

MINI CONFERENCE 2018 GENDER, EQUALITY AND DISCRIMINATION



Venice Commission
Joint Council on Constitutional Justice
Lausanne, Switzerland
28 June 2018



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

**Venice Commission:
Joint Council
on Constitutional Justice**

**Mini-Conference
Gender, equality and discrimination**

**Lausanne, Switzerland
27 June 2018**

All requests concerning the reproduction
or translation of all or part of this
document should be addressed to the
Directorate of Communication (F-67075
Strasbourg Cedex or publishing@coe.int).
All other correspondence concerning this
document should be addressed to
Directorate General
Human Rights and Rule of Law

Cover and layout: Documents and
Publications Production Department
(SPDP), Council of Europe

© Council of Europe, August 2018

Printed at the Council of Europe

CONTENTS

Programme	7
Introduction	11
Paul Tschümperlin, Secretary General of the Federal Court of Switzerland	17
Ana Vilfan Vospernik, Lawyer, European Court of Human Rights	31
Marjolein Swaanenburg van Roosmalen, Secretary to the Constitutional Law Committee, Management Support Department, Council of State of the Netherlands	51
Mirjana Stresec, Senior Legal Adviser, Constitutional Court of Croatia	61
Anne Rasson-Roland, Advisor, Constitutional Court of Belgium and Jan Theunis, Advisor, Constitutional Court of Belgium	83
Irina Khakhutaishvili, Secretariat of the President, International Relations, Constitutional Court of Georgia	101
László Detre, Legal adviser, Constitutional Court of Hungary	109
Reinhild Huppmann, Chief of Protocol, Constitutional Court of Austria	121
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Constitutional Court Judge of Peru	125
Celestina Iannone et Guillaume Etienne, chef d'unité et administrateur-juriste, Direction de la recherche et de la documentation de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (not presented during JU Mini-Conference)	131
Participants	163



Mini-conference
27 June 2018
Lausanne, Switzerland

PROGRAMME

MORNING SESSION ▲

**Chair: Marjolein Swaanenburg-van Roosmalen, Co-President of the Joint Council on Constitutional Justice
Legal Adviser, Council of State, Netherlands**

**09:00- 09:30 - Tanja Gerwien, Legal Officer, Division on Constitutional Justice of the Secretariat of the Venice Commission
Introduction**

**09:30-10:00 - Paul Tschümperlin, Secretary General of the Federal Court of Switzerland
En Suisse: la discrimination entre hommes et femmes, un phénomène du passé?**

**10:00-10:30 - Ana Vilfan Vospernik, Lawyer, European Court of Human Rights
The European Court of Human Rights' case-law on issues pertaining to gender equality and discrimination**

10:30-11:15 - Discussions + coffee break

**11:15-11:45 - Marjolein Swaanenburg-van Roosmalen, Secretary to the Constitutional Law Committee, Management Support Department, Council of State of the Netherlands
Developments in the Dutch legislation and the advisory opinions and judgments of the Council of State regarding #MeToo and (trans)gender, equality and discrimination**

**11:45-12:15 - Mirjana Strescec, Senior Legal Adviser, Constitutional Court of Croatia
Gender, equality and discrimination, the Regulatory Framework and the Constitutional case-law of Croatia**



AFTERNOON SESSION ▲

**Chair: Mirjana Stresec, Co-President of the Joint Council on Constitutional Justice
Senior Legal Adviser, Constitutional Court of Croatia**

**14:00-14:30 - Anne Rasson-Roland, Advisor, Constitutional Court of Belgium and Jan Theunis, Advisor, Constitutional Court of Belgium
Genre, égalité et non-discrimination: la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge**

**14:30-15:00 - Irina Khakhutaishvili, Secretariat of the President, International Relations, Constitutional Court of Georgia
Gender, Equality and Discrimination: Recent developments in Georgian legislation and case-law of the Constitutional Court of Georgia**

15:00-15:45 - Discussions + coffee break

**15:45-16:05 - László Detre, Legal adviser, Constitutional Court of Hungary
A step forward? The first case before the Constitutional Court of Hungary concerning trans-sexuality**

**16:05-16:35 - Reinhild Huppmann, Chief of Protocol, Constitutional Court of Austria
Same sex couples/heterosexual couples and the right to marry or to enter into a registered partnership**

16:35-17:00 - Discussions + closing



**Joint Council meeting,
Constitutional Court, Lausanne, Switzerland
28 June 2018
Mini Conference**



LEX . JVSTITIA . PAX

Introduction ▲

Tanja Gerwien,
Legal Officer, Division on
Constitutional Justice, Secretariat
of the Venice Commission

I would like to welcome you to our mini-conference. If you are attending the Joint Council on Constitutional Justice for the first time, you will see that we hold these mini-conferences every year after the Joint Council meeting, to give the Venice Commission's liaison officers the opportunity to share the experiences of their courts on the topic chosen for this event. ▶

■ This year's topic: "**Gender, equality and discrimination**" may not come as a surprise to you after the highly mediatised #MeToo movement that occurred at the end of last year, following the allegations against American film producer Harvey Weinstein. It exposed the inequalities between men and women in the Hollywood film industry as well as the harassment and violence that not only affect women, but also a number of men in that business! The #MeToo movement has led to a worldwide movement for change.

■ As you can see from the title of our mini-conference, we have chosen a much broader topic than the #MeToo movement because – although we want to cover sexual harassment as well as issues such as the gender pay gap and sexual discrimination between man and women at the workplace – we would like to go a little further and cover discrimination and inequalities that result from gender or sexual identity or, sometimes, the lack of one.

■ I would like to begin with the notion of “gender”, which has been defined as referring to the socially constructed roles, behaviours, activities of women and men, which are assigned to them on the basis of their sex¹ – “sex” being the biological and physiological characteristics that differentiate men and women. Social expectations regarding any given set of gender roles depend on a particular socio-economic, political and cultural context and are affected by other factors including race, ethnicity, class, sexual orientation and age. Gender roles are learned from a very young age, vary widely within and between different human societies and, they change over time.²

■ This leads me to the notion of “gender identity”, which is an important one and refers to the gender to which a person feels they belong. This may, or may not, be the same as the one that was assigned to them at birth. Gender identity is each person’s deeply felt internal and individual experience of gender and includes the personal sense of body and other expressions, such as dress, speech and mannerisms.³

■ Women and men come under the “conventional notion” of gender. They may then come under “cisgender” if their gender identity and gender expression match the sex they were assigned at birth and the social expectations associated to their gender.⁴

■ There is a variety of other categories covered by the notions of “transgender” and “gender diverse”, for those who do not fit into the “conventional notion” of gender, whose “gender identity” differs from the gender they were assigned at birth or who wish to portray their gender identity in a different way from the gender they were assigned at birth.

■ And then, there are those who are referred to as being “intersex”. This means that the person is born with atypical combinations of physical characteristics that distinguish girls from boys.

-
1. See Article 3 c of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (“The Istanbul Convention”).
 2. *Compass: the Manual for Human Rights Education with Young People*, www.coe.int/en/web/compass/gender
 3. Ibid. See also “*Human Rights and Gender Identity*”, Commissioner for Human Rights, CommDH/ Issue Paper(2009)2.
 4. ILGA-Europe Glossary, https://ilga-europe.org/sites/default/files/ilga-europe_glossary_final_170714_www.pdf

■ Progress has been made over the years to encourage states not to impose any irreversible medical procedure that imposes a gender identity on the child without the consent of the child, in accordance with the age and maturity of that child – taking into consideration the child’s best interests.⁵

■ “Sexual orientation” also plays an important role and is what describes a pattern of emotional and sexual attraction to males, females or both or neither. There is, however, no link between “sexual orientation” and “gender identity” – a woman who is transgender may be heterosexual or lesbian or bisexual. Unfortunately, this distinction is not drawn in some member countries of the Venice Commission, which creates a lot of unnecessary suffering, especially when it restricts these individuals’ legal capacity or type of medical treatment they have access to.

■ All these categories may – and, unfortunately, often do – experience various ranges of stigma, discriminatory practices or social exclusion as well as violence.

■ As the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe has said, the challenge is to protect everyone’s human rights in a consistent manner and not exclude any group.⁶

■ The Council of Europe has been at the forefront of this issue and dealt with all these aspects in various texts over the years. The earliest was the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE)’s Recommendation on the Condition of Transsexuals, adopted in 1989.

■ Since then, many recommendations⁷ have been adopted, the latest one being the Parliamentary Assembly’s Recommendation 2116 (2017) on Promoting the human rights of and eliminating discrimination against inter-sex people.

-
5. Principle 18 of the Yogyakarta Principles: <https://yogyakartaprinciples.org/principle-18/>
 6. “Human Rights and Gender Identity”, Commissioner for Human Rights, CommDH/ Issue Paper(2009)2. In 2009, Thomas Hammarberg was the Commissioner for Human Rights (2006-2012).
 7. In 2010: PACE adopted Recommendation 1915 (2010) on "Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity", which was followed by the Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 on "Measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity". In 2015: PACE adopted Resolution 2048(2015) on "Discrimination against transgender people in Europe" and the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2015)2 on "Gender mainstreaming in sport".

■ Coming back to the issue of gender equality – that is equality between men and women – the Council of Europe has a Gender Equality Commission that was established in 2012 to help ensure the mainstreaming of gender equality into all Council of Europe policies and to bridge the gap between commitments made on the international level (notably the UN Conference on Women in 1995) with the day-to-day reality of women in Europe today.⁸ An important topic which they are going to revisit over the next couple of years is the protection of the rights of migrant, refugee and asylum-seeking women and girls – particularly relevant today – updating an old recommendation adopted in 1979.⁹

■ In March of this year, the Council of Europe adopted a Gender Equality Strategy for 2018-2023, renewing the organisation's commitment to address current and emerging challenges as well as removing barriers towards achieving substantive and full gender equality in its member States and within the organisation.

■ On the issue of gender equality, the Committee of Ministers' latest Recommendation (CM/Rec(2017)9) is on Gender equality in the audiovisual sector,¹⁰ which is interesting in the light of the #MeToo movement, because it has identified several barriers preventing women from working in the audiovisual industry on equal terms with men. These barriers include: Unequal distribution between women and men of funding for audiovisual content; Lack of willingness to invest in financially ambitious female-created audiovisual content and conscious and unconscious gender bias at all levels of the industry.

■ A new Recommendation by the Committee of Ministers is currently in the pipeline and will deal with preventing and combating sexism.

■ The Venice Commission has also addressed the issue of gender equality, notably in the Code of Good Practice in Electoral Matters (2002) and in the Guidelines on Political Party Regulation (2010), where it states that "In respect for the universal and regional instruments designed to ensure equality for women as well as general principles for non-discrimination, legislation should

-
8. It has developed a Gender Equality Glossary that is available online: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805e55eb>
 9. Recommendation No. R (79) of the Committee of Ministers to member states concerning women migrants.
 10. The Committee of Ministers also adopted a Recommendation back in 2007 CM/Rec(2007)17 on Gender equality standards and mechanisms; then in 2013, it adopted Recommendation CM/Rec(2013)1 on Gender equality and media.

endeavour to ensure that women are able to participate fully in political parties as a fundamental means for the full enjoyment of their political rights.”

■ References to gender equality are scattered throughout Venice Commission opinions as well.¹¹ These can be found in our Compilation concerning gender equality,¹² which covers principles recognised at the constitutional level – such as non-discrimination and equal access to rights – it then deals with general principles at the legislative level and then with bodies specialised in the fight against discrimination; specific laws on non-discrimination and then women and participation in public life, women and political parties, women and elections, women and the media as well as sexism in language.

■ To conclude, I would like to let you know that the Venice Commission is also currently working on a Study on Gender Equality, the adoption of which is foreseen this year.



11. The Venice Commission has also adopted an Opinion “on the issue of the prohibition of so-called “propaganda of homosexuality” in the light of recent legislation in some member states of the Council of Europe”, CDL-AD(2013)022.

12. CDL-PI(2016)007.

En Suisse: la discrimination entre hommes et femmes, un phénomène du passé? ▲



Paul Tschümperlin,
Secrétaire général du
Tribunal fédéral suisse¹

Le 14 juin 1981, le peuple suisse acceptait en votation populaire d'inscrire l'égalité des sexes dans la Constitution fédérale. Trente-sept ans se sont écoulés depuis lors. À ce jour, la parité de fait est-elle devenue une réalité? Qu'en est-il notamment en matière de conditions salariales, d'accès aux postes à responsabilités, de participation à la vie politique, de congé de paternité et d'obligation de servir? ►

■ En Suisse, le principe de l'égalité de traitement est inscrit dans la Constitution fédérale à son article 8. Il est concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes entrée en vigueur en juillet 1996. En outre, il sied de signaler l'existence de la *CHARTÉ pour l'égalité salariale dans le secteur public*, charte qui a été paraphée à ce jour par la Confédération, 14 cantons et 33 communes. En signant cette charte, les autorités réaffirment leur détermination à mettre en oeuvre l'égalité salariale dans leur sphère d'influence. Elle n'a cependant aucun pouvoir juridique contraignant et n'impose aucun délai.

■ Avant d'entrer dans le vif des différents thèmes, et afin de les illustrer concrètement, présentons la famille Dubois.

1. Un remerciement particulier est adressé à Madame Sandra Perbos, juriste auprès du Service d'information et de documentation juridiques du Tribunal fédéral, qui a préparé la présente contribution.

■ Mariés depuis huit ans, Pascal et Fabienne Dubois sont les heureux parents de deux enfants en bas âge. La famille habite un charmant village viticole du canton de Vaud niché sur les coteaux du Léman.

■ Pascal Dubois travaille à 80% comme conseiller en personnel auprès d'une agence de placement. Comme de nombreux citoyens, il a effectué son service militaire. Fabienne Dubois occupe un poste d'enseignante du cycle primaire à mi-temps. De plus, elle préside le conseil d'administration d'une caisse d'épargne locale. Il faut savoir en effet que la jeune femme a effectué un apprentissage d'employée de commerce au sein d'une banque avant de se lancer dans l'enseignement. À la recherche d'un nouveau défi, la mère de famille envisage de quitter son poste au sein du conseil d'administration pour embrasser une carrière politique au niveau communal, voire cantonal.

■ Si l'on devait solliciter l'opinion des conjoints Dubois quant à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ils se diraient sans doute globalement plutôt satisfaits de leur sort.

1. Que dire de la parité des salaires?

1.1 Régime juridique

■ Le principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes est inscrit dans la Constitution fédérale et fait dès lors partie des droits fondamentaux. Il s'agit d'un droit individuel à l'égalité de rémunération que tout salarié, homme ou femme, peut invoquer directement en justice. On est donc en présence d'un cas exceptionnel pour notre pays où un droit constitutionnel produit un effet horizontal direct dans les rapports entre personnes privées². Ce principe a par ailleurs été concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes. Ce postulat ne se limite pas à la comparaison de personnes de sexes distincts occupant des postes identiques. L'égalité de rémunération est fondée sur la notion de travail de valeur égale³ qui permet de comparer des fonctions différentes lorsque les exigences et charges requises pour les exercer correctement sont jugées équivalentes⁴. Dans les procédures de discrimination salariale, les tribunaux doivent ordonner des expertises si l'équivalence entre

2. ATF 113 Ia 107

3. ATF 130 III 145

4. ATF 144 II 65

les diverses fonctions d'une même entreprise n'est pas flagrante ou si elle n'est pas établie par d'autres moyens de preuve⁵. Les experts doivent alors établir si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination⁶.

■ Le juge qui refuse d'ordonner une expertise requise par une partie consacre une violation de la maxime d'office, à moins que l'expertise n'apparaisse d'emblée inutile, parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe⁷. Ainsi, le juge n'est-il pas contraint de procéder à une expertise pour tout différend salarial⁸.

■ Si le juge constate l'absence de discrimination salariale entre une employée et son successeur masculin, il n'est pas tenu de procéder à une expertise visant à déterminer l'existence d'une discrimination sur l'ensemble du spectre des salaires de l'entreprise, en particulier quand l'employée ne met pas en avant d'autres employés susceptibles de faire l'objet d'une comparaison salariale et qu'elle ne prétend pas que sa position était occupée statistiquement de façon prédominante par des femmes⁹.

■ Sont prohibées tant les discriminations dites directes, soit celles qui se fondent explicitement sur le critère du sexe, que les discriminations indirectes, c'est-à-dire lorsque le critère utilisé est formellement neutre, mais qu'il peut avoir pour effet de désavantager un plus grand nombre de personnes d'un sexe donné¹⁰. Par ailleurs, la simultanéité des prestations n'étant pas une condition de comparaison, un employé peut fort bien fonder sa prétention sur la base du salaire de son prédécesseur ou de son successeur de sexe opposé.

■ Soulignons toutefois que la solution adoptée par la Suisse pour favoriser l'application de la loi est celle de l'incitation – notamment par des aides financières et un label "*equal salary*"¹¹ – et non celle de la répression. Ainsi, il convient de relever que le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, institué en 1998, a pour mission d'*encourager* la réalisation de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines...

5. ATF 130 III 145

6. ATF 133 III 545

7. ATF 133 III 545

8. Arrêt du Tribunal fédéral 8C_31/2009 du 4 janvier 2010

9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012

10. Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013

11. www.equalsalary.org/fr/about-equal-salary/foundation-equal-salary

1.2 Jurisprudence

1.2.1 Salaire de Pascal

■ Pascal Dubois, exerçant dans le secteur privé, gagne autant que sa collègue féminine pour un travail de valeur égale. On ne peut que se réjouir de cette situation.

■ Il n'en va hélas pas toujours ainsi: dans une affaire de 2011¹², notre Haute Cour a statué sur le grief de discrimination salariale allégué par l'employée d'une société de placement de personnel. La recourante travaillait à 90% alors que son homologue masculin était occupé à temps plein. Rapporté à un plein temps, le salaire de la recourante était cependant inférieur de 50% de celui de son collègue de travail.

■ Conformément à sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a rappelé que des critères objectifs, tels que la formation, l'ancienneté, le temps passé dans la fonction, les prestations effectuées ou les risques, peuvent influencer la valeur du travail. Cependant, pour qu'un motif objectif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe de manière importante sur la prestation de travail et sur sa rémunération. L'employeur doit en outre démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise. Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a estimé qu'une disparité de rémunération de 50% n'était pas justifiée car seuls deux critères pouvaient fonder une différence entre les salariés: l'employé mieux rémunéré offrait en effet des connaissances techniques solides et parlait couramment l'allemand et le suisse allemand. Toutefois, à la lumière du principe de proportionnalité, le Tribunal fédéral a jugé que ces deux facteurs étaient insuffisants pour justifier un tel écart salarial.

1.2.2 Salaire de Fabienne

■ Dans notre cas, Fabienne Dubois, qui travaille dans le secteur public, gagne autant que son collègue masculin.

■ D'ailleurs, ce n'est pas un hasard puisque son employeur, le canton de Vaud, a signé la *CHARTRE pour l'égalité salariale dans le secteur public*, charte, rappelons-le, dénuée d'effet contraignant. À ce titre, la Confédération, également signataire, donne l'exemple: dans l'administration fédérale, la discrimination salariale constatée se trouve en deçà du seuil de tolérance de 5%¹³.

12. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011

13. www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/plateforme-egalite-salariale/engagement-du-secteur-public/Monitoring.html

■ La jurisprudence s'est penchée à diverses occasions sur la question de la discrimination salariale dans le secteur de l'enseignement. Dans un arrêt de principe de fin 2015¹⁴, le Tribunal fédéral a examiné une décision de classification des traitements qu'une enseignante du degré primaire du canton d'Argovie estimait discriminatoire. La recourante alléguait que l'enseignement dans le degré primaire était une activité typiquement féminine, comparativement moins bien rémunérée que des activités équivalentes dans l'administration cantonale en question. Notre Haute Cour a admis qu'une fonction a un caractère spécifiquement féminin lorsque la proportion de femmes exerçant cette fonction est nettement supérieure à 70%, ce qui était le cas dans l'affaire qui nous occupe. Le Tribunal a aussi constaté qu'il s'agissait d'une évolution continue et constante dans le canton d'Argovie, mais également à l'échelle de la Suisse. Il a en outre rappelé qu'on était en présence d'une discrimination salariale à raison du sexe lorsqu'il existe, au détriment d'un travail identifié comme étant spécifiquement féminin, des différences de salaire ne reposant pas sur des motifs objectifs. Par conséquent, la rémunération du corps enseignant du cycle primaire en Argovie devait faire l'objet d'un examen sous l'angle de l'interdiction de la discrimination salariale fondée sur le sexe et l'affaire a été renvoyée à l'instance précédente afin qu'elle procède à cet examen.

