont clairement discriminatoires et vont à l'encontre des droits fondamentaux les plus basiques.

Pour le Comité des droits de l'enfant, il s'agit de discrimination liée à l'orientation sexuelle. Ces lois contreviennent donc lorsqu'il s'agit de mineurs de moins de 18 ans à l'art. 2 CRC, constituant ainsi une violation de la CRC, entre autres. En Effet, dans ces observations finales pour le Chili⁷⁰, le Comité se montre très préoccupé du fait que les relations homosexuelles sont criminalisées et ceci même pour les mineurs de moins de 18 ans⁷¹. De ce fait, le Comité recommande à l'Etat de réformer sa législation en respect de l'art. 2 CRC⁷².

Dans un autre rapport concernant l'Île de Man, le Comité se voit préoccupé par la disparité de l'âge des consentements légaux entre les relations hétérosexuelles – pour lesquelles le consentement est fixé à 16 ans – et les relations homosexuelles – pour lesquelles le consentement est fixé à 21 ans, même si l'intention de l'île de Man est d'abaisser cet âge de 21 à 18 ans. Cette différenciation n'est pas justifiable au regard de l'art. 2 CRC et le Comité recommande à l'Île de Man de prendre toutes les mesures, y compris législatives, afin de se mettre en conformité avec la Convention⁷³.

De même, en 1998, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies en charge de la mise en œuvre du Pacte II ONU, a conclu pour l'Autriche que «la législation actuelle sur l'âge minimum du consentement à des relations sexuelles dans le cas des homosexuels de sexe masculin exerce une discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle. Il préconise une révision de la loi en vue de supprimer de telles dispositions discriminatoires»⁷⁴.

⁷⁰ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Chili, CRC/C/CHL/CO/3, 23 avril 2007, p. 7.

⁷¹ Observations finales: Chili, cit., p. 6.

⁷² Observations finales: Chili, cit., p. 6.

⁷³ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord – Île de Man, CRC/C/15/Add. 134, 16 octobre 2000, p. 5.

⁷⁴ Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les Etats parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme: Autriche, CCPR/C/79/Add. 103, p. 3.

5.5. Le droit à l'éducation d'un enfant est garanti par l'art. 28 CRC. Ce dernier a été complété par l'art. 29 CRC qui dispose que les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à: *a)* Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités; *b)* Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies; *c)* Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne; *d)* Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone; *e)* Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

De plus, ces articles doivent être appliqués en respect des principes fondamentaux de la Convention relative aux droits de l'enfant et notamment en rapport avec l'art. 2 CRC, interdisant toute discrimination. Les enfants doivent être protégés en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre dès qu'ils entrent à l'école, en respect du principe de non-discrimination. L'absence de discrimination dans l'éducation est un point capital du droit à l'éducation.

Une question plus délicate que pose le droit à l'éducation est de savoir si un enfant a le droit à être informé sur les questions liées à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre. Est-ce que le respect du droit à l'éducation confère un droit à l'information de l'enfant sur les questions liées à l'homosexualité, à la bisexualité ou à la transidentité?

Par leurs travaux, de nombreux organismes internationaux et le Rapporteur spécial à l'éducation⁷⁵ ont tenté tant par des observations

⁷⁵ Notamment le Conseil des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'UNESCO, etc. Le Rapporteur spécial pour le droit à l'éducation, nommé pour trois ans par la Résolution 1998/33 de la Commission des droits de l'homme, le 17 avril 1998 et renommé par le Conseil des droits de l'homme, le 12 juin 2008 dans sa Résolution 8/4. Le Rapporteur spécial a un mandat sur le droit à l'éducation en respect de l'art. 26 DUDH et des Pactes I et II ONU.

générales (théorie) que par des observations finales (pratique) d'apporter des réponses à ces questions et de permettre la meilleure interprétation possible du droit à l'éducation en respect des droits fondamentaux des enfants LGBTI.

5.5.1. Dans son rapport présenté lors de la 57^e session de la Commission des droits de l'homme en janvier 2001⁷⁶, la Rapporteuse spéciale à l'éducation note déjà à cette époque l'importance de la reconnaissance des droits de l'homme dans l'éducation. Pour elle, la reconnaissance des droits des enfants facilite l'éducation dans le domaine des droits de l'homme⁷⁷. Elle constate également qu'une importante jurisprudence a déjà pu être établie par les Etats et notamment parmi d'autres exemples, en Colombie, où la Cour suprême a estimé que poser le principe que «l'homosexualité est un péché» exclut des élèves potentiels de l'école et que donc ces derniers doivent être particulièrement protégés⁷⁸. Pour la Rapporteuse spéciale, ces exemples montrent «combien l'émergence des droits de l'homme a modifié le droit à l'éducation qui traitait traditionnellement les enfants comme l'objet de l'éducation, en précisant les droits des parents, des enseignants et de l'État. L'affirmation de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un progrès important dans la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant»⁷⁹.