■ Toutefois, en 2017¹⁵, alors qu'il avait admis le précédent recours de l'enseignante, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle n'était pas parvenue à établir, ni à rendre plausible, que le système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs dans le canton d'Argovie fut constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe. Selon le Tribunal fédéral, la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe n'est pas établie par la seule constatation du caractère féminin de la profession et un système particulier pour les enseignants n'est pas en soi discriminatoire.

■ Toujours dans le secteur de l'enseignement, le Tribunal fédéral eut à connaître en début d'année d'un cas de discrimination salariale fondée sur le sexe des jardinières d'enfants engagées depuis de nombreuses années dans le canton de Schaffhouse¹⁶. Suite à l'introduction d'un nouveau système salarial, la cour cantonale a estimé que la rémunération des jardinières d'enfants plus âgées faisait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe. Sous l'ancien système salarial, toutes les jardinières d'enfants auraient fait l'objet d'une discrimination salariale; cette discrimination persisterait partiellement

14. ATF 141 II 411

15. ATF 143 II 366

16. ATF 144 II 65

dans le nouveau système salarial pour les enseignantes plus âgées, dans la mesure où leur salaire a été augmenté de manière moindre que celui des plus jeunes enseignantes. Notre Haute Cour a considéré que, bien que la fonction de jardinière d'enfants soit un métier typiquement féminin, on ne saurait admettre qu'une discrimination fondée sur le sexe des jardinières d'enfants a été rendue vraisemblable sous l'ancien système. Les jardinières d'enfants concernées auraient dû démontrer de manière concrète par rapport à quelles autres activités, typiquement masculines ou neutres du point de vue du sexe et considérées comme équivalentes, elles étaient discriminées, ce qu'elles n'ont pas fait. Les recourantes n'ont cependant pas seulement fait valoir une discrimination salariale fondée sur le sexe mais également une inégalité de traitement par rapport aux jardinières d'enfants plus jeunes. L'affaire a été renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle examine cette question sur laquelle elle ne s'était pas prononcée.

■ Toujours dans le secteur public, le Tribunal fédéral a posé comme principe élémentaire, que l'employeur n'a pas le droit de justifier une discrimination par une autre. Il est donc aussi possible d'établir l'existence d'une discrimination salariale entre les travailleurs et les travailleuses, en l'espèce du personnel infirmier, lorsque l'employeur pratique des inégalités de traitement entre des personnes de même sexe¹⁷.

1.3 Évolution possible

■ Pourtant, force est de constater que Fabienne est chanceuse: dans les faits, ce sont des différences d'environ 18%¹⁸ qui sont encore aujourd'hui constatées entre les salaires masculins et féminins. En outre, le niveau des salaires dans les métiers typiquement masculins est nettement plus élevé que dans les professions dites féminines. À cet égard, l'actuel projet de révision de la loi sur l'égalité propose un auto-contrôle régulier et obligatoire des salaires dans les entreprises de plus de 100 personnes¹⁹. Selon une récente étude du Forum économique mondial, la parité des salaires en Suisse est à l'horizon de... 2186..., soit encore pas loin de 170 ans de patience...

17. ATF 136 II 393; 127 III 207

18. www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/plateforme-egalite-salariale.html (consulté le 30.04.2018)

19. Communiqué de presse du 14 mai 2018 du Parlement, consultable sous www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wbk-s-2018-05-14.aspx

2. Qu'en est-il de l'accès aux postes à responsabilités?

2.1 Situation juridique

■ Fabienne Dubois préside aussi le conseil d'administration d'une caisse d'épargne locale. Or, les chiffres sont éloquentes: au sein des directions des 100 plus grandes entreprises de Suisse, la part des femmes se monte à 8%²⁰.

■ Cela s'explique notamment par le fait qu'en Suisse, pour concilier vie professionnelle et familiale, nombre de femmes travaillent à temps partiel. Ce modèle de travail est d'ailleurs traditionnellement féminin. En revanche, les femmes sans enfants font plus facilement carrière.

■ À l'heure actuelle, aucune législation n'existe en la matière.

2.2 Jurisprudence

■ Peu d'arrêts ont été rendus sur le sujet. Toujours dans le secteur de l'enseignement, mais universitaire cette fois, en 2005, un poste de professeure associée a été mis au concours, précisant que seules les candidatures féminines seraient retenues. Sur recours d'un candidat masculin, le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la proportionnalité de ce système de quota rigide qui écartait d'emblée la candidature masculine sans examen préalable. Il a jugé que ce n'était guère défendable de faire abstraction des qualifications des candidats, pour des postes aussi qualifiés. Les juges n'ont pas condamné en tant que tels les quotas, ils ont cependant précisé que l'importance de l'atteinte susceptible d'être causée à un candidat de l'autre sexe rendait nécessaire une base légale autre que la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes²¹.

■ Dans une affaire analogue, notre Haute Cour a affirmé que l'exclusion de la voie de la plainte, telle que prévue par le règlement de l'université en question, pour une personne du sexe sur-représenté était inadmissible et contraire à la Constitution qui vise non seulement l'élimination des discriminations contenues dans la législation, mais également la réalisation de la parité des sexes dans les faits. Dans l'examen de la proportionnalité, elle a à nouveau pris soin de distinguer entre quotas flexibles ou souples, qui donnent la préférence aux femmes à qualifications équivalentes à celles des hommes, des quotas fixes ou rigides qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications et ont par conséquent été jugés difficilement admissibles²².

20. Rapport Schilling 2017, consultable sur www.schillingreport.ch

21. ATF 131 II 361

22. Arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006

2.3 Évolution possible

■ Il s'avère qu'un vent nouveau souffle sur l'économie suisse et nombre d'entreprises semblent avoir pris conscience qu'une forte mixité était non seulement socialement souhaitable, mais les rendait plus attractives sur le marché. En outre, il sied de signaler que le projet de révision du Code des obligations relatif au droit de la société anonyme prévoit un quota de femmes de 30% dans les conseils d'administration et de 20% dans les fonctions dirigeantes des entreprises cotées en bourse, soit une mesure positive destinée à augmenter la présence féminine²³.

■ Quant au secteur public, il est en avance sur l'économie privée. En 2013, le Conseil fédéral a décidé que les sexes devaient être représentés de façon équitable au sein des organes de direction des entreprises proches de la Confédération et a fixé un quota cible de 30%²⁴.

■ Les différentes interventions politiques au niveau fédéral montrent que la question des quotas féminins n'est plus taboue et que l'idée fait son chemin dans les milieux économiques de notre pays.

3. Et la participation à la vie politique?

■ En effet, Fabienne Dubois, qui a le verbe haut, se laisserait bien tenter.

3.1 Situation juridique

■ Notre pays n'a certes pas fait oeuvre de pionnier en la matière! Preuve en est l'adoption tardive – en 1971 – du droit de vote et d'éligibilité des femmes dans les votations fédérales. Ce n'est que vingt ans plus tard, après un long chemin semé d'embûches, que toutes les Suissesses purent enfin se rendre aux urnes au niveau cantonal. En effet, le Tribunal fédéral a jugé anticonstitutionnel le suffrage exclusivement masculin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures²⁵. Par décision de notre Haute Cour, Appenzell Rhodes-Intérieures a ainsi été le dernier de nos 26 cantons à introduire le suffrage féminin au niveau cantonal.

23. Révision droit de la société anonyme (objet n°16.077), consultable sous www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160077

24. Des quotas de femmes dans les cercles dirigeants de l'économie (2014), consultable sous www.ekf.admin.ch/ekf/fr/home/documentation/etudes-et-recommandations.html

25. ATF 116 Ia 359

■ Si la question des quotas n'est plus taboue dans le monde économique, elle l'a été pendant des années en politique. Cela n'a rien de surprenant: en l'an 2000, l'initiative populaire prônant "une représentation équitable des femmes dans les autorités fédérales" a subi un cuisant échec: elle a été rejetée à 82% des voix. Une des raisons du rejet massif de l'initiative a été la crainte que des quotas dans le domaine politique auraient indiscutablement porté atteinte, dans une certaine mesure, à la liberté de choix des citoyennes et des citoyens.

3.2 Jurisprudence

■ Les juges du Tribunal fédéral ont déclaré nulles, vers la fin des années 1990, deux initiatives cantonales visant à instaurer des quotas pour assurer une représentation adéquate ou paritaire des femmes en politique. À l'époque, ils ont en effet estimé que la répartition en fonction de quotas de mandats octroyés par élections populaires représente une limitation inadmissible au droit égal d'élire et d'être élu²⁶. De surcroît, exiger de façon impérative et sans égard aux qualifications, un quota de représentation des femmes dans les institutions cantonales porterait une atteinte disproportionnée à l'interdiction de discrimination garantie par la Constitution fédérale²⁷.

3.3 Évolution possible

■ Force est de constater qu'une stagnation de la représentation des femmes dans les instances politiques est observée depuis les années 1990. Les raisons en sont connues: difficulté d'articuler vie professionnelle, vie privée et mandat politique, agressivité croissante du débat politique, faible présence dans les médias...

■ Ainsi, environ 30% de femmes sont représentées au Parlement, il en va de même au niveau cantonal et communal. Cette proportion est encore inférieure dans les exécutifs cantonaux et communaux²⁸.

■ Au mois de mars de cette année, le Conseil des États a accepté une initiative exigeant une représentation équitable des genres au Conseil fédéral,

26. ATF 125 I 21; 123 I 152

27. ATF 123 I 152

28. La part des femmes dans les institutions politiques, Office fédéral de la statistique www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/politique/elections/femmes.html

notre exécutif, qui compte à l'heure actuelle deux femmes sur un collègue totalisant sept conseillers fédéraux. La balle est désormais dans le camp du Conseil national. Précisons qu'il faut remonter aux années 2010-2011 pour trouver une majorité de femmes (quatre en l'occurrence) siégeant au Gouvernement.

■ Et le Tribunal fédéral? Notre Cour suprême compte 14 femmes sur 38 magistrats.

■ Pour en revenir à la famille Dubois, il convient de rappeler que Fabienne et Pascal sont les heureux parents de deux charmants bambins. Lors de la naissance des enfants, la maman a bénéficié d'un congé maternité bien mérité.

4. Quid du congé de paternité de Pascal?

4.1 Situation juridique

■ À l'heure actuelle, le droit fédéral ne prévoit pas un tel congé. Lors de la naissance de son enfant, le père peut uniquement faire valoir un droit aux jours de congé usuels²⁹, si bien que les pères bénéficient en principe d'un à deux jours de congé payés. Toutefois, certaines entreprises, voire des branches entières, accordent à bien plaisir un congé de paternité dont la durée varie. Les mères en revanche ont droit à un congé maternité d'une durée minimale de 14 semaines lorsqu'elles exercent une activité lucrative. En outre, concernant les employés de la Confédération, tant bien père que mère, ils jouissent de surcroît de la possibilité de réduire leur taux d'occupation de 20% après la naissance ou l'adoption, le salaire étant bien entendu réduit dans la même proportion³⁰.

4.2 Jurisprudence

■ Si le congé de paternité a fait couler beaucoup d'encre, il n'a donné lieu qu'à peu de jurisprudence.

■ En 1992, notre Haute Cour justifiait le congé maternité par des motifs biologiques liés à la naissance et aux soins au nouveau-né, notamment l'allaitement, et estimait que le refus d'un congé de paternité payé n'était dès lors pas contraire à l'égalité des sexes³¹.

29. Article 329 al. 3 CO

30. Article 60a OPers

31. Arrêt du Tribunal fédéral 2P.296/1992 du 11 février 1994

■ Plus de vingt ans plus tard, le Tribunal fédéral a constaté que selon le texte légal clair et la volonté explicite du législateur, les pères n'ont pas droit à une indemnité pour perte de gain en cas de congé de paternité. Cette inégalité des genres est consciemment voulue par le législateur. Il a aussi relevé que le congé réglé par l'ordre juridique suisse visait incontestablement à protéger la mère, toujours pour des motifs biologiques, et n'était ni un congé de paternité, ni un congé parental, il n'y avait dès lors aucune discrimination au sens de la Constitution fédérale et de la CEDH³².

4.3 Évolution possible

■ Le congé de paternité a-t-il le vent en poupe en Suisse? Ne s'agit-il pas plutôt d'un vent contraire?

■ Le Conseil fédéral recommande au Parlement de rejeter l'initiative populaire visant à introduire un congé de paternité d'au moins quatre semaines³³. Le montant maximal de l'allocation de paternité serait de 196 francs par jour. Le coût d'un tel congé s'élèverait à environ 420 millions de francs, soit environ 352 millions d'euros, par an. Selon le Conseil fédéral, les quatre semaines proposées coûteraient trop cher, mettraient en péril l'économie et affecteraient l'organisation au sein des entreprises. Le Conseil fédéral estime que la priorité réside dans le développement d'une offre d'accueil extra familial des enfants. C'est désormais au Parlement de se prononcer, avant que le peuple n'ait le dernier mot.

■ Cette récente initiative populaire aspire à réaliser un passage en force. À en croire les derniers sondages effectués, les Suisses seraient largement favorables à un congé de paternité. Confrontés à une telle initiative, les esprits s'échauffent. Moults discussions ont lieu avec pour objectif de trouver un compromis capable de dégager une majorité sous la Coupole.

■ Si le congé de paternité devait voir le jour, Pascal Dubois serait bien heureux de voir sa progéniture s'agrandir afin de pouvoir surfer sur la vague! L'argument suffira-t-il à convaincre Fabienne? Pour asseoir sa position, Pascal pourrait-t-il – ou oserait-il – faire valoir qu'il est déjà suffisamment discriminé par l'obligation de servir imposée aux seuls citoyens masculins?

32. ATF 140 I 305

33. Initiative populaire fédérale 'Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille' www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis468.html; Communiqué du Conseil fédéral relatif à cette initiative 01.06.18 www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/msg-id-70951.html

5. Alors, bientôt une obligation de servir dans l'armée imposée aux femmes?

5.1 Situation juridique

■ En Suisse, le service militaire est obligatoire pour tous les citoyens de sexe masculin en vertu de la Constitution fédérale³⁴. Ceux-ci doivent effectuer un service dans l'armée ou dans la protection civile. Ceux qui sont inaptes et ne souffrent pas d'un handicap majeur doivent payer une taxe d'exemption, d'un montant non négligeable. Cependant, suite à une décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui avait été saisie par un citoyen suisse diabétique (cas *Sven Glor c. Suisse*³⁵), les inaptes qui le souhaitent peuvent également servir dans l'armée qui doit leur proposer une fonction adaptée, ce pour des raisons d'égalité de traitement. Quant à ceux pour qui le service militaire est incompatible avec leurs convictions, ils effectuent un service civil de remplacement. Les femmes peuvent également servir dans l'armée ou la protection civile, mais sur une base volontaire.

5.2 Jurisprudence

■ De jurisprudence constante³⁶, le service militaire obligatoire pour les hommes constitue une *lex specialis*, également inscrite dans la Constitution, et par conséquent une exception admissible au principe de l'égalité entre hommes et femmes, lui aussi de rang constitutionnel. En fait, il a été considéré par le passé que les femmes seraient en moyenne moins aptes à effectuer le service militaire, en raison de différences physiologiques et biologiques. De plus, la loi et l'article constitutionnel sur l'égalité avaient été conçus notamment en vue d'améliorer la situation des femmes et n'avaient pas pour but de les charger d'une obligation supplémentaire. Par ailleurs, en 1981, quand le principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes a été introduit dans la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral avait déjà refusé d'étendre l'obligation militaire aux femmes³⁷.

■ Un arrêt récent confirme cette jurisprudence³⁸ mais ne la justifie plus par des raisons biologiques, dès lors que les femmes peuvent se porter volontaires pour servir dans l'armée, qu'elles y jouissent alors des mêmes droits que les hommes et sont soumises aux mêmes devoirs et que toutes les fonctions leur sont ouvertes.

34. Article 59 Cst.


35. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme n° 113444/04

36. Arrêts du Tribunal fédéral 2C_221/2009 du 21 janvier 2010; 2A.47/2002 du 23 mai 2002

37. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.433/1990 du 17 septembre 1991

38. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1051/2016 du 24 août 2017

Dans le cas d'espèce, le recourant a été jugé inapte et s'est vu notifié une taxe d'exemption. Il fait valoir une violation de la Constitution ainsi que de la Convention européenne des Droits de l'Homme et prétend ne pas devoir être soumis à une taxe d'exemption tant que les femmes n'y sont pas également assujetties. L'arrêt précise qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de décider si cette exception fait sens, mais bien au législateur d'intervenir en la matière s'il le juge utile. Il relève également que cette conception, selon laquelle seuls les hommes suisses sont soumis à l'obligation de servir, respectivement à la taxe d'exemption, ne viole pas l'interdiction du travail forcé au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

■ En revanche, notre Haute Cour a estimé qu'un traitement différent des hommes et des femmes en matière de taxe d'exemption du service du feu était inconstitutionnel³⁹. En cela, elle est revenue sur sa jurisprudence⁴⁰ en affirmant que la seule circonstance que le service du feu pouvait engendrer certains risques ne saurait conduire à une dispense générale pour les femmes, car cela signifierait que la vie de ces dernières serait davantage digne d'être protégée et plus précieuse que celle des hommes. En outre, dans la majorité des communes qui instaurent un service du feu, les personnes astreintes n'effectuent pas personnellement leur service mais s'acquittent d'une taxe d'exemption. Dès lors qu'il y a suffisamment de volontaires, on ne voit pas que quelqu'un puisse être contraint d'effectuer effectivement un tel service. Par conséquent, le paiement d'une taxe peut raisonnablement être exigé tant par les femmes que par les hommes. 

5.3 Évolution possible

■ Ainsi, si l'égalité est parfaite en matière de taxe d'exemption du service du feu, il n'en va pas de même pour la taxe d'exemption militaire. Mais cela pourrait changer dans un avenir bref. En effet, le service militaire est par exemple obligatoire en Norvège pour les hommes et les femmes depuis 2015. Les raisons de cette obligation sont les suivantes: volonté d'intégrer le potentiel féminin pour l'accomplissement de fonctions de plus en plus spécifiques et désir d'application du principe de l'égalité des droits et des chances aussi au sein des forces armées⁴¹.

39. ATF 123 I 56

40. Arrêts du Tribunal fédéral 2P.4/1990 du 8 février 1991; P.1020/1986 du 10 octobre 1986

41. Rapport du groupe de travail consacré au système de l'obligation de servir du 15 mars 2016, consultable sur www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-62555.html

■ La question d'une obligation de servir imposée aux femmes n'est ainsi plus un tabou dans notre pays. D'ici 2020, le Gouvernement compte examiner la réforme proposée par le Département de la défense qui préconise de soumettre les hommes et les femmes à la même alternative: accomplir un service ou s'acquitter d'une taxe d'exemption. Il sied cependant de préciser que seules les personnes dont l'armée a réellement besoin devraient accomplir leur service, les besoins en effectifs de la troupe étant prioritaires. Les autres personnes astreintes mais non requises s'acquitteraient de la taxe.

■ L'obligation pour les femmes de servir sous les drapeaux serait positivement révolutionnaire en Suisse! Certes, sur la base d'un arrêté fédéral urgent, certaines ont été astreintes au service dans la défense antiaérienne durant la Seconde Guerre mondiale. En outre, dans certains cantons, elles pourraient théoriquement se voir enrôlées dans le service contre les catastrophes. De plus, quelques communes obligent les femmes à faire partie du corps des sapeurs-pompier. Mais hormis ces quelques cas, le principe selon lequel les femmes ne servent que si elles sont volontaires est bien ancré dans nos mentalités.

6. Conclusion

◀ ■ Pour conclure, force est de constater que beaucoup a été fait... et que beaucoup reste à faire.

■ Depuis 1981, le principe de l'égalité est inscrit dans notre Constitution. En 1988, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a vu le jour et en 1996 la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes est entrée en vigueur. L'arsenal légal dont s'est dotée la Suisse est assez élaboré, mais il ne suffit pas d'inscrire l'égalité dans la législation pour en faire une réalité consacrée.

■ En matière de parité des sexes en Suisse, il reste en effet encore des éléments de faits à améliorer.

■ L'égalité entre hommes et femmes deviendra-t-elle un jour réalité, notamment en matière salariale? Les femmes accéderont-elles aisément aux postes à responsabilités? Fabienne embrassera-t-elle une carrière politique? Pascal jouira-t-il d'un congé de paternité? Ou ce plaisir reviendra-t-il à son fils? Sa fille devra-t-elle servir dans l'armée ou à défaut s'acquitter d'une taxe?... C'est à la Suisse qu'il revient d'écrire la suite de cette histoire.



The European Court of Human Rights' case-law on issues pertaining to gender equality and discrimination ▲

Ana Vilfan Vospernik,
Lawyer, Registry of the European
Court of Human Rights

Introduction

Gender and private life

Parenthood, custody of a child and adoption

Domestic violence

Marriage and surnames

Legal recognition of same-sex couples

Gender reassignment

Criminal conviction and homosexuality

Prisoners

Employment

Pensions and other social rights

This presentation was prepared by the Research and Library Division under the supervision of the Jurisconsult. It does not bind the Court.

Introduction

Article 14 of the Convention

- Article 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention on Human Rights of 4 November 1950:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

- Article 14 – the so-called "Cinderella provision", it has to be invoked with other substantive rights of the Convention.
- Article 1 (general prohibition of discrimination) of Protocol No. 12 to the Convention of 4 November 2000:

*“1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”*

One of the key issues ...

Konstantin Markin v. Russia, Grand Chamber judgment of 22 March 2012, § 127:

“... [T]he advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention ... In particular, references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex.”

Gender and private life

■ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*

- **Nos. 60367/08 and 961/11**
- The Judgment of the Fourth Section delivered 24 January 2017.
- The applicant underwent surgery which resulted in, among other things, mobility problems and difficulties in having sexual relations. She was 50 years old at the time. She brought civil proceedings against the hospital, and was awarded compensation in respect of pecuniary and non-pecuniary damage. On appeal the Supreme Administrative Court upheld the first-instance judgment but reduced the amount of damages. It relied on the fact that the applicant was “already fifty years old at the time of the surgery and had two children, that is, an age when sexuality is not as important as in younger years, its significance diminishing with age” and the fact that she “probably only needed to take care of her husband”, considering the age of her children.
- The ECHR found that the decision of the Supreme Administrative Court was discriminatory – on grounds of her gender and age – and breached Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8.
- The judgment is noteworthy in that this is the first occasion on which the Court has found fault with the language used by a domestic court – in the instant case a superior court – when dealing with the age and gender of a litigant.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.



Parenthood, custody of a child and adoption

■ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*

- **No. 33290/96**
- The Judgment of the Fourth Section delivered 21 March 2000.
- The applicant's former wife was awarded custody of their child by the domestic court holding that, as a general rule, a young child should not be separated from the mother, but also adding that a homosexual environment could not be considered to be the healthiest for a child's development, given that this was an abnormal situation.
- The ECHR found that the Portuguese Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant's sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention. That was the decisive factor for the final domestic decision.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

◀ ■ *Mizzi v. Malta*

- **No. 26111/02**
- The Judgment of the First Section delivered 12 January 2006.
- In 1966, the applicant's wife X became pregnant. The following year, the applicant and X separated and stopped living together and, X gave birth to a daughter, Y. The applicant was automatically considered to be Y's father under Maltese law and was registered as her natural father. Following a DNA test which, according to the applicant, established that he was not Y's father, the applicant tried unsuccessfully to bring civil proceedings to repudiate his paternity of Y.
- Violation of Article 6 of the Convention: The practical impossibility for the applicant to deny his paternity from the day Y was born until the present day impaired, in essence, his right of access to a court.
- Violation of Article 8 of the Convention: Despite the margin of appreciation afforded to the domestic authorities, the latter had failed to secure to the applicant the respect for his private life.
- Violation of Article 14 in conjunction with Articles 6 and 8 of the Convention: The applicant was subject to time-limits which did not apply to

other “interested parties”. The rigid application of the time-limit along with the Constitutional Court’s refusal to allow an exception deprived the applicant of the exercise of his rights guaranteed by Articles 6 and 8 of the Convention enjoyed by the other interested parties.

■ **X and Others v. Austria**

- **No. 19010/07**
- The Judgment of the Grand Chamber delivered 19 February 2013.
- The first and third applicants are two women living in a stable homosexual relationship. The second applicant is the third applicant’s minor son. The first applicant wished to adopt the second applicant in order to create a legal relationship between them without severing the boy’s relationship with his mother and an adoption agreement was concluded to that end. However, the domestic courts refused to approve the agreement as the boy’s adoption by the first applicant would sever his relationship with his mother, the third applicant, not his father.
- The Grand Chamber stated that with regard to second-parent adoption the situation of a stable same-sex couple was not comparable to that of a married couple, following *Gas and Dubois v. France*; in this connection, it reiterated the special status conferred by marriage (no violation of Article 14 in conjunction of Article 8 of the Convention).
- The respondent State had failed to adduce particularly weighty and convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child. The best interests of a child was a key notion.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention as to the comparison with an unmarried couple.

Domestic violence

■ ***Eremia v. the Republic of Moldova***

- **No. 3564/11**
- The Judgment of the Third Section delivered 28 May 2013.

- The first applicant was married to a police officer who would often come home drunk and beat her in the presence of their two teenage daughters, the second and third applicants. However, the criminal investigation was suspended for one year provided the husband did not reoffend after the prosecutor found that although there was substantive evidence of guilt the husband had committed a “less serious offence”, had no history of drug or alcohol abuse and “did not represent a danger to society”.
- In the Court’s view, the suspension of the criminal investigation in such circumstances had had the effect of shielding the husband from criminal liability rather than deterring him from committing further violence, and had resulted in his virtual impunity. The State had thus failed to observe its positive obligations under Article 3 of the Convention.
- The second and third applicants’ psychological well-being was being adversely affected as a result of witnessing their father’s violence against their mother: violation of Article 8 of the Convention.
- Article 14 in conjunction with Article 3 of the Convention: the authorities’ actions were not a simple failure or delay in dealing with violence against the first applicant, but amounted to repeatedly condoning such violence and reflected a discriminatory attitude towards the first applicant as a woman.



■ ***Opuz v. Turkey***

- **No. 33401/02**
- The Judgment of the Third Section delivered 9 June 2009.
- The applicant's husband had committed a series of assaults on his wife and mother-in-law over several years culminating in the murder of the mother-in-law, despite several complaints by the victims and the institution of various sets of proceedings by the prosecuting authorities.
- The violence endured by the applicant and her mother could be regarded as gender-based, constituting a form of discrimination against women, and for the first time found a violation of Article 14, in conjunction with Articles 2 and 3 of the Convention, in a case concerning domestic violence.
- A strict test (cumulative factors) to determine whether a case fell within one of the exceptions: whether the cumulative failure of authorities to pursue criminal investigation of the husband deprived applicant and her mother of their right to life and safety.
- Violation of Articles 2 and 3 of the Convention and of Article 14, in conjunction with Articles 2 and 3 of the Convention.

Marriage and surnames

■ ***Losonci Rose and Rose v. Switzerland***

- **No. 664/06**
- The Judgment of the First Section delivered 9 November 2010.
- Swiss Federal Court rejected male applicant's request to regain his pre-marital surname, holding that his previous decision to take his wife's surname as his family name meant that his wish to have his name governed by Hungarian law was now invalid. In the applicants' submission, such a situation could not have arisen if their sexes had been reversed, since the husband's surname would automatically have become the family name and the wife would have been free to have her choice of surname governed by her national law.
- Only compelling reasons could justify a difference in treatment on the ground of sex. A consensus was emerging within the Council of Europe's member States regarding equality between spouses in the choice of

family name.

- Accordingly, the justification put forward by the Government did not appear reasonable and the difference in treatment had been discriminatory. It followed that the rules in force in the respondent State gave rise to discrimination between binational couples according to whether the man or the woman was a national of that State.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

■ ***Cusan and Fazzo v. Italy***

- **No. 77/07**
- The Judgment of the Second Section delivered 7 January 2014.
- The applicants complained that an Italian rule disallowing a married couple from giving their child the mother's surname violated their right to a private and family life as well as the Convention's prohibition of discrimination.
- Only compelling reasons could justify a difference in treatment on the ground of sex. A consensus was emerging within the Council of Europe's member States regarding equality between spouses in the choice of family name.
- Accordingly, the justification put forward by the Government did not appear reasonable and the inability to derogate from recording the father's surname in the civil register was excessively rigid and discriminatory toward women.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

■ ***Ünal Tekeli v. Turkey***

- **No. 29865/96**
- The Judgment of the Fourth Section delivered 16 November 2004.
- The applicant complained that Turkish law obliged women to bear their husband's name after marriage. At most, the women could retain their maiden name in addition to their husband's name.
- Only compelling reasons could justify a difference in treatment on the ground of sex. A consensus was emerging within the Council of Europe's member States regarding equality between the two sexes.
- Therefore, the traditional primordial role of men in the family structure, and women's secondary role, could not justify States from imposing

- such a tradition on married women.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

Legal recognition of same-sex couples

■ *Oliari and Others v. Italy*

- **Nos. 18766/11 and 36030**
- The Judgment of the Fourth Section delivered 21 July 2015.
- The applicants are three couples living in stable same-sex relationships who were not allowed to publish marriage banns because the Italian Civil Code provided that the spouses had to be of the opposite sex.
- The Court found for the applicants. The judgment is of particular importance in that the violation relates to Article 8 of the Convention taken alone. The Court did not consider it necessary to examine the discrimination complaints of those applicants who had also relied on Article 14 of the Convention.
- For the Court, Italy had overstepped their margin of appreciation in this area. The Court's conclusion is of interest in that the Court clarifies that its decision is focused essentially on the situation prevailing in Italy, and that a different solution might be reached in a different domestic context, absent the above factors and notwithstanding the trends in this area at the regional and international level as identified in 2015.
- Violation of Article 8 of the Convention.

■ *Orlandi and Others v. Italy*

- **Nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12**
- The Judgment of the First Section delivered 14 December 2017.
- The applicants, same-sex couples who had contracted marriages abroad, sought registration of their marriages in Italy. Registration was refused on the basis that the Italian legal order did not allow for marriage between same-sex couples.
- New legislation in 2017 provided that couples who had contracted marriage, civil union or any other corresponding union abroad could register their union as a civil union (but not marriage) in terms of Italian law.

- The Government had not put forward a prevailing community interest against which to balance the applicants' interests nor indicated any legitimate aim for the failure to register the marriages, save for a general phrase concerning "internal public order". Unlike other provisions of the Convention, Article 8 did not enlist the notion of "public order" as one of the legitimate aims in the interests of which a State might interfere with an individual's rights.
- The State had failed to strike a fair balance between any competing interests in so far as they failed to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.
- Violation of Article 8 of the Convention.

■ ***Vallianatos and Others v. Greece***

- **Nos. 29381/09 and 32684/09**
- The Judgment of the Grand Chamber delivered 7 November 2013.
- A Greek law introduced an official form of partnership for unmarried couples called a "civil union", which was restricted to different-sex couples, thereby excluding same-sex couples from its scope. Applicants were Greek gay and lesbian women.
- The applicants were in a comparable situation to different-sex couples with regard to their need for legal recognition and protection of their relationships. However, Section 1 of Law no. 3719/2008 expressly reserved the possibility of entering into a civil union to two individuals of different sex. Accordingly, by tacitly excluding same-sex couples from its scope, the Law in question introduced a difference in treatment based on the sexual orientation of the persons concerned.
- Although there was no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend was currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships.
- Violation of Article 8 of the Convention.

■ ***Schalk and Kopf v. Austria***

- **No. 30141/04**
- The Judgment of the First Section delivered 24 June 2010.

- In 2002 the applicants, a same-sex couple, requested the competent authorities permission to get married. Under domestic law a marriage could only be concluded between persons of opposite sex and the applicants' request was consequently dismissed. In 2010, the Registered Partnership Act entered into force in Austria.
- The Court ruled for the first time on the issue of same-sex marriages, and concluded that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the State to allow such persons to marry.
- It appeared that the EU Charter of Fundamental Rights left the decision whether or not to allow same-sex marriages to regulation by member States' national law since no reference to men and women was included in the relevant provision. The Court underlined that national authorities were best placed to assess and respond to the needs of society in this field, given that marriage had deep-rooted social and cultural connotations differing largely from one society to another. The margin of appreciation was central to the Court's findings.
- No violation of Article 12 and no violation of Articles 14 with 8 of the Convention.

■ ***Ratzenböck and Seydl v. Austria***



- **No. 28475/12**
- The Judgment of the Fifth Section delivered 26 October 2017.
- The applicants, a different-sex couple, lodged an application to enter into a registered partnership under the Registered Partnership Act. Their application was refused on the basis that they did not meet the legal requirements; registered partnerships were exclusively reserved for same-sex couples.
- The Court ruled for the first time on the question of differences in treatment based on sex and sexual orientation relating to the exclusion from a legal institution for recognition of a relationship from the viewpoint of a different-sex couple.
- The applicants, as a different-sex couple, had access to marriage. That satisfied – contrary to same-sex couples before the enactment of the Registered Partnership Act – their principal need for legal recognition. They had not argued a more specific need.
- No violation of Article 14 of the Convention.

■ *Pajić v. Croatia*

- **No. 68453/13**
- The Judgment of the First Section delivered 23 February 2016.
- The applicant, a national of Bosnia and Herzegovina, had a stable same-sex relationship with a woman living in Croatia. In 2011 the applicant lodged a request for a residence permit in that country on the grounds of family reunification with her partner. Her request was refused as the relevant domestic law excluded such a possibility for same-sex couples whereas it allowed it for unmarried different-sex couples. Her further appeals were unsuccessful.
- In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as where there was a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for the achievement of the aim pursued, the State also had to show that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons in a same-sex relationship – from the scope of application of the relevant provisions of domestic (immigration) law.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

Gender reassignment

■ *Hämäläinen v. Finland*

- **No. 37359/09**
- The Judgment of the Grand Chamber delivered 16 July 2014.
- Under Finnish law marriage is only permitted between persons of opposite sex. However, while same-sex couples are not permitted to marry, they can contract a civil partnership. The applicant was born a male and married a woman in 1996. The couple had a child in 2002. In 2009 the applicant underwent gender re-assignment surgery. However, although she changed her first names she could not have her identity number changed to a female one unless her wife consented to the transformation of their marriage into a civil partnership or the couple divorced. Both the applicant and her spouse wished to remain married.
- Relying on comparative law analysis, the Court noted that there was

still no European consensus on allowing same-sex marriages and no consensus in those States which did not allow same-sex marriages as to how to deal with gender recognition in the case of a pre-existing marriage (the situation in the applicant's case). Accordingly, Finland had to be afforded a wide margin of appreciation, also taking into account the sensitive moral and ethical issues at stake. Plus, the change to a civil partnership would have no implications for the applicant's family life.

- No violation of Article 8 of the Convention.

■ ***Y.Y. v. Turkey***

- **No. 14793/09**

- The Judgment of the Second Section delivered 10 March 2015.
- The applicant, Y.Y (born as a female), was initially denied access to gender reassignment surgery by a domestic court on the sole ground that Y.Y. was not permanently unable to procreate. Y.Y. ultimately received a permission to undergo the operation.
- The Court accepted that gender reassignment surgery could be subject to regulation by the State for reasons related to the protection of health.
- However, the Court took the view that the principle of respect for the applicant's physical integrity precluded any obligation for him to undergo treatment aimed at permanent sterilisation prior to the medical process.
- The case raises a new issue in that, unlike earlier transsexual cases, the Court was called upon to address the compatibility with Article 8 of the Convention of conditions imposed on an applicant seeking to change sex. In previous cases, the Court's concern had been to assess the justification for restrictions imposed on a post-operative transsexual's enjoyment of their Article 8 of the Convention rights.
- Violation of Article 8 of the Convention.

■ ***A.P., Garçon and Nicot v. France***

- **Nos. 79885/12, 52471/13, 52596/13**


- The Judgment of the Fifth Section delivered 6 April 2017.
- The applicants are transgender persons. Between 2007 and 2009 they applied to the domestic courts to have amended the entries on their

birth certificates indicating their sex and first names. The courts generally dismissed their actions on the grounds that they had not shown that they had undergone the necessary medical and surgical treatment to bring about irreversible gender reassignment.

- In the Court's opinion, making recognition of the sexual identity of transgender persons conditional on undergoing an operation or treatment entailing sterilisation – or which would most probably produce that effect – against their wishes, amounted to making the full exercise of one's right to respect for private life, enshrined in Article 8 of the Convention, conditional on relinquishing full exercise of the right to respect for one's physical integrity, safeguarded not only by that provision but also by Article 3 of the Convention.
- No violation found in State asking for diagnosis of gender disorder, or obliging applicants to undergo a medical examination.

Criminal conviction and homosexuality

■ *L. and V. v. Austria*

- 
- **Nos. 39392/98 and 39829/98**
 - The Judgment of the First Section delivered 9 January 2003.
 - Each of the applicants was convicted of engaging in homosexual acts with adolescents between 14 and 18 years old. Article 209 of the Criminal Code, which was repealed in 2002, provided that it was an offence for a male over 19 years old to engage in sexual acts with a person of the same sex between 14 and 18 years old. Consensual heterosexual or lesbian acts between an adult and a person over 14 years old were not punishable.
 - The Court held that sexual orientation was covered by Article 14 and differences based on sexual orientation required particularly serious reasons by way of justification.
 - The Government had not in the present case offered convincing and weighty reasons justifying the maintenance in force of Article 209 of the Criminal Code until 2002 and, consequently, the applicants' convictions.
 - Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

■ ***I.I.N. v. Netherlands*** [dec.]

- **No. 2035/04**
- The Decision of the Third Section on the admissibility delivered 9 December 2004.
- An Iranian national claimed he was homosexual and was facing criminal prosecution in Iran. Dutch authorities wanted to deport him, claiming there was no proof of his political activities or criminal proceedings against him in Iran.
- The Court recalled that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society and prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, a rigorous scrutiny must necessarily be conducted of an individual's claim that his or her deportation to a third country will expose that individual to treatment prohibited by Article 3 of the Convention.
- An expulsion may give rise to an issue under Article 3 of the Convention. However, materials before the Court did not disclose a situation of active prosecution by the Iranian authorities of adults involved in consensual and private homosexual relationships. Although it was not disputed in the abstract therefore that very draconian punishment can be imposed for homosexual acts, the Court was not persuaded that the applicant has shown that he was at a real risk of falling foul of the authorities on that ground.
- Manifestly ill-founded.

Prisoners

■ ***Khamtokhu and Aksenchik v. Russia***

- **No. 17484/15**
- The Judgment of the Grand Chamber delivered 25 July 2017.
- The applicants were adult men serving life sentences for, *inter alia*, attempted murder and murder. They complained under Article 14 in conjunction with Article 5 that they had been treated less favourably than female, juvenile and senior offenders found guilty of the same crimes because, by virtue of Article 57 of the Russian Criminal Code, the latter could not be given a life sentence.

- The applicants having been treated differently on the basis of “sex” and “age”, Article 14 in conjunction with Article 5 was applicable.
- The Grand Chamber found that the different treatment of adult men did not amount to discrimination in breach of Article 14. The Grand Chamber established that the applicants were in an analogous situation to other offenders convicted of the same or comparable offences and, importantly, that the purpose of the impugned sentencing policy was to ensure, for reasons of justice and humanity, that account was taken of the age and physiological characteristics of certain categories of offenders.
- The margin of appreciation was central to the Court’s findings.
- No violation of Article 14 in conjunction with Article 5.

■ *X v. Turkey*

- **No. 24626/09**
- The Judgment of the Second Section delivered 9 October 2012.
- The applicant was sentenced to prison for almost ten years for various offences. A homosexual, he was initially placed in a shared cell with heterosexual prisoners. He had been intimidated and bullied by his cell-mates. He was immediately placed in an individual cell, which was small and dirty. He was deprived of any contact with other inmates or of social activity. The applicant was ultimately transferred to a psychiatric hospital where he was diagnosed with depression and remained for about a month in hospital before returning to prison. During that period he filed a complaint against a warder for homophobic conduct, insults and blows.
- The applicant’s total exclusion from prison life could not be regarded as justified. The Court was not convinced that the need to take safety measures to protect the applicant’s physical well-being was the primary reason for his total exclusion from prison life. The main reason for the measure was his homosexuality. As a result it was established that he had sustained discrimination on grounds of sexual orientation.
- As a result of the inappropriateness of the applicant’s total isolation from prison life, the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 3 of the Convention.

■ *Alexandru Enache v. Romania*

- **No. 10662/06**

- The Judgment of the Fourth Section delivered 3 October 2017.
- The applicant, who had been sentenced to seven years' imprisonment, filed two applications for a stay of execution of sentence. He argued, in particular, that he wanted to look after his child, who was only a few months old. However, his applications were dismissed by the domestic courts on the grounds that the stay of execution laid down in the provision for convicted mothers up to their child's first birthday had to be interpreted strictly and that the applicant could not request its application by analogy.
- In the light of the broad margin of appreciation available to the respondent State in this sphere, there was a reasonable relation of proportionality between the means used and the legitimate aim pursued. The impugned exclusion therefore did not amount to a difference in treatment prohibited under Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention. Motherhood has specific features which need to be taken into consideration, often by means of protective measures. International law provides that the adoption by States Parties of special measures to protect mothers and motherhood should not be considered as discriminatory. The same applies where the woman in question has been sentenced to imprisonment.
- No violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention

Employment

■ *Emel Boyraz v. Turkey*


- **No. 61960/08**

- The Judgment of the Second Section delivered 2 December 2014.
- The applicant, a female Turkish national, successfully sat a public servant examination and was appointed to the post of security officer in a branch of a State-run electricity company. Later, she was informed that she would not be appointed as she did not fulfil the requirements of "being a man" and "having completed military service".