De plus, selon le Comité des droits de l'enfant, le droit à l'éducation des enfants doit comprendre le droit d'obtenir une éducation sexuelle appropriée de façon à obtenir des informations nécessaires à leur santé et à leur épanouissement susceptibles de favoriser leur pleine participation à la vie sociale. Les Etats parties ont donc une obligation de «veiller à ce que tous les adolescents, filles ou garçons, scolarisés ou non, aient accès sans réserve à une information précise et bien conçue sur la manière de protéger leur santé et leur épanouissement et d'adopter des comportements favorables à la santé. Il s'agit notamment d'informations relatives à la consommation et à l'abus de tabac, d'alcool et d'autres

⁷⁶ Commission des droits de l'homme, Droits économiques, sociaux et culturels, Rapport annuel présenté par Mme Katarina Tomaševski, Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, conformément à la résolution 2000/9 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2001/52, 11 janvier 2001.

⁷⁷ Rapport annuel présenté par Mme Katarina Tomaševski, p. 27.

⁷⁸ *O.l.u.c.*

⁷⁹ *O.c.*, p. 28.

substances, aux comportements sexuels sans danger et aux comportements sociaux respectueux d'autrui, au régime alimentaire et à l'activité physique»⁸⁰.

Le Comité insiste également sur les droits spécifiques des adolescents en respect des art. 3, 17 et 24 de la CRC. Il rappelle que les Etats parties ont l'obligation d'assurer l'accès aux informations concernant la santé sexuelle et génésique, les méthodes contraceptives, les risques liés à la grossesse, au VIH/sida et la prévention des maladies sexuellement transmissibles à tous les adolescents sans discrimination aucune et de manière adaptée à leurs besoins en tenant compte des droits spécifiques des adolescents. Il encourage les Etats parties «à faire en sorte que cette information soit élaborée et diffusée avec la participation active d'adolescents, par toutes sortes de circuits autres que l'école, notamment les associations de jeunes, les groupes religieux, communautaires et autres et les médias»⁸¹.

En effet, les besoins particuliers des adolescents ont déjà été évoqués en 1994 lors de la Conférence internationale sur la population et le développement⁸² lors de laquelle les gouvernements et les Organisations internationales ont été alors invités à mettre en œuvre des programmes spécifiques d'éducation, comprenant des mécanismes éducatifs liés «à l'éducation et à l'orientation des adolescents dans des domaines tels que les relations entre hommes et femmes et l'égalité entre les sexes, la violence à l'encontre des adolescents, un comportement sexuel responsable, la planification responsable de la famille, la vie familiale, la santé en matière de reproduction, les maladies sexuellement transmissibles, la contamination par le VIH et la prévention du sida. Les adolescents devraient bénéficier de programmes pour la prévention et le traitement des sévices sexuels et de l'inceste ainsi que d'autres services de santé en matière de reproduction»⁸³. Les informations ainsi transmises aux adolescents doivent viser à renforcer leurs valeurs culturelles et sociales.

⁸⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n. 4 (2003), p. 8.

⁸¹ *O.c.*, p. 9.

⁸² Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 5-13 septembre 1994.

⁸³ Nations Unies, Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 5-13 septembre 1994, A/CONF.171/13/Rev.1, New York, 1995, p. 50.

De plus, la Conférence, tout comme le Comité des droits de l'enfant, plus tardivement, préconise l'implication active des adolescents dans la planification, la fourniture et l'évaluation des informations en respect de l'orientation et de la responsabilité des parents⁸⁴.

Ce message a été réitéré depuis, à plusieurs reprises, notamment par la Résolution 2009/1 de la Commission sur la population et le développement ⁸⁵. De nombreuses Organisations internationales s'accordent donc pour dire à quel point il est important qu'un adolescent puisse avoir accès aux informations appropriées à ses besoins spécifiques, et donc à une éducation sexuelle ciblée.

De plus, dans son rapport de 2010 devant l'Assemblée générale⁸⁶, le Rapporteur spécial à l'éducation précise que le droit à l'éducation inclut l'éducation sexuelle. C'est un droit fondamental inhérent à la personne, comme le droit à la santé et à l'information. Donc, le droit à l'éducation sexuelle fait partie du droit à l'éducation des individus. Par analogie, ce principe s'applique donc également aux enfants. Le Rapporteur spécial note encore que «l'éducation sexuelle doit porter une attention particulière à la diversité car chacun a le droit de vivre sa sexualité sans craindre de discrimination en raison de son orientation sexuelle ou de son identité sexuelle»⁸⁷.

5.5.2. En juin 2006, le Rapporteur spécial à l'éducation s'est déclaré très inquiet dans une communication faite à la Pologne sur l'implémentation d'une loi pouvant freiner la diffusion d'informations éducatives concernant les droits de l'homme, la tolérance et le respect de la diversité. Il déclare également que le fait d'empêcher des étudiants d'avoir accès à une éducation sexuelle, en particulier en rapport avec des questions de santé, allait compromettre le droit à l'éducation⁸⁸.