- The Court considered that applicant's dismissal on the sole ground of her sex had constituted an interference with her right to respect for her private life, also taking into account her dismissal's consequences on her family and her ability to practise a profession which corresponded to her qualifications. The Court therefore considered that Article 14 was applicable, taken in conjunction with Article 8 of the Convention.
- The Court recalled that member States' room for manoeuvre (margin of appreciation) in assessing whether a difference in treatment was justified was narrower where the difference in treatment was based on sex. The advancement of gender equality was today a major goal in the member States and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention.
- Violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention.

Pensions and other social rights

■ *Mata Estevez v. Spain* [dec.]

- 
- **No. 56501/00**
 - The Decision of the First Section delivered 24 June 2010.
 - The applicant was denied a survivor's pension for his deceased longtime same-sex partner. The High Court has stated that it was for the legislator to take a decision regarding the extension of survivor's pensions to stable de facto relationships, be it heterosexual or homosexual.
 - The Court considered that the difference in treatment found can be considered to fall within the State's margin of appreciation and that the impugned decisions did not constitute a discriminatory interference with the applicant's private life contrary to Article 8, taken in conjunction with Article 14 of the Convention.
 - Manifestly ill-founded.

■ *Stec and Others v. The United Kingdom* [GC]

- **Nos. 65731/01 and 65900/01**
- The Grand Chamber Judgment delivered 12 April 2006.

- The applicants (2 men and 2 women) complained about a regulation of the United Kingdom linking the cut-off age for Reduced Earnings Allowance to the end of working life.
- The pensionable age in the United Kingdom for persons born before 6 April 1950 was different for men and women, e.g. 65 years for men and 60 years for women.
- The differential pensionable ages were intended to correct “factual inequalities” between men and women.
- Given the slowly evolving nature of the change in women’s working lives, and in the absence of a common standard amongst the Contracting States, the United Kingdom could not be criticised for not having changed to single pensionable age at the time (margin of appreciation), but it must carry out a continuing consultation and review concerning the matter.
- No violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 Protocol 1 of the Convention.

■ ***Andrle v. the Czech Republic***

- **No. 6268/08**
- The Judgment of the Fifth Section delivered 17 February 2011.
- The applicant complained that, unlike the position for women, there was no lowering of the pensionable age for men who raised children. The Government argued that this system only applied to people old enough to have raised children in the Communist period, when women were expected to work full time as well as to take care of the children and household. This system was meant to compensate for the double burden on women, and the pension system was being reformed for the younger, post-Communism generations.
- The Court applied the margin of appreciation to hold that these measures, rooted in specific historical circumstances and designed to address the need for special treatment for women, were not manifestly unreasonable. Therefore, the State did not violate the non-discrimination principle.
- States generally enjoy a wide margin of appreciation with respect to pension schemes.
- No violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 Protocol 1 of the Convention.

■ **Karner v. Austria**

- **No. 40016/98**
- The Judgment of the First Section delivered 24 July 2003.
- *Karner v. Austria* concerned the refusal of the Austrian courts to recognise the right of the homosexual partner of a deceased tenant to take over the lease.
- The Court reiterated that differences based on sexual orientation required particularly serious reasons by way of justification.
- Where the Contracting States' margin of appreciation was narrow, as in the present case, the principle of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised did not merely require the measure chosen to be suitable for realising the aim of "the protection of a traditional family union"; it also had to be shown that it was necessary to exclude homosexual couples from the scope of the legislation in order to achieve that aim.
- Violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention.





Developments in Dutch legislation and advisory opinions and judgments of the Council of State regarding #MeToo and (trans)gender, equality and discrimination ▲

Marjolein Swaanenburg-van
Roosmalen,
Council of State of the Netherlands



On the occasion of this year's mini-conference I have the honour to bring to your attention some developments in the Dutch legislation and in the advisory opinions and judgments of the Council of State regarding first #MeToo and secondly (trans)gender, equality and discrimination.

Part A

■ 1. #MeToo

#MeToo reached the Netherlands in the autumn of 2017. In the media, for instance, several actors and journalists shared their stories. Likewise, attention was raised to the rights of those accused of sexual intimidation.

As to the political arena, the hashtag inspired the Prime Minister to make a press statement, the Minister of Justice and Security to write a letter to the House of Representatives and the House of Representatives to debate. I will now briefly discuss the statement, the letter and the debate.

On the 10th of November, Prime Minister RUTTE, in his weekly press conference, encouraged women who have faced sexual intimidation to report this to the police at once.¹ He expressed his support for the #MeToo-discussion, but he rejected the idea of the establishment of a special agency focussing on sexual intimidation. Such an agency had been proposed by VAN VOLLENHOVEN, chair of Victim Support Netherlands.² The Prime Minister said that the police is well-equipped and has specialised vice squads. The idea of a special agency did not find support in Parliament either.

In his letter to the House of Representatives of 24 November 2017, the Minister of Justice and Security wrote that some 134,000 workers have to deal with sexual intimidation by colleagues or superiors in the Netherlands each year.³ Moreover, women are facing this type of intimidation four times more often than men. Preventing sexual cross-border behaviour starts with changing awareness in society, the Minister argued. Especially in schools, sports clubs and at work attention for prevention is necessary. The Government is keen to encourage prevention by engaging in awareness campaigns and education. For 2018, special campaigns and pilots have been planned.

On 22 February 2018, the House of Representatives debated on #MeToo.⁴ The possibility of a legislative proposal making sexual intimidation punishable was mentioned by Christian-democrat MP VAN TOORENBURG.⁵ I will discuss this draft later on.

Let me now conclude this part of my report by referring to the announcement made by the Chair of the House of Representatives regarding a research project on sexual intimidation in relation to *inter alia* the Second Chamber itself – #MeToo as a source of inspiration for self-reflection. The main question would be: what about those who work for Parliament itself? However, on the 8th of June it came to light that the project had been called off, as it is not supported by every parliamentary party.⁶ The political parties are the formal

-
1. Press conference of 10 November 2017; full text available at: www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2017/11/10/letterlijke-tekst-persconferentie-na-ministerraad-10-november-2017.
 2. Reported by RTL News on 8 November 2017, www.rtlnieuws.nl/nederland/politiek/van-vollenhoven-aparte-instantie-moet-metoo-beschuldigingen-onderzoeken.
 3. Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2017/18, 34 843, No. 1.
 4. See www.tweedekamer.nl/nieuws/kamernieuws/debat-over-seksuele-intimidatie-op-de-werkvloer.
 5. Handelingen [Proceedings], 2017/18, No. 56, p. 23-9.
 6. Reported by the Dutch Broadcasting Company nos.nl/artikel/2235674-geen-metoo-onderzoek-onder-fractiemedewerkers-tweede-kamer.html.

employers of the people working for the Second Chamber of Parliament, so their co-operation is a necessity for the self-reflective operation which had been planned for. It is said that political parties represented in Parliament may now examine the situation of their employees themselves.



2. Intimidation on the street

Already in the spring of 2017 – so prior to the very peak of #MeToo – socialist MP MAROUCH drafted a private member's bill in order to amend the Criminal Code, introducing a provision penalising sexual intimidation. The draft was submitted to the public for consultation, which led to two comments; one quite extensive and one fairly short – and very disapproving by the way.⁷

The drafter proposed that any person who, orally or gesturing, expresses himself sexually towards a person whom he brings – through this – in a threatening, hostile, offending, humiliating or hurting situation, is liable to a term of detention not exceeding one month or a fine of the second category.⁸ The reason for his proposal was that – I quote – 'a large and diverse part of Dutch society is confronted with sexual-intimidating behaviour in daily life' [end of quotation]. He argued that, whereas criminal law is an ultimum remedium (a last resort), the Criminal Code had to be amended, as it allegedly did not criminalise 'sexual unacceptable behaviour in a non-physical way'. It stems from the explanatory notes that MARCOUCH referred to, for instance, making comments and hissing sounds.

7. See www.internetconsultatie.nl/verbod_seksuele_intimidatie/details.

8. That is from € 3 up to € 3350, see Section 23(2) and (4) of the Criminal Code.

Whereas the drafter was of the opinion that such behaviour had not been covered by criminal law yet, the Netherlands Bar, responsible for an elaborate comment in the consultation phase, did not agree with him on this point. This organisation advised against the bill, as it doubted its necessity. The Netherlands Bar held the view that much of the conduct covered by the draft bill, like remarks of an offending nature and other forms of serious intimidation on the street, had already been covered by criminal law. The Netherlands Bar doubted whether there was any pressing social need in the light of Article 10 ECHR for criminalising and thus limiting expressions as whistling and hissing.

Whether this severe criticism put the drafter off, I do not know. In any case he was not re-elected after the general elections of March 2017 and it took a while before legislative developments regarding sexual intimidation were set in motion again. In the meantime the #MeToo movement reached its very peak. And whereas #MeToo does not specifically have to do with sexual intimidation on the street, the connection between suffering from intimidation on the street and suffering from similar behaviour in the work place may be evident.

In the meantime, in the cities of Amsterdam and Rotterdam, intimidation on the street was made an offence pursuant to the applicable general municipal bye-laws – so by means of local laws.⁹ The aim of the Amsterdam-provision, for example, was to add an offence to Section 266 of the Criminal Code, which makes insult punishable.¹⁰ The Amsterdam-provision aimed to forbid to hiss at others or to harass others by bullying or using offensive language, gestures, sounds or conduct, either alone or in a group, on the street or in a building accessible to the general public. Those who get caught, may be fined or detained for up to three months. It must be stressed that in both municipalities – Amsterdam and Rotterdam – this legislative change at the local level has been part of a much broader campaign primarily focussed on raising awareness. I have it as

9. See the amended general municipal bye-law of Amsterdam 2017:

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2017-31783.html>

See also the amended general municipal bye-law of Rotterdam 2018:

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2017-234723.html>

10. Section 266 of the Criminal Code (*Wetboek van Strafrecht*) reads:

“1. Any insult, which is not of a slanderous or libellous nature, intentionally expressed either in public verbally or in writing or by means of an image, or verbally against a person in his presence or by other acts, or by means of written matter or an image sent or offered, shall constitute simple defamation and shall be punishable by a term of imprisonment not exceeding three months or a fine of the second category.

2. Acts which are intended to express an opinion about the protection of public interests and which are not at the same time designed to cause any more offence or cause offence in any other way than follows from that intent, shall not be punishable as simple defamation.”

my personal opinion that education in the end may prove to be more fruitful than penalisation. Though if one wishes to amend the Criminal Code, it may be preferred that the same rules apply everywhere.

In March 2018, a draft bill was sent to Parliament by MPs ASSCHER and VAN TOORENBURG, referring to #MeToo and proposing to amend the Criminal Code,¹¹ adding a Section 429ter, stipulating that any person who, orally or gesturing, expresses himself sexually towards a person whom he brings through this in a threatening, hostile, offending, humiliating or hurting situation, shall be liable to a term of detention not exceeding three months or a fine of the third category.¹² This is a sequel of the MARCOUCH-draft, although it provides for more severe punishment. From a constitutional point of view, it is striking that the MPs who introduced their bill to Parliament were of the opinion that the conduct covered by the bill did not fall within the scope of Article 10 ECHR.¹³

In the meantime, the Advisory Division of the Council of State has issued an advisory opinion on the ASSCHER/VAN TOORENBURG-bill of initiative. However, because both MPs have not yet responded to this advisory opinion, the opinion has not yet been published, so that, unfortunately, I cannot discuss it with you today.¹⁴

3. Confidentiality



Due to #MeToo people may feel more encouraged to share their personal accounts on sexual intimidation. They may usually not share their experiences in newspapers, on social media or in television shows, but in a much smaller setting. Therefore, creating a safe environment in daily life, so that people can share such experiences more easily, for instance with a confidential counsellor, is important.

In 2007, the mayor and aldermen of the city of Arnhem had rejected an application for access to information – documents and electronic information

11. See Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2017/18, 34904, No. 2.

12. That is from € 3 up to € 6700, see Section 23(2) and (4) of the Criminal Code.

13. See Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2017/18, 34904, No. 3, p. 10.

14. According to Dutch law, advisory opinions are published once those who took the initiative for a bill – so the Government or one or more members of the House of Representatives – have written a response to the advisory opinion. Section 26 of the Council of State Act. So it is not for the Council of State itself to decide whether or not or when to publish its advisory opinions.

– relating to unwanted conduct by municipal civil servants. This conduct included behaviour of a sexual or erotic nature towards other municipal local servants or temporal workers who worked for the municipality, but did not have the status of a civil servant. The mayor and aldermen refused. The applicant then lodged an appeal. The District Court ecided in his favour, after which the mayor and aldermen appealed to the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State.

This superior court held that documents and electronic correspondence relating to sexual intimidation by civil servants did fall within the ambit of the Government Information (Public Access) Act,¹⁵ as they qualify as ‘documents concerning an administrative matter’ within the meaning of the statute.¹⁶ Nevertheless, notes taken by a municipal confidence counsellor – who is a civil servant working for the municipality – cannot be requested under the Government Information (Public Access) Act, because such notes are saved by the confidence counsellor on a personal disc, so that these notes cannot be found and read by others. These documents, therefore, cannot be considered to be ‘held by the local administrative authority’, for otherwise it is not possible to guarantee the necessary confidential character of the notes also vis-à-vis the Mayer and aldermen.

Part B



4. Transgender and intersex persons

In 2017, three MPs – liberal BERGKAMP, socialist YÜCEL¹⁷ and green party-member VAN TONGEREN¹⁸ – introduced a bill in order to clarify the legal position of transgender and intersex persons in the Netherlands.¹⁹ Their bill seeks to amend the Equal Treatment Act (*Algemene wet gelijke behandeling*) in order to specify the prohibition to discriminate on the ground of gender. It proposes to refer explicitly to ‘gender characteristics, gender identity and

15. Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, judgment of 21 January 2009, Case No. 200807348/1, ECLI:NL:RVS:2009:BH0453.

16. Section 3(1) of the Government Information (Public Access) Act reads: “Anyone may apply to an administrative authority or to an agency, service or company carrying out work for which it is accountable to an administrative authority for information contained in documents concerning an administrative matter.”

17. Now VAN DEN HUL.

18. Now ÖZÜTOK.

19. Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2016/17, 34650, No. 2.

gender expression'. The explanatory notes acknowledge that there is no legal necessity to do so, because 'gender', at present, is interpreted in a broad sense in legal practice and in case law. The aim of the bill, though, is to increase legal certainty and 'recognisability' of transgender and intersex persons.²⁰

The Advisory Division of the Council of State held in its advisory opinion that adding the words 'gender characteristics', 'gender identity' and 'gender expression' was in breach of the system of the Equal Treatment Act, which only specifies non-discrimination grounds when there is a need to do so – which is not the case with regard to gender.²¹ Moreover, the Council pointed out that the bill does not give a definition of who is to be considered 'transgender' or 'intersex person'. Especially this omission raises questions, for the explanatory notes also refer to other groups, like genderfluid persons, polygender persons and genderqueer persons. In particular because the main purpose of the bill is to improve the 'recognisability' of transgender and intersex persons, it seems to be important that the bill contain definitions (descriptions), the Council argued. The Council further remarked that the bill only seeks to change the Equal Treatment Act, leaving unaltered non-discrimination clauses in other Acts of Parliament.

The initiators, in their additional report, replied that their main point is that a strict division between male and female is too narrow to reflect developments in society. With regard to the focus on the Equal Treatment Act, they explained that they did not wish the present bill to touch upon questions on criminal liability. At present, the bill is still under debate in the House of Representatives.

5. Registration of gender

The judgment of the German Federal Constitutional Court of 10 October 2017, in which that Court held that the right of personality and the right not to be discriminated based on gender – both rights protected by the Basic Law – are violated if civil status law requires that the gender be registered, but does not allow for a further positive entry other than male or female.²² Because of this 'third gender'-judgment, which has been added to the CODICES database recently, I have chosen to share some developments in Dutch legal practice in this respect.

20. Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2016/17, 34650, No. 3.

21. Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2016/17, 34650, No. 4.

22. *Bundesverfassungsgericht*, judgment of 10 October 2017, Case No. 1 BvR 2019/16, CODICES GER-2017-3-020.

Pursuant to Dutch civil law, if the child's gender is doubtful, then a birth certificate will be drawn up in which it is recorded that the sex of the child cannot be determined. Within three months after birth, a new birth certificate will be drawn up in which the child's gender, if this has been established in the meantime, will be recorded by means of a submitted medical certificate. If no medical certificate is submitted or if such a medical certificate indicates that it is still impossible to establish the child's gender, then the new birth certificate will report that the sex of the child could not be determined.²³ This provision came into force in 1993 and lacked retrospective effect.

In the Netherlands, it has been possible to change the registration of one's gender since 1985. Section 28 of Book 1 of the Civil Code stipulates that every person of Dutch nationality aged 16 years or older who is convinced that he is of another gender than marked on his birth certificate may request the Registrar to order a change of the description of his gender on his birth certificate.

Since 2001, it has no longer been required that the person concerned is unmarried. Moreover, since 2014, it has no longer been a condition that this person is physically adjusted to the desired gender insofar as this is possible and acceptable from a medical and psychological point of view. Besides, it is no longer necessary that this person (if marked on the birth certificate as a male) is definitely incapable of procreating or (if he is marked on his birth certificate as female) is definitely incapable of giving birth to children. The Council of State in its advisory opinion at the time raised critical questions in relation to two elements of the new law: that it also applied to children (16 years or older) and that the request was not dealt with by the District Court, but rather by the Registrar.²⁴

For people who do not feel at ease with the division male-female, no legal arrangements have been made so far. Parliament passed a motion in which the Secretary of State was asked to explore the possibilities in 2013.²⁵ Indeed, a report was written by scholars from Utrecht University.²⁶ They concluded that there were no boundaries in international law to set aside a twofold gender division.

23. Section 19(d) of the Civil Code.

24. Advisory Division of the Council of State of 4 May 2012, Kamerstukken II [Parliamentary Documents] 2011/12, 33 351, No. 4.

25. Handelingen [Proceedings], 2012/13, No. 69, item 27 (2 April 2013).

26. M. VAN DER BRINK & J. TIGCHELAAR (2014), M/V en verder [M/v and beyond], www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf.

In its 2007 judgment, the Court of Cassation, the superior court in this field of the law, held that there was no room for a neutral gender registration given the applicable legislation.²⁷ Be that as it may, quite recently a lower court – the District Court of Limburg – has ruled that nowadays a different conclusion is to be reached. The lower court based its decision on developments in society and the law in the past 11 years.²⁸ The District Court of Limburg held that in the light of these developments, the right to self-determination of the person now had to prevail over the general interest to enforce the law. With reference to, *inter alia*, the Yogyakarta Principles and recent case-law on Article 8 ECHR,²⁹ it decided that the registration in this case should be that ‘the sex could not be determined’ – so a wording close to the text of Section 19d of Book 1 of the Civil Code. This is quite a far-reaching judgment indeed. On the one hand, one may argue that the court draws very near the boundaries of its adjudicative powers by striking this new balance. On the other hand, the judgment may also be regarded as one in which the court interprets the law in conformity with international treaties. Be that as it may, one is anxious to know whether other (higher) courts will reach the same conclusion.

27. Court of Cassation, Judgment of 30 March 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686.

28. District Court Limburg, Judgment of 23 May 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

29. ECHR, *YY. v. Turkey*, Judgment of 10 March 2015, Case No. 14793/08; ECHR, *Birzietis v. Lithuania*, Judgment of 14 June 2016, Case No. 49304/09; ECHR *R.B. v. Hungary*, judgment of 12 April 2016, Case No. 64602/12; ECHR, *Nicot v. France*, Judgment of 6 April 2017, Case Nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13.



Gender, Equality and Discrimination: The Regulatory Framework and the Constitutional case-law of Croatia ▲

Mirjana Stresec,
Senior Legal Adviser,
Constitutional Court of Croatia

Introduction

If today were 1900 in Croatia and you were a woman, you would neither be allowed to study nor would you have the right to vote. Women in Croatia acquired the right to vote on 11 August 1945.

On 13 June 2016 the Venice Commission issued a compilation of its opinions and reports concerning gender equality¹.

On 11 October 2017 the European Institute for Gender Equality (hereinafter: EIGE) launched the Gender Equality Index (hereinafter: GEX) for 2017. The GEX was developed by the EIGE. The GEX enables an assessment of the progress made towards achieving gender equality in the European Union. It

1. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on Gender Equality, CDL-PI(2016)007, available at: www.venice.coe.int.

covers six basic areas: work, money, knowledge, time, power and health. It provides a score between 1 and 100, with 100 marking the best situation².

■ The GEX for Croatia is 53.1, i.e. Croatia takes the fifth place, but starting from the bottom. At the top of rankings is, Sweden (GEX 82.6), which is followed by Denmark, Finland and the Netherlands.

■ Croatia has scored good result when it comes to health (83.3 points), money (69.9 points) and work (69.4 points), but much worse when it comes to power (28.5 points).

■ On 2 May 2018 Council of Europe launched Gender Equality Strategy 2018-2023 starting with the following introduction:

1. Achieving gender equality is central to the fulfilment of the Council of Europe's mission: safeguarding human rights, upholding democracy and preserving the rule of law.

(...)

◀ *3. Even if progress is visible (...) effective equality between women and men is far from being a reality. (...) Regular monitoring and research show that progress is very slow as regards women's political participation, access to justice and the elimination of harmful gender stereotypes and sexism. Violence against women remains one of the most pronounced expressions of the unequal power relations between women and men³.*

■ On 12 June 2018 the Office for Gender Equality of the Republic of Croatia organised the presentation and distribution of the Croatian edition of the Council of Europe Strategy for Gender Equality 2018-2023 in the national Parliament. On the same date Croatia ratified the Istanbul Convention.

■ Following the introductory information, let us have a look at the Croatian regulatory framework and jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Croatia (hereinafter: CC) regarding gender and transgender equality.

2. The GEX provides information on both the gender gaps and the overall performance of Member States and the EU-28 on average.

3. Council of Europe Strategy for Gender Equality (2018 to 2023), p.5, available at: www.coe.int

Regulatory framework

The principles of equality and non-discrimination are embedded in the Constitution of the Republic of Croatia⁴ (hereinafter: Constitution), numerous international treaties ratified by Croatia, that form an integral part of the domestic legal system, and statutory law.

Constitution

First of all, the Republic of Croatia is founded on a certain number of values. In accordance with Article 3⁵ of the Constitution gender equality is one of the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia, accompanied by e.g. equal rights, respect for human rights, the rule of law and a democratic multiparty system. A regulative role *sui generis* is given to the highest values of the constitutional order because they are grounds for the interpretation of the Constitution.

■ The Constitution prohibits any discrimination, including the gender one. Article 14 embodies the principle of the prohibition of discrimination on any grounds, and equality of all before the law. Paragraph 1 of Article 14 stipulates that each person in Croatia shall enjoy all rights and freedoms regardless of race, colour, sex, language, religion, political or other opinions, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics. It is a non-exhausted enumeration of prohibited discriminatory grounds. Paragraph 2 prescribes that all persons are equal before the law.

■ Furthermore, pursuant to Article 17 individual constitutionally guaranteed freedoms and rights may be restricted during a state of war or any clear and present danger to the independence and unity of Croatia or in the event of any natural disasters. However, the extent of such restrictions must be proportional to the nature of the threat, and may not result in the inequality of citizens with respect to race, colour, sex, language, religion, and either national or social origin⁶.

4. Official Gazette Nos. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14.

5. Article 3 of the Constitution reads: "*Freedom, equal rights, national and gender equality, peace-making, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and the environment, the rule of law and a democratic multiparty system are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia and the basis for interpreting the Constitution.*"

6. Article 17 paragraphs 1 and 2 of the Constitution.

■ Article 39⁷ of the Constitution prohibits the incitement to use of violence to national, racial or religious hatred, or any form of intolerance.

■ Finally, pursuant to Article 62 the state protects maternity, children and young people, and creates social, cultural, educational, material and other conditions promoting the exercise of the right to a decent life. Young people, mothers and persons with disabilities are entitled to special protection at work under Article 64 paragraph 3 of the Constitution.

Treaties

A monistic approach to treaties is accepted in the Croatian legal system. Treaties have stronger legal force than laws adopted by the Croatian Parliament⁸. If there is inconsistency between a national law and a treaty, the courts and other bodies vested with state and public authority are bound to apply the treaty.

■ The Republic of Croatia has ratified a large number of treaties at universal and regional level that are important for the protection of gender equality, *inter alia*:

- Universal Declaration of Human Rights;
- International Covenant on Civil and Political Rights;
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights;
- United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women;
- Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women;
- Workers with Family Responsibilities Convention of the International Labour Organisation No. 156 concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers;
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, including Protocol 12;

7. Article 39 of the Constitution reads: "*Any call for or incitement to war or use of violence, to national, racial or religious hatred, or any form of intolerance shall be prohibited and punishable by law.*"

8. Article 134 of the Constitution.

- Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings; and
- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention).

Furthermore, Croatia is a Member State of the European Union, and a number of directives have been implemented such as:

- Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security;
- Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding;
- Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services;
- Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast); and
- Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC.

E quality Legislation

The intensive legal development of the Croatian anti-discrimination law started approximately ten years ago, and has been influenced by universal and regional international law and by the European Union law.

The Anti-Discrimination Act⁹ as a general act (*lex generalis*) and the Gender Equality Act¹⁰ as a specialised act (*lex specialis*) are part of special anti-discrimination legislation, and both have been enacted due to the

9. Official Gazette Nos. 85/08 and 112/12.

10. Official Gazette Nos. 82/08, 125/11, 20/12, 138/12 and 69/17.

harmonisation of the Croatian legislation with international legal instruments and with the *acquis communautaire*.

■ The Anti-Discrimination Act prohibits discrimination on the grounds of, *inter alia*, sex, gender identity, and sexual orientation. The Act prohibits indirect and direct discrimination, harassment and sexual harassment, segregation and more serious forms of discrimination (i.e. multiple discrimination, repeated discrimination, continued discrimination and discrimination with consequences particularly harmful for the victim). The Act applies to the conduct of all state bodies, bodies of local and regional self-government, legal persons vested with public authority, and to the conduct of all legal and natural persons particularly in areas such as work and working conditions; access to self-employment and occupation, education, science and sports; social security, health protection; judiciary and administration; housing and public informing and the media.

■ The Anti-discrimination Act grants the Ombudsperson powers as the central body for the elimination of discrimination based on any grounds, with the exception of discrimination against children – which is dealt with by the Ombudsperson for Children – and gender, sex and sexual orientation, which is dealt with by the Gender Equality Ombudsperson¹¹.

◀ ■ The Gender Equality Act prohibits direct and indirect discrimination on the basis of sex, sexual orientation, marital and family status, and also with regard to access to and supply of goods and services. An instruction to discriminate, if it is done intentionally, is also treated as discrimination.

■ Moreover, provisions guaranteeing the principles of gender equality and non-discrimination can be found in numerous specialised acts:

- Family Act¹²
- Same-Sex Life Partnership Act¹³
- Act on Elections of Members to the Croatian Parliament¹⁴
- Local Elections Act¹⁵

11. Article 19 paragraph 1 of the Gender Equality Act.

12. Official Gazette No. 103/2015.

13. Official Gazette No. 92/14.

14. Official Gazette Nos. 116/99, 109/00, 53/03, 167/03, 44/06, 19/07, 20/09, 145/10, 24/11, 93/11, 19/15 and 104/15.

15. Official Gazette Nos. 144/12 and 121/16.

- Labour Act¹⁶
- Act on Maternity and Parental Benefits¹⁷
- Safety-at-Work Act¹⁸
- Media Act¹⁹
- Electronic Media Act²⁰
- Croatian Radio Television Act²¹
- Criminal Code²²
- Protection Against Family Violence Act²³
- Act on the Rights of Victims of Sexual Violence during Armed Aggression on the Republic Croatia in the Homeland War²⁴
- Personal Name Act²⁵
- General Tax Act²⁶
- etc.

Let us briefly look at some of the laws and their provisions.

■ The Gender Equality Act provides that one sex is substantially under-represented if it accounts for less than 40% of representatives in political and public decision-making bodies (Article 12 paragraph 3). When drawing up and proposing lists of candidates for the election of representatives to the Croatian Parliament, for the election of members of representative bodies of units of local or regional self-government or for the elections to the European Parliament, political parties and other authorised entities submitting such lists shall observe the principle of gender equality and seek to achieve the balance in terms of the representation of women and men on such electoral

16. Official Gazette Nos. 93/14 and 127/17.

17. Official Gazette Nos. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14 and 59/17.

18. Official Gazette Nos. 71/14, 118/14 and 154/14.

19. Official Gazette Nos. 59/04, 84/11 and 81/13.

20. Official Gazette Nos. 153/09, 84/11, 94/13 and 136/13.

21. Official Gazette Nos. 137/10, 76/12, 78/16, 46/17 and 73/17.

22. Official Gazette Nos. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 and 101/17.

23. Official Gazette No. 70/17.

24. Official Gazette No. 64/15.

25. Official Gazette Nos. 118/12 and 70/17.

26. Official Gazette No. 115/16.

lists (Article 15 paragraph 1). Almost the same provisions are repeated in the Act on Elections of Members to the Croatian Parliament (Article 21.a). The Local Elections Act stipulates that the persons nominating the list of candidates have to act in conformity with the principle of gender equality in accordance with to the Gender Equality Act (Article 9 paragraph 3).

■ One of the basic principles of the Family Act, which regulates the marriage and the extramarital union between a man and a woman, is equality of women and men and the prohibition of discrimination on basis of sex and violence towards the partner.

■ The Same-sex Life Partnership Act regulates both registered and unregistered same-sex relationships that are based on the same principles as marriage. The Act prohibits all forms of discrimination, direct and indirect, based on same-sex life partnership, sexual orientation and gender identity, as well as all forms of violence in a family life relationship (Article 6).

■ Article 73 of the Same-sex Life Partnership Act prescribes the right to lodge a request for approval of temporary stay for family reunification for life partners in accordance with the special law, i.e. the International and Temporary Protection Act²⁷. Moreover, under Article 22 paragraph 5 of the International and Temporary Protection Act, sexual orientation or gender identity falls within the notion of membership in a particular social group for asylum purposes.

■ According to the Personal Name Act everyone has the right to change the name (Article 6) without stating the reason, while returning to the last name before marriage or life partnership is equally regulated for spouses (Article 5) and for life partners (Article 5.a).

■ The provisions of General Tax Act and other tax regulations applicable to the spouse are applied to the extramarital partner, the life partner and the informal life partner in accordance with Article 15 paragraph 1 of the General Tax Act.

■ The Labour Act, prohibits direct and indirect discrimination in the field of work and working conditions, including criteria and conditions for recruitment and promotion, vocational training, advanced vocational training and retraining (Article 7 paragraph 4).

27. Official Gazette Nos. 70/15 and 127/17.

■ Family (or domestic) violence is treated as a misdemeanour and as a criminal offence.

■ Family violence includes, *inter alia*, physical and psychological violence, corporal punishment, sexual harassment and economic violence (Article 10 of the Protection against Family Violence Act).

■ Family violence is prescribed as a criminal offence in Article 179.a of the Criminal Code with up to three years' imprisonment.

■ Hate speech is covered by the criminal offence of incitement to violence and hatred. Article 325 paragraph 1 of the Criminal Code criminalises incitement to violence and hatred against a group of persons or a member of such a group on many grounds including gender, sexual orientation and gender identity, through press, radio, television, computer system or network or at a public gathering, with up to three years' imprisonment. Article 87 paragraph 21 also defines hate crime and considers it to be an aggravating circumstance unless the Criminal Code explicitly prescribes a heavier punishment for specific offences.

■ Both the Media Act (Article 3 paragraph 4) and the Electronic Media Act (Article 12 paragraph 2) have provisions prohibiting incitement to hatred based on several grounds, including sex and sexual orientation.

■ On top of that, Croatian Radio and Television is obliged to inform and educate about democracy, civil society and the culture of public dialogue and to contribute to the suppression of discrimination on any grounds in accordance with the Constitution and laws (Article 9 paragraph 2, item 10 of the Croatian Radio Television Act).

■ Finally, with reference to sexual violence against girls and women and men after the fall of the Croatian City of Vukovar in 1991, and later on during detention or captivity in the enemy camps or prisons outside Croatia during the Homeland War (period from 5 August 1990 to 30 June 1995), Croatia enacted in 2015 the Act on the Rights of Victims of Sexual Violence during Armed Aggression on the Republic Croatia in the Homeland War. This legislative measure was passed 20 years too late due to the fact that the victims were ashamed and afraid of stigma. The Act has been based on a number of the United Nations' Resolutions, the Istanbul Convention and Directive 2012/29/EU of the European Parliament and Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. The Act regulates the status and rights of sexual violence victims who are entitled to, *inter alia*, psycho-social help, legal aid, health care and damages.

— Obviously the Republic of Croatia has enacted comprehensive non-discriminatory legislation in order to fight against discrimination on any grounds, including gender. However, there is still room for improvement.

Constitutional Court's case-law

The next important step in the fight against gender and transgender discrimination is the Constitutional Court's case-law²⁸.

— However, since 1991 not many cases have been raised before the Constitutional Court regarding gender equality. The legal issues concerned were connected to gender quotas in elections of Members to the Croatian Parliament, equal pension entitlements for men and women²⁹, abortion, violence against women, referendum on marriage, name and gender data change in registers and certificates, and hate speech.

— Due to the fact that the GEX for Croatia in area of power is only 28.5 points (see Introduction), I will start with the case where the Constitutional Court dealt with gender quotas on electoral lists for Members to the Croatian Parliament.

So, are women in Croatia powerless?

The Gender Quotas for Elections of MPs case³⁰

In 2015, the Constitutional Court reviewed the constitutionality of certain Articles of the Act on Elections of Members to the Croatian Parliament,

28. Pursuant to Article 2 paragraph 1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (Official Gazette Nos. 99/99, 29/99 and 42/09 - consolidated text), the Constitutional Court guarantees compliance with and the application of the Constitution and bases its work on the provisions of the Constitution and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

29. In 2007 the Constitutional Court reviewed constitutionality of a few Articles of the Pension Insurance Act that prescribed different age for men and women regarding the same pension entitlements. The CC rejected unequal treatment based merely on gender as being contrary to equal rights and gender equality as the highest value of the constitutional order, as well as to the prohibition of discrimination and equality of all before the law (Decision and ruling No: U-I-1152/2000 *et al.* of 18 April 2007, Official Gazette No. 43/07, Summary in English is available at: www.usud.hr). See Report "Constitutional protection of social rights in Republic of Croatia an overview of Mirjana Stressec", 7th meeting of the Joint Council on Constitutional Justice - "Mini-conference" on Social rights (Tirana, 27 June 2008) available at: [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2008\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2008)003-e).

30. Decision and ruling No: U-I-1397/2015 *et al.* of 24 September 2015 (Official Gazette no. 104/2015), Summary in English is available at: www.usud.hr.

including the one regarding the mandatory gender quotas in electoral lists for MPs³¹.

■ The Constitutional Court held that the legal measure, according to which electoral list must include a minimum of 40% of members of each gender, are in conformity with the Constitution, i.e. requirements stemming from the rule of law, as well as proportional limitation of freedom of candidacy in elections. Thus, this part of Article remained in force.

■ However, the Constitutional Court repealed the part providing that lists that do not meet this legal requirement are not valid³².

■ The Constitutional Court invoked the position of the European Court of Human Rights that the list of candidates for the judge of the European Court of Human Rights, which meet all the requirements provided by Article 21 of the European Convention on Human Rights cannot be rejected by the Parliamentary Assembly only on the basis of gender-related issues³³, as well as on the importance of ability of potential candidates.

31. Article 21.a of the Act on Elections of Members to the Croatian Parliament (Official Gazette Nos. 116/99, 109/00, 53/03, 167/03, 44/06, 19/07, 20/09, 145/10, 24/11, 93/11 and 19/15) read: "Article 21.a

(1) *At the time of establishing and nominating party slates and independent slates for the election of representatives to the Parliament, the persons nominating the slates shall act in conformity with the principle of gender equality and bear in mind a balanced representation of women and men on such slates.*

(2) *The slate for the election of representatives to the Parliament is in line with the principles referred to in paragraph 1 of this Article if the slate includes at least 40% of persons of each gender. A slate that does not include at least 40% of persons of each gender shall not be valid."*

32. The second sentence of Article 21.a paragraph 2 of the Act on Elections of Members to the Croatian Parliament.

33. Paragraph 54 of the Advisory opinion of the European Court of Human Rights on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 12 February 2008 (available at: www.hudoc.echr.coe.int) reads:

"54. In the light of the foregoing, the Court considers that the first question asked by the Committee of Ministers, couched as it is in general terms, does not lend itself to a straightforward "yes" or "no" answer. In any event it is clear that, in not allowing any exceptions to the rule that the under-represented sex must be represented, the current practice of the Parliamentary Assembly is not compatible with the Convention: where a Contracting Party has taken all the necessary and appropriate steps with a view to ensuring that the list contains a candidate of the under-represented sex, but without success, and especially where it has followed the Assembly's recommendations advocating an open and transparent procedure involving a call for candidatures (see paragraph 22 above), the Assembly may not reject the list in question on the sole ground that no such candidate features on it. Accordingly, exceptions to the principle that lists must contain a candidate of the under-represented sex should be defined as soon as possible."

Furthermore, one of the reasons was that the Gender Equality Act had already prescribed a high misdemeanour fine for failure to meet gender quota in the electoral lists for the Croatian Parliament. Therefore a double punishment or the existence of two sanctions in two different laws was neither justified nor proportional.

Unfortunately, a wrong perception that the Constitutional Court repealed the obligation to respect gender quotas in the electoral lists was created.

Moreover, responsibility for the extremely low number of elected women as MPs at the elections for the 8th convocation of the Croatian Parliament in 2015 was found in this decision of the Constitutional Court.

On top of that, the State Attorney's Office of the Republic of Croatia concluded that it would not institute misdemeanour proceedings against political parties which did not place on their lists of candidates a minimum of 40% of members of each gender. The State Attorney's Office invoked its own interpretation of the Gender Equality Act whereby such an obligation does not concern the elections for the 8th convocation of the Croatian Parliament³⁴. Since such legal obligation was in force, and which the Constitutional Court clearly found in its decision, the sanctioning of political parties that did not meet the obligation had not happened³⁵.

The disproportional distribution of political, but also social and economic, power among women and men causes unequal status of women in society that, consequently, leads to violence against women. Violence against women is one of frequent forms of discrimination that results in physical, sexual, psychological, social or economic suffering of women. It undermines women's dignity and integrity.

In the two following cases the Constitutional Court has dealt with the protection of women against various forms of violence.


34. Written notification of the State Attorney's Office of the Republic of Croatia No. KR-DO-1673/2015 AŠM/AŠM of 8 February 2016 delivered to the State Election Commission of the Republic of Croatia, including the conclusion *"that there are no legal grounds to institute misdemeanour proceedings against the proponents of the lists of candidates for the election of members to the Croatian Parliament, held on 8 November 2015, which did not include a minimum of 40% of members of each gender, and therefore, it will not deliver the said notification to the competent state attorney offices"*.

35. See Foreword by the Editor-in-Chief, Selection of Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Croatia 2015, *Narodne novine*, Zagreb, June 2016.

Access to Legal Termination of Pregnancy is an aspect of Women's Rights to Self-Determination, Integrity and Dignity that are inherent to Right to Privacy

The so called Abortion case³⁶

The right to an abortion is usually classified within the category of women's reproductive rights. However, let us look at the Croatian case. Why here? Denying the legal termination of pregnancy is a form of gender-based violence, particularly if pregnancy is a result of violence, including family violence because this one tethers women to violent men. That is why.

■ The Constitutional Court found that the legislative solution³⁷, stating that termination of pregnancy may be performed at the request of a woman before the end of the 10th week of pregnancy (and afterwards only subject to an approval of a competent authority if it is established, on the basis of medical indications, that life cannot be saved or the deterioration of a woman's health during pregnancy, birth or post-partum cannot be resolved, if it can be expected that the child will be born with serious physical or mental defects, if conception was connected with the commission of certain criminal offences or in the event of immediate danger to the life or health of a pregnant woman and if termination of pregnancy had already started), was in conformity with the Constitution. 

■ The Constitutional Court held that the impugned legislative solution did not undermine a fair balance between a woman's constitutional right to private life and to liberty and personality, on one hand, and the public interest of protecting the life of unborn beings guaranteed by the Constitution as a constitutionally protected value, on the other hand.

■ The Constitutional Court pointed out that the right to private life guaranteed by the Constitution includes the right of each person to the freedom of decision-making, self-determination, and dignity. Therefore, the right to private life is an inherent right of a woman to her own spiritual and physical integrity, which includes her decision whether to conceive and how her pregnancy is to progress. By staying pregnant (either planned or

36. Ruling No. U-I-60/1991 *et al.* of 21 February 2017 (Official Gazette no. 25/17), Summary in English is available at: www.usud.hr.