⁸⁴ *O.l.u.c.*

⁸⁵ Commission sur la population et le développement, Rapport sur la 42^e session (11 avril 2008 et 30 mars-3 avril 2009), E/2009/25, E/CN.9/2009/10, New York, 2009, p. 7.

⁸⁶ Assemblée générale des Nations Unies, 65^e session, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'éducation, A/65/162, New York, 23 juillet 2010.

⁸⁷ *O.l.u.c.*, p. 8.

⁸⁸ Conseil des droits de l'homme, Implementation of General Assembly resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled «Human Rights Council», Report of the special rapporteur on the right to education, Vernor Munoz, Addendum, Summary of

Toujours en rapport avec la Pologne, en mars 2007, le Ministre de l'éducation polonais, Mr. Roman Giertych, affirme lors du sommet européen des ministres de l'éducation que les enfants sont soumis au sein de l'Union européenne, et en particulier au sein de son pays, à une «propagande homosexuelle» avant d'ajouter qu'il faut limiter celle-ci «pour que les enfants aient une vision correcte de la famille»⁸⁹. Une loi bannissant la «propagande homosexuelle» dans les écoles est, selon lui, déjà en cours d'élaboration. Ces déclarations ont été très mal perçues par la Communauté internationale et ont poussé le Rapporteur spécial pour le droit à l'éducation à envoyer une communication à la Pologne pour lui signifier sa préoccupation suite aux déclarations du Ministre et pour l'éventuelle adoption de cette loi discriminatoire envers les homosexuels⁹⁰. Le Rapporteur spécial s'est dit également très concerné sur le fait que cette loi vise aussi à réprimer toute information éducative quant à l'orientation sexuelle, à l'identité de genre en rapport avec le respect des droits de l'homme. Par une réponse du 26 novembre 2007, le gouvernement polonais a répondu que suite à la communication du Rapporteur spécial, le projet de loi avait été abandonné, une décision qui a été saluée par le Comité des droits de l'homme et par le Rapporteur spécial à l'éducation⁹¹.

En 2010, le Comité des droits de l'homme se dit très inquiet dans ses observations finales⁹² sur le rapport que vient de lui rendre le Mexique sur l'application du Pacte II ONU en raison de violences commises à l'endroit des personnes lesbiennes, homosexuelles, bisexuelles ou transidentitaires et de discrimination en lien avec l'orientation sexuelle dans le système éducatif mexicain. Le Comité urge le Mexique de prendre toutes les mesures nécessaires pour enquêter sur toutes les plaintes concernant ces

communications sent to and replies received from Governments and other actors, 1st January 2006 to 11 January 2007, A/HRC/4/29/Add.1, 15 mars 2008, p.7.

⁸⁹ Conseil des droits de l'homme, Promotion et protection de tous les droits de l'homme civils, politiques, économiques, sociaux et culturels y compris le droit au développement, le droit à l'éducation dans les situations d'urgence, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Vernor Munoz, A/HRC/8/10, 20 mai 2008 et questions préliminaires du Rapporteur A/HRC/8/10/Add.1 du 13 mai 2008, p. 18.

⁹⁰ *O.u.c.*, § 79 ss.

⁹¹ *O.l.u.c.*

⁹² Comité des droits de l'homme, Observations finales du Comité des droits de l'homme: examen des rapports soumis par les Etats parties conformément à l'article 40 du Pacte: Mexique, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 avril 2010.

actes. Il conseille également au pays «de fournir une protection efficace contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle, notamment dans le système éducatif, et lancer une campagne de sensibilisation destinée au public afin de combattre les préjugés sociaux»⁹³.

6. Pour conclure, un enfant homosexuel, bisexuel ou transgenre doit pouvoir bénéficier des mêmes garanties internationales que n'importe quel autre enfant. Nous avons vu que la base des revendications des mouvements LGBTI n'est pas d'obtenir de nouveaux droits mais bien de pouvoir jouir de leurs droits fondamentaux de la même façon que tout autre personne, c'est-à-dire sans entrave, ni discrimination. Il en est ainsi également pour les enfants. De plus, ces derniers représentent une catégorie de la population particulièrement vulnérable. Ce qui a été, nous l'avons démontré, largement reconnu par la Communauté internationale dans son ensemble. Il est donc primordial de les protéger tout spécialement contre les atteintes à leurs droits. Grâce au travail du Comité des droits de l'enfant et à la mobilisation des Organisations internationales sur le sujet, les Etats prennent peu à peu conscience du fait que la protection de ces enfants vulnérables doit être augmentée et que les garanties internationales doivent être correctement mises en œuvre.

Même si les questions d'éducation sexuelle pour les enfants/adolescents peuvent se heurter aux convictions personnelles, culturelles et sociales de la société, il a été démontré à plusieurs reprises par le travail des Organisations internationales, comme nous l'avons vu dans cet article, que cette éducation, correctement donnée et ciblée sur les besoins spécifiques selon l'âge de l'enfant, permet de protéger les enfants/adolescents contre des violences, des discriminations ou des atteintes à leur santé.

⁹³ *O.m.c.*, p.7.