37. Act on Health Measures on the Exercise of the Right to the Freedom of Decision-Making on Giving Birth (Official Gazette Nos. 18/78, 31/86, 47/89 and 88/09).

unplanned, voluntarily or as a consequence of violence), a woman does not waive her right to self-determination. Any restriction to the right of a woman to decide in her autonomous self-realisation, including whether she wishes or does not wish to carry to term, represents interference in her constitutional right to private life.

■ The Constitutional Court found that an unborn being, as a value protected by the Constitution, enjoys constitutional protection under the Constitution only to the extent that such protection is not in conflict with a woman's right to private life. The right to life of an unborn being within that meaning is not protected to have an advantage over or greater protection than a woman's right to a private life.

Removal of a Family Violence Perpetrator from the Family Home and Temporary Restriction of the Right of Ownership

The Protective Measure against Family Violence case³⁸

◀ The Protection against Family Violence Act among others regulates the rights of victims of family violence, forms of family violence and misdemeanour sanctions for protection against family violence. These sanctions are for example protective measures, fines and imprisonment³⁹. The protective measures include orders prohibiting the perpetrator from approaching the victim, prohibiting harassment or stalking of the victim and removal of a perpetrator from the family home⁴⁰.

■ The constitutionality of the last mentioned protective measure, i.e. the protective measure of removal of the perpetrator of family violence from an apartment, house, or some other residential area for a period of one month to two years⁴¹ has been reviewed by the Constitutional Court.

■ The proponent in the case alleged that the protective measure restricts property rights unconstitutionally, because it may be issued against the perpetrator of family violence who is the sole owner of real property. Given that the protective measure may be issued for the duration of up to two years it suspends the right of ownership.

38. Ruling No. U-I-4326/2012 of 7 March 2017.

39. Article 11 paragraph 1 of the Protection against Family Violence Act.

40. Article 13 of the Protection against Family Violence Act.

41. Article 15 of the Prevention of Family Violence Act.

■ The aim of the Protection against Family Violence Act is the prevention, sanctioning, and suppression of family violence, a type of violence that generally happens within the confines of one's home, apartment, house, or some other residential area. The purpose of protective measures is to provide protection (of life and health, and safety) and assistance to the victims of family violence by eliminating the circumstances that are conducive to violence or that encourage recurring of violence.

■ The Constitutional Court held that the temporary restriction of the right of ownership *via* the protective measure of removal of a family violence perpetrator from the family home does not represent a disproportionate measure for the achievement of a legitimate aim in the public interest which is the prevention, sanctioning, and suppression of violence in the family.

■ In other words, the Constitutional Court balanced the interests at stake, and ruled that protective measure does not disproportionately interfere with the individual's right to peaceful enjoyment of one's property. Thus, the protective measure remained in force.

■ Let me put forward another question. Is there a difference between physical violence and violent speech? No, there is not because they both hit hard.

Violence committed by Spoken Words against Homosexuals and Freedom of Expression

The Football and Hate Speech case⁴²

Z.M., the then executive manager of the most popular football club and Vice President of the Croatian Football Association, stated, in one daily newspaper, that 'gay people could not play in his national football team'. Finding these statements discriminatory, the Supreme Court of the Republic of Croatia prohibited him from making any similar public statements in the future, and ordered a public apology, and publishing the judgment in the same daily newspaper.

■ The Supreme Court found that Z.M. had such a reputation and public authority that his statement could encourage others to treat gay persons with prejudice. The Supreme Court ruled that his statement was an act that

42. Decision No: U-III-872/2016 of 22 March 2017.

could place a person (a gay man) in a less favourable position than other persons (a heterosexual man) in a comparable situation and was therefore direct discrimination. The Supreme Court further held that statements can be acts of discrimination in spite of the constitutional freedom of expression.

■ Nonetheless, Z.M. lodged a constitutional complaint before the Constitutional Court complaining that the Supreme Court judgment violates his freedom of expression guaranteed by the Constitution and the European Convention on Human Rights.

■ The Constitutional Court upheld the legal position of the Supreme Court and ruled that there is no violation of the freedom of expression. Emphasising that the freedom of expression carries with it duties and responsibilities, the Constitutional Court held that the interference with the freedom of expression was prescribed by the Anti-Discrimination Act and was not disproportionate, but necessary in a democratic society.

Outcome of Marriage Definition Referendum has not jeopardised the Gender Equality due to the Comprehensive Regulatory Framework (including Article 61 of the Constitution)

The "Redundant" Amendment to the Constitution case

On 1 December 2013 the first popular referendum to amend the Constitution was held in Croatia. The referendum question put to citizens was:

‘Do you support the provision defining marriage as a union of a woman and a man to be included in the text of the Constitution of the Republic of Croatia?’

Following the outcome of the referendum, the Constitution was amended by adding the definition of marriage as a union of a woman and a man⁴³.

43. The Fifth Amendment of the Constitution was adopted at a national constitutional referendum where people within the meaning of Article 1.3 of the Constitution for the first time directly decided on a specific proposal to amend the Constitution based on a popular initiative to amend the Constitution, that is, based on a proposal to amend the Constitution submitted by voters Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia No: SuP-O-1/2014 of 14 January 2014 on the completion of the proceedings of supervision of the constitutionality and legality in implementing the national referendum

■ Unfortunately, the Constitutional Court had no opportunity to decide on the constitutionality of the referendum question, since the Croatian Parliament did not submit that question to the Constitutional Court for review⁴⁴.

■ Nevertheless, the Constitutional Court reacted and rendered the Communication on the Citizens' Constitutional Referendum on the definition of marriage⁴⁵ stating, *inter alia*, that from the substantive law aspect, it is relevant that the Republic of Croatia legally recognises both marriage and common-law marriage, and same-sex unions⁴⁶, and that Croatian law is aligned with the European legal standards regarding the institutions of marriage and family life.

■ Sexual and gender diversity are protected by the Constitution. The rights of all persons are also protected, regardless of gender and sex, the respect for and legal protection of their personal and family life and their human dignity⁴⁷. These legal facts are considered to be the permanent values of the constitutional state.

■ The Constitutional Court emphasised that any supplementation of the Constitution by provisions according to which marriage is the union for life

held on 1 December 2013, where Article 61 of the Constitution of the Republic of Croatia was supplemented with a new paragraph 2, Official Gazette No. 5/14). Consequently, Article 61 of the Constitution reads:

"Article 61

The family shall enjoy special protection of the state.

Marriage is a living union between a woman and a man.

Marriage and legal relations in marriage, common-law marriage and the family shall be regulated by law."

44. Article 95 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia reads:

"Article 95

(1) At the request of the Croatian Parliament, the Constitutional Court shall, in the case when ten percent of the total number of voters in the Republic of Croatia request calling a referendum, establish whether the question of the referendum is in accordance with the Constitution and whether the requirements in Article 86, paragraphs 1-3, of the Constitution of the Republic of Croatia for calling a referendum have been met.

(2) The Constitutional Court shall pass the decision in paragraph 1 of this Article within a term of 30 days after the request is filed."

45. SuS-1/2013 of 14 November 2013 (Official Gazette No. 138/13), full text in English is available at: www.usud.hr and CODICES database of the Venice Commission.

46. In Croatia the Act on Same-sex Civil Unions (Official Gazette Nos. 116/03 and 92/14) had been in force from 2003 to 2014 when the Same-Sex Life Partnership Act entered into force.

47. Article 35 of the Constitution.

of a woman and a man may not have any influence on the further development of the legal framework of the institution of common-law marriage and same-sex unions, in line with the constitutional requirements that everyone has the right to respect, and legal protection of their personal and family life, and their human dignity.

■ The Constitutional Court has also dealt with a few transgender equality cases. Let me present two of those cases to you.

Violation of Reasonable Time Requirement in conjunction with the Right to Respect for Private Life

The first transgender case⁴⁸

◀ The applicant lodged a constitutional complaint before the Constitutional Court stating that the duration of administrative proceedings and the administrative dispute initiated on the basis of his request for a change of data on gender and name in the civil registry was unreasonably long, and such a long duration of the proceedings, violated his right to a private life, thus placing him in an uncertain position in relation to his personal (gender) identity.

■ Competent authorities decided on the applicant's request on several occasions, and the applicant requested the proceedings to be completed as soon as possible. Bering in mind all of the above, and in particular the importance of the outcome of the proceedings for the applicant as a minor, the Constitutional Court found that the duration of the administrative proceedings and of the administrative dispute (more than 4 years) that were still pending was not in compliance with the requirement of reasonable time.

■ One of the reasons that contributed to the duration of the proceedings was the lack of clarity of the Ordinance on the manner of gathering medical records on gender change. The Act on Amendments to the Act on Civil Registries which entered into force on 29 June 2013 prescribes the right to the entry of a gender change into the birth records even in the case of a person living in a different gender identity, i.e. gender identity can be changed without gender reassignment surgery.

48. Decision No. U-III B-3173/2012 of 18 March 2014 (Official Gazette No. 46/14).

■ After that, the competent minister still had not adopted the special sub-regulation regarding gathering medical records on gender change, and the shortcomings in the Ordinance still have not been eliminated.

■ The Constitutional Court held that the applicant's request referring to the exercise of the right to his private life had not been decided upon efficiently, which resulted in prolonged uncertainty in relation to his personal (gender) identity and represented a violation of the right to a fair trial in conjunction with the right to private life.

■ In addition, due to the obvious failure of the state to fulfil its legal obligation, under Article 125.a of the Constitution and Article 105 paragraphs 1 and 3 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia⁴⁹, the Constitutional Court notified⁵⁰ the Government about the spotted failure of the minister of health to render a piece of legislation on manner of collecting the medical documentation and determination of the conditions and requirements for change of sex and life in other gender identity.

Refusal to Change Name and Gender Data on a University Diploma

The second transgender case⁵¹

The case concerned rejection of a certain Faculty of the University of Zagreb to issue a new diploma with a female name and gender to the applicant, who is a transgender person whose sex assignment at birth was male, but after having the sex reassignment surgery changed his sex to female. The Faculty rejected the request with the explanation that following the issuing of a diploma the faculty, as an educational institution, does not have any legal grounds to include changes in an issued diploma, because, *inter alia*, it does not keep a record of the changes to personal status of its graduates. The Administrative Court in Zagreb rejected the applicant's complaint with

49. Under Article 125.a of the Constitution and Article 105 paragraph 1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, if the Constitutional Court finds that a competent body charged with enacting a regulation needed for the application of the Constitution, law or other regulation has failed to do so, it shall notify the Government thereof. Under Article 105 paragraph 3 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia the report is delivered in written form to the Prime Minister of the Republic of Croatia.

50. Notification No. U-XA-1367/2014 of 9 April 2014.

51. Decision No. U-III-361/2014 of 21 November 2017.

the explanation that the impugned decision of the Faculty was issued in conformity with the relevant law⁵².

■ The applicant lodged a constitutional complaint before the Constitutional Court and invoked, *inter alia*, violation of her right to respect for personal and family life.

■ A different approach in practice had already existed. Namely, other Faculty, on the basis of the same legal provisions accepted the request of another transgender person who requested a change of data on a diploma, changes related to name and sex, issued before her sex reassignment.

■ The Constitutional Court stated that the refusal to issue a new diploma with the data changes concerning applicant's sex and name created doubts in relation to her identity and occupation. It mutually affected the applicant and private and public persons with whom the applicant has contacts in the realisation of her academic and business activities. Furthermore, the applicant was consequently prevented from choosing when, to whom, and how to reveal the information that relates to her gender identity and from obtaining protection against the arbitrary or unwanted revelation of such information to others.

◀ ■ The Constitutional Court held that by refusing to issue a new University diploma with new data concerning gender and name of the applicant, the applicant's right to a fair trial in conjunction with the right to respect for personal life, after having changed the aforementioned data in the main entry in the register of birth and obtaining a new personal identity card and a new certificate of citizenship, was violated.

Conclusion

C In conclusion, Croatia has comprehensive non-discriminatory regulatory framework regarding gender equality, and institutional mechanisms for its implementation, including the Constitutional Court of the Republic of Croatia as one of the mechanisms, based on universal and European legal standards. A lot has been done in Croatia, and I hope that even more will be done in the near future.

52. Article 84 of the Science and Higher Education Act (Official Gazette Nos. 123/03, 105/04, 174/04, 2/07, 46/07 and 45/09) and Article 159 of the General Administrative Procedure Act (Official Gazette No. 47/09).

■ The Venice Commission, the Council of Europe, the European Union, as well as the United Nations, have paved the way which all national institutions, including constitutional courts, should follow in order to achieve gender equality in reality.





Genre, égalité et non-discrimination: la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge ▲

Anne Rasson-Roland et
Jan Theunis,
Référéndaires à la Cour
constitutionnelle belge



■ I. Introduction

1. La Cour constitutionnelle dispose d'une jurisprudence très riche en ce qui concerne le principe d'égalité et de non-discrimination.¹ Les arrêts portant sur une différence de traitement fondée sur le sexe sont toutefois en nombre limité. Le présent aperçu traitera de la jurisprudence rendue ces dix dernières années (2008-2018) en la matière (III), après un exposé des principes généraux que la Cour a rappelés à maintes reprises (II). Une courte conclusion relative à la question du genre dans la composition de la Cour constitutionnelle suivra cet aperçu (IV).

1. Pour des données chiffrées, voyez P. CANNOOT, J. GOOSSENS, L. LAVRYSEN, V. MEERSCHAERT et J. THEUNIS, "Developments in Belgian Constitutional Law: The Year 2015 in review", www.iconnectblog.com/2016/10/developments-in-belgian-constitutional-law-the-year-2015-in-review/.

■ II. Principes généraux

2. En vertu de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, les «Belges» sont égaux devant la loi. L'article 11, première phrase, de la Constitution dispose que la jouissance des droits et libertés «reconnus aux Belges» doit être assurée sans discrimination. Ces deux règles constitutionnelles sont l'expression d'un même principe et sont donc indissolublement liées.²

En outre, il y a deux dispositions relatives au genre. L'article 10, alinéa 3, de la Constitution dispose que l'égalité des femmes et des hommes est garantie. En vertu de l'article 11bis, alinéa 1er, de la Constitution, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés.

3. **Quelques principes généraux se dégagent de la jurisprudence de la Cour.**

Selon la Cour, par les articles 10, alinéa 3, et 11bis, 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.³

◀ Lorsque la Cour est amenée à contrôler la compatibilité avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination de différences de traitement entre les personnes et que le critère utilisé est fondé sur le sexe des personnes concernées, elle prend en compte les articles 10, 11 et 11bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Ces dispositions, lues conjointement, invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent, autorisent ou maintiennent une différence de traitement fondée sur le sexe. Un tel critère n'est admissible que s'il est justifié par un objectif légitime et s'il est pertinent par rapport à celui-ci. Le contrôle exercé par la Cour est plus strict lorsque le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause.⁴

En outre, lorsque les personnes concernées sont visées par la Convention relative aux droits de l'enfant, il faut avoir égard à l'article 2 de cette Convention, qui oblige les États parties à respecter les droits qui y sont énoncés indépendamment de toute considération de sexe.⁵

2. Arrêt n° 37/97 du 8 juillet 1997, B.4.

3. Arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004, B.5.6.

4. Voy. notamment les arrêts n° 166/2003 du 17 décembre 2003, B.15.2., n° 17/2009 du 12 février 2009, B.23.1 et n° 44/2014 du 13 mars 2014, B.4.

5. Arrêt n° 166/2003 du 17 décembre 2003, B.15.2.

— III. Applications

— 1. Les inégalités correctrices

4. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles «inégalités correctrices» doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, répondre à certaines conditions:

1. elles ne peuvent être appliquées que dans les cas d'inégalité manifeste;
2. la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir;
3. les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint; et
4. elles ne peuvent pas restreindre inutilement les droits d'autrui.⁶

L'application de ces conditions équivaut en réalité à un contrôle de proportionnalité renforcé. L'arrêt de principe n° 17/2009, par lequel la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation de la législation anti-discrimination⁷, confirme ces conditions à l'égard d'une disposition qui a voulu reprendre expressément dans le texte de la loi la jurisprudence de la Cour en matière d'inégalités correctrices.⁸ Selon cette législation, une distinction directe ou indirecte qui repose sur l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les lois⁹ ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination lorsque cette distinction constitue une mesure d'action positive. Les mesures d'action positive sont des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les lois, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique.¹⁰

6. 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.

7. Entre autres la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (la loi «genre»), qui vise à transposer sept directives CE qui concernent toutes l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

8. Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.22.3.

9. Entre autres le «sexe» (article 16, § 1^{er}, de la loi «genre»).

10. Article 4, 11° de la loi anti-racisme, article 4, 11° de la loi générale anti-discrimination et article 5, 11° de la loi «genre».

Lorsqu'il examine une mesure d'action positive d'un citoyen, le juge compétent doit dès lors vérifier s'il est globalement satisfait aux mêmes conditions que lorsque le juge compétent examine une mesure d'action positive des pouvoirs publics. Ce traitement égal n'est pas discriminatoire. En effet, selon la Cour constitutionnelle, les citoyens et les pouvoirs publics qui sont soumis à l'interdiction de discrimination ne se trouvent pas dans des situations fondamentalement différentes en ce qu'ils occupent, en fait ou en droit, une position dominante dans les relations juridiques qui leur donne l'occasion de discriminer (entreprises, écoles, ...).¹¹ En soumettant les mesures d'action positive aux critères précités, le législateur a permis un contrôle particulièrement précis sur ces mesures, qui permet au juge d'examiner dans chaque cas concret s'il est porté atteinte au principe fondamental de l'égalité des sexes.¹²

5. Dans l'arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'appliquer sa jurisprudence à l'égard de quotas. Les décrets soumis à son contrôle ont pour objectif de «tendre vers une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne». Pour bénéficier d'un titre de fonctionnement, ces organes de gestion doivent être composés au maximum de deux tiers de personnes du même sexe. Cette représentation vise entre autres à ce que les qualités dirigeantes et managériales des hommes et des femmes posant des actes de «*good corporate governance*» profitent à chaque établissement.¹³

La Cour constitutionnelle rappelle tout d'abord qu'il convient, dans le cadre de son contrôle des quatre conditions susmentionnées, de tenir compte du fait qu'il s'agit en l'espèce de mandats d'administrateur et non de l'accès à un emploi dans le secteur public ou privé.¹⁴ Elle conclut, compte tenu de l'objectif assigné aux décrets et des mesures transitoires et dérogoratoires mises en place, que les sanctions prévues par les décrets attaqués 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. Ce régime garantit, tant pour les femmes que pour les hommes, une représentation raisonnable dans les organes de gestion concernés.¹⁵ Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas violé.

11. Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.22.6.

12. Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.23.2.

13. Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.9.

14. Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.1.

15. Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.2.

La législation wallonne s'inscrit par ailleurs dans la ligne de l'article 518bis du Code des sociétés qui impose qu'au moins un tiers des membres du conseil d'administration des sociétés commerciales cotées en bourse soit de sexe différent de celui des autres membres. Cet article n'a pas (encore) été soumis au contrôle de la Cour.

■ 2. Discrimination indirecte

6. Dans l'arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, la Cour constitutionnelle statue sur les recours en annulation partielle de la loi du 10 août 2015 visant à relever l'âge légal de la pension de retraite, les conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et l'âge minimum de la pension de survie. Cette loi prévoit que l'âge légal de la pension, actuellement fixé à 65 ans, est maintenu jusqu'au 31 décembre 2024, porté à 66 ans en 2025 et à 67 ans à partir du 1^{er} janvier 2030. En ce qui concerne la pension anticipée, la condition d'âge est augmentée à raison de 6 mois par année. Elle passe ainsi de 62 ans en 2016, à 62 ans et 6 mois en 2017 et à 63 ans en 2018. La condition de carrière est quant à elle portée de 40 ans en 2016 à 41 ans en 2017 et 2018 et à 42 ans en 2019.¹⁶

Dans un de leurs moyens, les parties requérantes soutiennent que les dispositions attaquées créent une discrimination indirecte à l'égard des femmes dans la mesure où le législateur traite de la même manière les hommes et les femmes alors que les carrières d'activité professionnelle et les périodes assimilées seraient sensiblement plus courtes pour les femmes que pour les hommes.¹⁷ Le deuxième moyen est pris, notamment, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 4 de la directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

En ce qui concerne l'article 4 de la directive 79/7/CEE, la Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une réglementation nationale qui s'applique indistinctement aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins ne comporte pas de discrimination directement fondée sur le sexe. Il y a, en revanche, discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs

16. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.2.1.

17. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.30.

d'un sexe par rapport à l'autre.¹⁸ La mesure attaquée n'est compatible avec le principe de l'égalité de traitement que si la différence de traitement qu'elle engendre entre les deux catégories de travailleurs est justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de la politique sociale de l'État membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet.¹⁹

La Cour constitutionnelle déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les États membres doivent tendre vers l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et que, même si des dérogations peuvent être temporairement admises en ce qui concerne l'âge d'accès à la retraite, ces dérogations doivent être interprétées de manière restrictive. 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.²⁰

Les dispositions attaquées traitent de manière identique les hommes et les femmes en ce qui concerne l'âge d'accès à la pension ainsi que les conditions d'accès à la pension de retraite anticipée. La Cour doit dès lors examiner si, ce faisant, elles ont pour effet de traiter de manière défavorable les femmes dans la mesure où, comme le soutiennent les parties requérantes, un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes serait concerné par le travail à temps partiel et, partant, ne pourrait remplir les conditions de carrière exigées par la loi attaquée pour pouvoir accéder à la retraite anticipée.²¹

18. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.32.1, faisant référence à CJUE, 14 avril 2015, C-527/13, *Cachaldora Fernandez*, point 27; 22 novembre 2012, C-385/11, *Elbal Moreno*, point 29; 20 octobre 2011, C-123/10, *Brachner*, point 56. En ce qui concerne l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ancien article 141 du Traité CE), la Cour de justice de l'Union européenne a statué dans le même sens (CJUE, 14 juillet 2014, C-173/13, *Leone et Leone*, point 41, et la jurisprudence précitée). Voy. aussi l'arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.27.1: Une «distinction indirecte» est une situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des «critères protégés» (article 4, 8°, de la loi anti-racisme, article 4, 8°, de la loi générale anti-discrimination et article 5, 7°, de la loi «genre»).

19. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.32.2, faisant référence à CJUE, 8 février 1996, C-8/94, *Laperre*, point 14; 20 octobre 2011, C 123/10, *Brachner*, point 70.

20. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.33.1.

21. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.33.2.

Après avoir examiné les travaux parlementaires et les données chiffrées fournies par le Bureau fédéral du plan, la Cour peut conclure 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. Les chiffres dont la Cour dispose ne tendent pas non plus à démontrer que les mesures attaquées concerneraient un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. La réforme opérée par ces mesures semble au contraire indiquer que sur le long terme, l'écart qui existe entre les travailleurs des deux sexes tend à s'amenuiser de sorte que ces mesures rencontrent l'objectif de la directive 79/7/CEE qui est de tendre vers l'égalité de ces deux catégories.²² Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

7. Dans une autre affaire, concernant les pensions du service public, la partie requérante alléguait que la loi attaquée violait le principe d'égalité et de non-discrimination en ce qu'elle renforcerait encore la discrimination existante entre les hommes et les femmes en matière de durée réelle de la retraite.

La Cour constitutionnelle constate que les dispositions attaquées s'appliquent dans la même mesure aux hommes et aux femmes.²³ 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 par la partie requérante 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.²⁴

■ 3. La lutte contre le sexisme

8. Dans l'arrêt n° 72/2016, la Cour constitutionnelle statue sur le recours en annulation partielle de la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public. Le sexisme érigé en infraction est entendu comme un ensemble de comportements « attentatoires à la dignité humaine de la personne »

22. Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.34.1.

23. Voy. également l'arrêt n° 51/2008 du 13 mars 2008, B.10.2, à propos du travail à temps partiel.

24. Arrêt n° 104/2017 du 28 septembre 2017, B.35.

à cause de sa «simple appartenance à un sexe»; il s'agit «du mépris envers un sexe, de la croyance fondamentale en l'infériorité intrinsèque d'un sexe».²⁵

La Cour rappelle que l'égalité des femmes et des hommes est une valeur fondamentale de la société démocratique, protégée par l'article 11bis de la Constitution, par l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et par divers instruments internationaux, tels que, notamment, la Convention des Nations-Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Plus spécifiquement, la lutte contre les violences en raison du sexe constitue une préoccupation actuelle aussi bien de l'Union européenne (adoption par la Commission européenne de la Charte des femmes, le 5 mars 2010) que du Conseil de l'Europe (Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011).²⁶

Dans cet arrêt, il ne s'agit pas d'une différence de traitement fondée sur le sexe, qui peut être justifiée ou non, mais de l'égalité des hommes et des femmes, en tant que valeur fondamentale, qui peut justifier ou non l'ingérence dans un autre droit fondamental, emportant une limitation de la liberté d'expression. Les objectifs poursuivis par les dispositions attaquées, qui participent de la volonté du législateur de garantir cette valeur, sont légitimes et figurent parmi ceux, énumérés aux articles 9 et 10 CEDH, qui peuvent justifier une ingérence dans les droits fondamentaux protégés par ces articles, dès lors qu'ils relèvent tout à la fois de la protection des droits d'autrui, de la défense de l'ordre et de l'affirmation d'une des valeurs fondamentales de la démocratie. Selon la Cour, le législateur a pu estimer que l'adoption des dispositions attaquées était nécessaire pour atteindre l'objectif d'égalité des hommes et des femmes dans l'exercice de leurs droits et libertés que l'article 11bis de la Constitution lui impose de garantir.²⁷

La Cour précise néanmoins que l'infraction de sexisme n'est réalisée que lorsque le geste ou le comportement incriminé entraîne une atteinte grave à la dignité à l'égard de personnes déterminées. Il en résulte que l'expression d'opinions, en général, sur la place et le rôle des femmes et des hommes dans la société ne relève pas de l'application de la loi attaquée.²⁸

25. Doc. parl., Chambre, 2013-2014, DOC 53 3297/001, pp. 3-4.

26. Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016.

27. Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.20.2-B.21.2.

28. Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.26.1.

L'infraction de sexisme ne vise pas les gestes ou comportements d'une personne vis-à-vis d'elle-même. Les dispositions attaquées ne peuvent donc être interprétées comme permettant la répression du fait pour une femme de porter un vêtement confessionnel tel qu'un voile ou un foulard. Pour le même motif, les dispositions attaquées ne sauraient être interprétées comme autorisant la répression de la prostitution volontaire ou de la pornographie dans le chef de la personne qui s'adonne à ces activités.²⁹

En revanche, l'infraction de sexisme peut être commise à l'égard d'une personne, malgré le fait que cette personne ait consenti au geste ou au comportement, posé par un tiers, si ce geste ou ce comportement a pour conséquence de porter gravement atteinte à sa dignité. L'absence de consentement n'est, en effet, pas un élément constitutif de l'infraction. L'objectif poursuivi par le législateur n'est, au demeurant, pas uniquement de protéger les droits des victimes de gestes ou de comportements sexistes mais, également, de garantir l'égalité des femmes et des hommes, ce qui est une valeur fondamentale de la société dont la réalisation bénéficie à la totalité de ses membres et pas seulement aux victimes potentielles de sexisme.³⁰

La Cour rejette tous les moyens, pris notamment de la violation du principe de légalité en matière pénale, de la liberté d'expression, du principe d'égalité en non-discrimination et du droit au respect de la vie privée.

4. Le contrat de vente entre époux

9. Dans un litige portant sur une contestation entre des époux divorcés, la Cour d'appel d'Anvers demandait à la Cour constitutionnelle si l'article 1595, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code civil est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il s'ensuit qu'un contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté, alors qu'aucun contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession que la femme fait à son mari, même non séparé, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à lui appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

29. Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.34.1-B.34.2.

30. Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.35.1.

La Cour constitutionnelle constate simplement que cette différence de traitement fondée sur le sexe, ou plus précisément le maintien de cette différence de traitement, n'est pas raisonnablement justifiée.³¹

■ 5. L'attribution du nom de famille

10. Dans l'arrêt n° 2/2016, la Cour statue sur des recours en annulation à l'encontre de 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.³²

En vue de respecter des engagements internationaux pris par la Belgique, et notamment celui d'accorder à la femme et à l'homme des droits similaires dans la transmission du nom de l'enfant, la loi attaquée permet aux parents de choisir soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit un double nom composé de ces deux noms dans l'ordre déterminé par les parents. Le législateur a ainsi opté pour l'autonomie de la volonté des parents plutôt que pour un système d'attribution du nom fixé par la loi, avec une limite cependant: les enfants nés des mêmes parents doivent porter le même nom.

◀ Lorsque les parents sont en désaccord quant au choix du nom de l'enfant ou lorsqu'ils n'opèrent aucun choix, la loi attribue à l'enfant le nom du père. Seule cette disposition a été attaquée devant la Cour constitutionnelle.

Selon la Cour, le droit de donner son nom de famille à son enfant ne peut pas être considéré comme un droit fondamental,³³ mais les parents ont un intérêt clair et personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur enfant.³⁴ Le choix du législateur de privilégier l'autonomie de la volonté des parents est conforme à la volonté du législateur d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme.³⁵ Il nécessite toutefois de déterminer la manière d'attribuer le nom de famille dans l'hypothèse où les parents sont en désaccord ou n'opèrent pas de choix, même si le législateur a par ailleurs veillé à limiter les cas de désaccord en offrant aux parents un large choix. Il peut se justifier que le législateur fixe lui-même le nom que portera l'enfant, lorsqu'il y a désaccord ou absence de choix, plutôt que de laisser au juge un pouvoir

31. Arrêt n° 44/2014 du 13 mars 2014, B.4-B.5.

32. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016.

33. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.7.1.

34. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.7.3.

35. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.3.

d'appréciation. Il importe, en effet, en cette matière, de fixer de manière simple, rapide et uniforme le nom d'un enfant dès sa naissance.³⁶

La Cour condamne cependant la différence de traitement entre le père et la mère de l'enfant qui est fondée sur le critère du sexe des parents. Les mères sont ainsi traitées autrement que les pères dans leur droit de transmettre leur nom de famille à leur enfant.³⁷ Or, seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe. Les motifs invoqués par le législateur dans les travaux préparatoires, la tradition et la volonté d'avancer progressivement, ne peuvent pas être tenus pour des considérations très fortes justifiant la différence de traitement critiquée. Par ailleurs, la disposition attaquée peut avoir pour effet de donner ainsi un droit de veto au père d'un enfant dans l'hypothèse où la mère de l'enfant manifeste la volonté de donner à cet enfant son propre nom ou un double nom et où le père n'est pas d'accord avec ce choix.³⁸

La Cour annule donc la disposition attaquée. Toutefois, afin d'éviter une insécurité juridique, en particulier vu la nécessité de déterminer le nom de l'enfant dès sa naissance, tout en permettant au législateur d'adopter une nouvelle réglementation, la Cour maintient les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2016.³⁹

11. Saisie d'une question préjudicielle portant sur la même disposition, posée juste avant le prononcé de l'arrêt n° 2/2016 dans un litige concernant un enfant né en 2015, la Cour décide dans son arrêt n°162/2016 qu'en raison du maintien des effets de la disposition en cause, le juge a quo doit en faire application dans la solution du litige pendant devant lui.⁴⁰

La question n'appelle donc pas de réponse, sauf dans la mesure où elle diffère des points de droit tranchés par l'arrêt n° 2/2016.⁴¹ Le point de droit non tranché concerne la compatibilité de la disposition en cause avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination et les droits de l'enfant, en ce que cette disposition ne prévoit aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant dans l'attribution du nom.⁴² Prolongeant le raisonnement tenu dans l'arrêt n° 2/2016, la Cour considère que le fait d'accorder au juge le

36. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.5.

37. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.6.6.

38. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.7.

39. Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.9.

40. Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.4.2.

41. Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.4.2. et B.5.

42. Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.6.

pouvoir d'attribuer le nom de l'enfant après avoir apprécié l'intérêt de cet enfant ou lui permettre de modifier l'attribution légale du nom de l'enfant sur la base de l'intérêt de cet enfant porterait atteinte à l'objectif de fixer de manière simple, rapide et uniforme le nom d'un enfant dès sa naissance.⁴³ Elle répond négativement à cette partie de la question préjudicielle.

■ 6. L'interdiction de la burqa

12. Par son arrêt n° 145/2012, la Cour constitutionnelle se prononce sur des recours en annulation à l'encontre de la loi du 1^{er} juin 2011 «visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage». Cette loi punit d'une amende ou d'un emprisonnement les personnes qui se présentent dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'elles ne soient pas identifiables. Les recours ont été introduits par des personnes physiques – des femmes de confession musulmane portant le voile intégral et qui se sont fait verbaliser ou des personnes agissant en vue de défendre les droits fondamentaux.

Un des griefs concerne la méconnaissance de la liberté des cultes ou de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Les requérants se fondent sur l'article 19 de la Constitution ainsi que sur l'article 9 CEDH et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La Cour admet que la loi attaquée peut, en raison de la généralité de ses termes, constituer une ingérence dans la liberté de conscience et de religion des femmes qui portent le voile intégral sur la base d'un choix personnel qu'elles estiment conforme à leur conviction religieuse. Elle examine dès lors si cette ingérence est prévue par une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur.⁴⁴

La Cour précise ensuite les trois objectifs poursuivis par le législateur, tels qu'ils ressortent des travaux préparatoires de la loi attaquée: la sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du «vivre ensemble» dans la société. La Cour estime que ces objectifs sont légitimes et entrent dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 9 CEDH.

43. Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.7.2.

44. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.13. et B.14.

Dans le cadre de cette mini-conférence, les deux derniers objectifs retiendront notre attention. Concernant le «vivre ensemble», la Cour relève que l'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. Compte tenu des valeurs essentielles qu'il entend défendre, le législateur a pu considérer que la circulation dans la sphère publique, qui concerne par essence la collectivité, de personnes dont cet élément fondamental de l'individualité n'apparaît pas, rend impossible l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société. Si le pluralisme et la démocratie impliquent la liberté de manifester ses convictions notamment par le port de signes religieux, l'État doit veiller aux conditions dans lesquelles ces signes sont portés et aux conséquences que le port de ces signes peut avoir. Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique.⁴⁵ Concernant la dignité de la femme, la Cour relève que le législateur a pu considérer que 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.⁴⁶ 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. 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.⁴⁷

La Cour admet dès lors la proportionnalité de la mesure dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère. La circonstance que la peine puisse être plus lourde en cas de récidive ne mène pas à une autre conclusion.⁴⁸ La Cour relève encore que pour les personnes

45. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.21.

46. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.22.

47. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.23.

48. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.29.1.

qui dissimuleraient leur visage sous la contrainte, l'article 71 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'auteur des faits a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.⁴⁹ La Cour formule enfin une réserve d'interprétation qui sera reprise dans le dispositif. Il serait manifestement déraisonnable de considérer que les lieux accessibles au public doivent s'entendre comme incluant les lieux destinés au culte. Le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux, tels que le voile qui couvre intégralement le visage dans de tels lieux, ne pourrait faire l'objet de restrictions sans que cela porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de manifester ses convictions religieuses.⁵⁰

La Cour conclut également que la loi attaquée n'est pas contraire à la liberté d'expression, au droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, à la liberté individuelle et au droit au respect de la vie privée et familiale. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas non plus violé et la loi n'a ni pour objet ni pour effet de régler la liberté d'association des personnes.

■ 7. Les assurances

◀ **13.** Le ressort de l'arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011⁵¹ que la possibilité d'autoriser des différences entre hommes et femmes – sans aucune limitation dans le temps – en matière de détermination des primes et des prestations pour des assurances sur la vie, dans les cas où le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises, est contraire au principe fondamental de l'égalité des sexes.

L'association sans but lucratif «Test-Achats», une association de consommateurs, a introduit auprès de la Cour un recours en annulation de la loi du 21 décembre 2007 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance. Cette loi transpose la directive 2004/113/CE du Conseil européen du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services.

49. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.29.2.

50. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.30 et B.31.

51. Arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011.

Bien que la directive interdise l'utilisation du sexe comme critère de distinction en matière de primes et de prestations pour les assurances sur la vie conclues après le 21 décembre 2007, les États membres pouvaient, en vertu de l'article 5, § 2, de la directive, «décider avant le 21 décembre 2007 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, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises».

Par son arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009, la Cour constitutionnelle a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la compatibilité de cette disposition de la directive avec l'article 6, paragraphe 2, du Traité relatif à l'Union européenne et plus précisément avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par cette disposition.

Par son arrêt du 1^{er} mars 2011 dans l'affaire C-236/09, la Cour de justice a déclaré invalide l'article 5, § 2, de la directive précitée avec effet au 21 décembre 2012. La Cour a jugé, d'une part, que la directive était discriminatoire en ce qu'il n'était pas précisé combien de temps les différences pouvaient durer et, d'autre part, qu'il fallait laisser aux États membres une «période de transition adéquate».

Dans son arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011,⁵² la Cour constitutionnelle rappelle les principes qui la guident dans le contrôle d'une différence de traitement sur la base du sexe.⁵³ Compte tenu des motifs indiqués par la Cour de justice dans son arrêt du 1^{er} mars 2011, elle juge que la différence de traitement critiquée n'est pas susceptible de justification raisonnable et que la loi attaquée doit être annulée. Par ailleurs, la Cour décide, compte tenu de la période transitoire prise en compte par la Cour de justice, de maintenir les effets des dispositions législatives annulées jusqu'au 21 décembre 2012.

■ 8. Les personnes transgenres

14. Un recours en annulation est actuellement pendant devant la Cour à l'encontre de 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». Il a été introduit par des associations qui défendent les droits des personnes transgenres. Ces associations estiment que la loi ne respecte pas le droit à

52. Arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011, B.11 à B.16.2.

53. *Supra*, II.

l'autodétermination et à l'égalité des personnes transgenres. Elles font valoir que la procédure de changement du sexe enregistré et de changement de prénom est irrévocable, de sorte qu'il est impossible pour les personnes transgenres à l'identité de genre fluide de changer plusieurs fois de sexe et de prénom. Elles dénoncent par ailleurs une discrimination fondée sur l'identité de genre, en ce que la loi attaquée n'offre pas de «troisième option» aux personnes dites «intergenres», qui se sentent aussi bien homme que femme (ou ni l'un ni l'autre).

■ IV. Conclusion

15. Pour conclure, nous aborderons la question du genre dans la composition de la Cour constitutionnelle.

Avant 2003, la loi organique relative à la Cour constitutionnelle ne fixait aucune exigence liée au genre pour la composition de la Cour. De 1985 à 2001, la Cour ne compta qu'une seule femme parmi les douze juges. De 2001 à 2007, les douze juges étaient des hommes.

Une modification législative intervint en 2003⁵⁴. Un § 5 est ajouté à l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Il dispose que «La Cour est composée de juges de sexe différent». Cette disposition n'entre toutefois en vigueur qu'au plus tard à partir de la troisième nomination qui suit l'entrée en vigueur de cette modification.⁵⁵

L'article 34, § 5, de la loi spéciale organique a été encore modifié en 2014.⁵⁶ Il dispose désormais: «La Cour se compose de juges de sexe différent, tant en ce qui concerne les juges visés au § 1^{er}, 1^o, que ceux visés au § 1^{er}, 2^o. Elle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe». Les deux catégories visées sont les juges issus des hautes juridictions ou des universités (article 34, § 1^{er}, 1^o) et les juges issus du Sénat, de la Chambre des représentants ou des Parlements de communauté ou de région (article 34, § 1^{er}, 2^o). L'entrée en vigueur de la modification est à nouveau retardée.⁵⁷ Elle entre en vigueur «le jour où la Cour

54. Article 11. a de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

55. La modification est entrée en vigueur le 21 avril 2003. La première nomination qui a suivi est intervenue en 2004 (un homme, Monsieur Jean Spreutels). La suivante en 2007 (une femme, Madame Trees Merckx-Van Goey).

56. Article 12 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

57. Article 38 de la loi spéciale du 4 avril 2014

compte au moins un tiers de juges de chaque sexe». Pour y arriver, la disposition prévoit que «Jusqu'à cette date, le Roi nomme un juge du sexe le moins représenté quand les deux nominations précédentes n'ont pas augmenté le nombre de juges de ce sexe». ⁵⁸ Aujourd'hui, trois femmes sont juges à la Cour constitutionnelle, toutes trois au sein du groupe linguistique néerlandais. Une d'entre elles est issue des hautes juridictions ou universités, les deux autres des assemblées parlementaires. ⁵⁹

58. Deux femmes ont été nommées récemment, Riet Leysen en 2014 (avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2014) et Joséphine Rebecca Moerman en 2018.

59. Voy. à ce sujet le discours du Président André ALEN à l'occasion de l'installation le 7 juin 2018 de Madame Joséphine Rebecca Moerman comme juge à la Cour constitutionnelle (*«Toespraak van André ALEN, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof, ter gelegenheid van de installatie op 7 juni 2018 van Mevrouw Joséphine Rebecca MOERMAN als rechter in het Grondwettelijk Hof»*, www.courconstitutionnelle.be (Communications, Communiqués de presse généraux): *«L'on peut encore souligner que la condition d'équilibre hommes-femmes s'applique à la Cour dans son ensemble et non à chaque groupe linguistique. Avec l'arrivée de notre nouveau juge, le groupe linguistique néerlandais compte autant de juges de sexe féminin que de sexe masculin. Je suis convaincu que le monde politique y adhèrera aussi à un certain moment à l'équilibre hommes-femmes pour le groupe linguistique français»*.

Les informations relatives à la composition passée et présente de la Cour figurent sur son site www.courconstitutionnelle.be (Présentation, Organisation).

Gender, Equality and Discrimination: Recent developments in Georgian legislation and case-law of the Constitutional Court of Georgia ▲



Irina Khakhutaishvili,
Secretariat of the President,
International Relations,
Constitutional Court of Georgia ▶

I am extremely honoured to be here today. I would like to start with words of thanks to the Federal Supreme Court of Switzerland for their hospitality and giving us the opportunity to visit the beautiful city of Lausanne.

I cannot emphasise enough the importance of this year's mini-conference topic that reflects #Metoo campaign spread across the world since the end of the last year. Digital #Metoo hashtag took hold in every corner of the world in multiply languages crossing economic, racial and other boundaries, increasing the public awareness of sexual assault and giving people a sense of magnitude of a problem. Even though, digital campaign had real-world results there is much more to do for gender equality. Gender equality is essential for the achievement of human rights for all. Yet discriminatory laws persist in every corner of the globe and we are informed continuously about the gender pay gap affecting a number of professions, sexual discrimination at the workplace that affect both genders meaning that no country in the world can yet say they have achieved gender equality. So we have a lot of work, and the work is

universal: whether we are East, West, North, South, rich or poor, these issues bind all of us as humanity.

■ Therefore, by focusing on Georgian legislation and the case law of the Constitutional Court of Georgia, I would like to speak about gender, equality and discrimination issues in my country.

■ This year Georgia celebrates the centennial anniversary of its first Democratic Republic and 97th anniversary of its first Constitution, which was adopted in 1921. Moreover, we celebrate the achievements of the first elected female members of the Georgian Parliament in 1919 and their devotion to equality.

■ Georgia is one of the first countries in the world to introduce women's rights at the legislative level and gave equal rights for both genders in elections. In 1919, the Constituent Assembly (Parliament) was elected by exercising the most democratic suffrage in that period. In the election list of different parties there were more than 20 women, five of whom became female lawmakers, and as the first country worldwide, empowered a Muslim woman with parliamentary authority.

■ The progressive character of this measure is pointed out by the fact that the congress of the United States proposed the constitutional amendment (XIX amendment) on women's suffrage rights only on the 4th July 1919¹ and it became operational only on 18th August 1920. Women in Germany² and Austria³ have been enjoying equal suffrage only since 12th November 1918. In the United Kingdom, women from thirty years of age were given the right to participate in parliamentary elections only from 6th February, 1918 (at the same time property census was considered)⁴, whereas men were eligible to vote from twenty-one years of age and the voting age of men and women has become equal only from 1928⁵. Swiss women have managed to fully

1. <http://lexis.com>.

2. The Decree of 30 November 1918, on elections of the Constituent Assembly. *Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung vom 30 November 1918*.

3. The law of 12 November 1918, on German-Austrian state and governance forms. *Gesetz vom 12 Nov. 1918 über die Staats und Regierungsform von Deutschösterreich*. *Staatsgesetzblatt in retrodigitalisierter Form bei ALEX – Historische Rechts- und Gesetzestexte*.


4. Representation of the People Act 1918, www.parliament.uk/documents/upload/1918-rep-people-act.pdf.

5. Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928, www.parliament.uk/documents/commons-information-office/g01.pdf.

participate in elections only on the basis of the amendments made during the referendum held on 7th February 1971⁶.

■ Henceforth, 1921 Constitution of the First Democratic Republic of Georgia enshrined equal political, civil, economic and family rights for both men and women. It should be said in all fairness, that the 1921 Constitution can unquestionably be considered as one of the most advanced and perfect supreme legislative acts oriented toward human rights in the world for its time. It also declared the rights of minorities and their access to social, economic and cultural development. Unfortunately, the Constitution of 1921 ceased to exist because of annexation and occupation of Georgia by Soviet Russia.

■ In the early nineties of the 20th century, after gaining its independence, Georgia adopted a new Constitution. And it is not coincidental that the 1995 Constitution, which is now in force, states in the preamble that it is based on the historical and legal bequest of the 1921 Constitution, thus acknowledging the political and legal hereditary linkages between modern Georgia and the then-independent Republic of Georgia.

■ In 2017, the Constitutional revision process took place and by introducing a new provision on equality Georgia has embarked upon the democratic tradition of the Constitution of the First Democratic Republic. The provision on equality acknowledges the role of the state in ensuring gender equality and takes the responsibility to implement special measures to ensure substantive equality between men and women. 

■ Georgia is a signatory to many international human rights instruments, including the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women ([CEDAW](#)) and is required to ensure de facto equality between men and women. Georgia's Law on the Elimination of all Forms of Discrimination marked an important milestone in bringing its legislative framework into conformity with international human rights standards. Though the important steps Georgia has made in harmonising the national legal framework with international standards, including most recently the ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence ([Istanbul Convention](#)) and enacting a series of accompanying amendments in national legislation, it is important to recall that the legislative framework alone does not secure the right to equality and

6. *Frauen Macht Geschichte: frauen und gleichstellungspolit. Ereignisse in der Schweiz 1848–1998*, 2 Mappen, 1998–99, S. Hardmeier, *Frühe Frauenstimmrechtsbewegung in der Schweiz*, 1997, Y. Voegeli, in: *Historisches Lexikon der Schweiz Schwabe*, 2008.

non-discrimination without its effective implementation. Although Georgia faces significant obstacles in implementing existing rights and protections throughout its territory.

■ In recent years, Georgia has strengthened its national institutional framework to advance women's equality. Currently, the gender equality national mechanism includes the Gender Equality Council within the Parliament, the Inter-Agency Commission on Gender Equality, Violence against Women and Domestic Violence within the Executive branch, and the Gender Equality Department of the Public Defender's office. It should be underlined that the Public Defender's Office plays the crucial role in the independent monitoring of the full range of gender issues⁷.

■ Since in Georgia women's participation in decision-making processes remains very low, a few month ago the Parliament of Georgia made its first attempt to vote on a bill introducing mandatory gender quota for parliamentary and local elections in Georgia. The MPs of Georgia could not reach a consensus and the bill failed. But, it is supposed that the working process on the bill will be continued and the 9th sitting of the Parliament of Georgia will take this historic decision for ensuring substantive gender equality in the country.

■ The right to equality before the law is recognised in various forms in almost every legal system. Today in a democratic society there is a broad consensus on the importance and protection of this principle: "The protection of the quality of equality before the law is an objective criterion for assessing the quality of the rule of law in the relevant country, limited by the dominance of democracy and human rights. Thus, this principle can be seen as the basis and purpose of the democratic and legal state."⁸

■ Right to equality before the law is enshrined in Article 14 of the Constitution of Georgia, which states: *"Everyone is free by birth and is equal before law regardless of race, color, language, sex, religion, political and other opinions, national, ethnic and social belonging, origin, property and title, place of residence"*

■ Article 14 of the Constitution of Georgia as well as Constitutions of other states and international human rights instruments provide a list of certain grounds addressing the legislator and pointing to the criteria which shall not

7. Gender Equality in Georgia: Barriers and Recommendations (Parliament of Georgia, January 2018).

www.parliament.ge/en/ajax/downloadFile/84647/ENG-Vol1_GenderEqualityinGeorgia_BarriersandRecommendations_Final

8. Judgment of the Constitutional Court of Georgia No. 1/493, 27 December 2010

serve as grounds for unequal treatment. The grounds in the list are related to the aspects of human identity and are based on the respect for human dignity and have their historical premises. Different treatment based on these grounds reats cases of heightened risk of discrimination and demands particular attention from a legislator. This follows from the fact that any sort of hierarchy in social status of human being is unacceptable. The presence of the list of grounds points to the heightened scrutiny of the different treatment in these cases. However, this does not exclude that there can be other cases of unreasonable different treatment of human beings which also require prohibition by the Constitution⁹.

■ The fact that constitutional right provisions tend to be open-ended and abstract, general legal rules enshrining liberty, equality, freedom of speech, etc, leave more room for judicial interpretation than most statutes. It is the constitutional court that appears to be the ultimate arbiter in this interpretation process. Therefore, let me draw your attention and briefly overview one of the Court's landmark cases to illustrate how the court in this case interpreted the constitutional provision guaranteeing equality.

■ Claimants asserted that the impugned provision violated the constitutional right to non-discrimination and specifically, non-discrimination on the grounds of the place of employment. Among the grounds for discrimination, Article 14 does not mention "place of employment", which was the basis of granting advantage under the disputed norm. However, the Court determined, that granting privilege to a certain group of persons based on this characteristic still required constitutional-legal review with regard to Article 14 of the Constitution:

*"Article 14 of the Constitution establishes not only the fundamental right of equality before the law, but the fundamental principle of equality before the law. It aims to ensure equality before the law, not to allow essentially equal persons to be treated as unequal and vice versa. If we look at it from grammatical perspective, the list of grounds in Article 14 seems to be exhaustive, but the aim of the norm is significantly larger in scale, than to simply prohibit discrimination based on the characteristics listed in it...Solely narrow grammatical interpretation would impoverish Article 14 of the Constitution of Georgia and reduce its importance in the constitutional-legal realm."*¹⁰

9. Judgment of the Constitutional Court of Georgia, No. 2/1/473, 18 March 2011.

10. "[Citizen of Georgia Shota Beridze and others v. the Parliament of Georgia](#)", Judgment of the [Constitutional Court of Georgia](#), No. 2/1-392 of 2008.

Therefore, the list of discrimination grounds was determined as non-exhaustive and it was declared, that constitutionality of different treatment that is based on other grounds should also be reviewed with regards to Article 14 of the Constitution of Georgia.

Even though the Constitutional Court of Georgia has interpreted the content and scope of Article 14 of the Constitution guaranteeing equality in its various judgments, there were a few norms challenged with respect to discrimination based on gender.

I would like to refer to one of the recent decisions of the court. The complainant challenged the norm of the Law on military duty and military service before the Constitutional Court with respect to equality on the basis of gender. He argued that mandatory registration for military service is discriminatory with respect to men, while women are not subject to the military registration specialty and are free from military work. In the present case, the court sided with the complainant's position that the disputed norm differentiates essentially equal people on the base of gender, enshrined by the Article 14 of Georgian Constitution but this differential treatment is justified, reasonable and legitimate. In the judgment, the Constitutional Court states:¹¹ *"the norm which provides differential treatment on the classical and specific grounds or is very intensive will be subjected to the view of constitutionality through employing "strict scrutiny" in application all principle of proportionality. According to the test of "strict scrutiny" "to prove legitimate aim it is necessary to demonstrate that the state interference is absolutely necessary there is compelling state interest thereto."*

Based on this reasoning, the Constitutional Court of Georgia did not uphold the claim and considered the country's defense and discharging the military commitment as one of the form of constitutional obligation and selecting the discharging of this obligations fall under the state's discretion¹².


Another case regarding gender equality is currently pending before the Constitutional Court of Georgia and concerns the issue of paternal leave for biological fathers and its reimbursement. The claimant argues that it is unconstitutional and discriminatory that men do not have the right to take paternity leave and a right for its reimbursement in order to take care of their newborn child. According to the claimant "Apart from restricting their equality rights,

11. ["Citizen of Denmark Heike Kronquist v. the Parliament of Georgia", Judgment of the Constitutional Court of Georgia](#), No. 3/1/512, 26 June 2012.

12. ["Citizen of Georgia Giorgi Kekenadze v. Parliament of Georgia", Judgment of the Constitutional Court of Georgia](#), No. 1/7/580, 30 September 2016.

holding back the parental leave and its reimbursement from men also results in limiting their labour rights. Likewise, it unjustly interferes with the rights of family wellbeing and spouse equality guaranteed by Georgian Constitution. Namely, the current legislation does not give spouses the ability to care for their child and share this responsibility according to their own intention and agreement". Additionally, by the definition of the complainant, the right to family wellbeing incorporates not only marriage recognised by the legislation; but its content is considerably wider and encompasses also cohabitation without registered marriage and babies born in this common-law marriage.

■ Considering that taking care of a newborn is not only a right, but also a responsibility, the claimant demonstrates, that intervention in women's right to equality before the law is obvious. Particularly because the existing legislative regulation imposes responsibility of child care only on a woman. It reinforces the discriminatory, unequal and patriarchal views that are established in society about a woman's pre-determined role and function, which is expressed by responsibility of child care. Given these points, the claimant believes that the questionable standards oppose Article 14 of the Georgian Constitution. The given case has been considering by the full board of Court and we do not know yet whether the Georgian man will be given the right to paternity leave in the near future.

■ Let me thank you for your attention and in conclusion I would like to quote Kato Mikeladze, the Georgian feminist of the early 20th century: 

"The greatest disaster of mankind and the nation is to forget and neglect equal rights and civil liberties of women".



A step forward? The first case before the Constitutional Court of Hungary concerning trans-sexuality ▲

László Detre,
Legal adviser, Constitutional
Court of Hungary

1 The presentation shall draw attention to the situation of gender equality in Hungary in a broader sense. Not only the classical positions of women and men is to be examined, but also the question concerning sexual orientations and other gender issues since this subject caused the most important constitutional debates in the recent years. As the title of the presentation suggests, in one of the latest decisions, the Constitutional Court of Hungary (hereinafter, the "Court") has also dealt with a question that is not a classical gender concern, but not far from that. The decision itself could be seen as a step forward in the case-law of the Court since it acknowledged *inter alia* a crucial aspect of gender issues. The progress shall be inspected through the case-law of the Court since 2012, when the Fundamental Law of Hungary entered into force. ▶

2 Firstly, it is necessary to examine the major points of the Hungarian legal system concerning gender equality, and naturally, the Fundamental Law is the starting point. The Fundamental Law most importantly declares in Article XV paragraph (3) that women and men shall have equal rights. It is already a development compared to Article 66 paragraph (1) of the former Constitution

as it specified that the Republic of Hungary shall ensure the equality of men and women in all civil, political, economic, social and cultural rights. Inspecting Article XV of the Fundamental Law, it should be clearly noted that the regulation which is ordering the full equality between the genders falls within the broader concept of the equality clause of the Fundamental Law. Paragraph (1) of the Article contains the general rule of equality before the law and paragraph (2) guarantees the fundamental rights to everyone without discrimination and in particular without discrimination on grounds of race, colour, sex, disability, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or any other status. A footnote shall be taken concerning paragraph (2) of Article XV. The Venice Commission in its Opinion 621/2011 – adopted on its 87th Plenary Session –, on the new Constitution of Hungary quoted judgments of the European Court of Human Rights and emphasised that Article XV lacked any mention of the prohibition of discrimination on the ground of sexual orientation, which was common to the majority of the European Constitutions. While Article XV of the Fundamental Law still does not contain explicitly the prohibition of discrimination on such ground, it is up to the Court to evaluate it based on the wording “on any other status” just in line with the practice of the European Court of Human Rights. Besides the basic principles, paragraph (4) and (5) of Article XV are also to be mentioned since these regulations prescribe that Hungary shall promote the achievement of equality of opportunity and social inclusion and by means of separate measures, Hungary shall protect families, children, women, the elderly and persons living with disabilities. To sum up, the Fundamental Law covers from equal treatment to the special declaration of equality of women and men and additionally it imposes an obligation on the State to flourish equality and take special actions to protect women.

3 Additionally to the Fundamental Law, numerous legal regulations and separate acts aim to achieve what the quoted constitutional provisions require.

A) Most importantly, as a general legal framework, Act no. CXXV of 2003 on Equal Treatment and the Promotion of Equal Opportunities is going to be mentioned. It basically orders that anybody – including legal entities – who is under Hungarian jurisdiction shall be treated with equal respect, taking personal interests into consideration equally. The scope of application of the Act is basically the public sphere including working conditions or the actions of public authorities. However, the Act is also applicable among private actors when one stakeholder offers goods and services to the public. Importantly, it is also applicable in labour relations as well. The requirement of equal

treatment could be violated by direct or indirect discrimination, harassment or punishment and additionally ordering to commit the above mentioned measurements. According to the Act, discrimination – as it is enrolled in the Fundamental Law – is direct when it is based on – *inter alia* – gender or sexual orientation, maternity or fatherhood. The discrimination is indirect when seemingly the situation complies with the requirement of equal treatment, but in reality one or a group of people – based on a status formulated in the Act (which correspond the Fundamental Law) – suffers greater disadvantages than others who are in the same situation. The affected person may claim such a violation in a civil or in an administrative judicial.

Additionally, one may submit a request to the Equal Treatment Authority, a government office that shall deliver a legally binding decision, and even impose a fine. The decisions of the authority can be subjected to judicial review like any other decisions of the administrative authorities. In conclusion, the presented Act is to be regarded as a general but also additional tool to guarantee the equal treatment between women and men.

B) Naturally, as in any other European countries, specific rules within various acts that govern great aspect of life bear utmost and prime significance for equal treatment of the genders. Not mentioning all but the most important ones are to be suggested. Act no. I of 2012 on the Labour Code does not explicitly refer to gender equality, but stipulates it in Section 12 in a broader sense. It rules that the requirement of equal treatment shall be kept in labour relations especially concerning equal payment. More broadly, Section 5 declares that the Labour Code shall be interpreted in line with the legal order of Hungary and of the European Union. This essentially means that the general and special equal treatment clause of the Fundamental Law is to be applied in labour relations. Naturally, the Labour Code protects women during maternity as employers may not dismiss them under the 24 weeks maternity leave. The same rule is applicable to women who adopt their children (Sections 65 and 127). Similar regulations can be found in Act no. CXCIX of 2011 for the public sphere. Not surprisingly, the other major issue respecting gender equality – in the legal system – is connected to social security and pensions. According to Section 18 of Act no. LXXXI of 1997, the same rules shall be implemented to everybody, if the retirement age is to be calculated (which depends on the date of birth, ranges from 62 to 65 years). However, only women are entitled to full pension before the age specified in Section 18 if they had worked for at least 40 years. This has been the cause of constitutional debates which led to a case before the Court.

4 Secondly, the case-law of the Court shall be recalled since the decisions have tackled core issues of gender equality in a broader sense. It is also fair to say that each decision may be regarded as a step forward in the process of tangible measurements aiming at equal treatment between genders.

— Decision 43/2012

— In 2011, Act no. CCXI of 2011 on the protection of families was adopted. Paragraph (1) and (2) of Section 7 defined family as an emotional and economic relationship which is based on marriage between women and men, on parentage or adoption. The Commissioner for fundamental rights submitted a posterior norm control petition, stating that the introduced definition of family violated *inter alia* paragraph (2) of Article XV (prohibition of discrimination) of the Fundamental Law. The Commissioner acknowledged that Article L) of the Fundamental Law stated that “Hungary shall protect the institution of marriage as the union of a man and a woman established by voluntary decision and the family as the basis of the survival of the nation”. However, the legal system provided legal status for other forms of human relations such as the civil partnership open to same-sex couples as well. Such protection – regardless the gender of the partners – had been stemming from their right to human dignity, therefore the law-maker was obliged to create rules of protection. The Commissioner stated that the definition of the family excluded the civil partnerships out of the protected forms of relationships. In this way it constituted discrimination based on sexual orientation since same-sex couples could only choose civil partnership [paragraph (2) of Article XV of the Fundamental Law “other status”]. In its decision, the Court – on a little bit different grounds – sided with the Commissioner and annulled the challenged regulation. The Court held, *inter alia*, that the law-maker could adopt different rules on marriage and on other forms of relationships since marriage was explicitly protected by the Fundamental Law whilst the protection of the civil partnership derived from the right to human dignity. Nonetheless, the protection of family – in a sociological sense – was to be applied to other form of long-lasting relationships as well. The law-maker could prefer a certain form of relationship, but it was not allowed to deteriorate other legally acknowledged forms. Moreover, Article L) of the Fundamental Law did not exclude other forms of family life out of the protection, therefore the challenged regulations provided a narrow definition compared to the Fundamental Law.

■ Decision 17/2014

■ Again, the Commissioner for fundamental rights had initiated a posterior norm control procedure challenging a provision of the Act no. I of 2012 on the Labour Code. The challenged regulation stated that women were only protected under maternity – they may not be dismissed – if they informed their employer about their pregnancy. The Commissioner stated that the challenged rule was against, among others, the right to human dignity (Article II of the Fundamental Law) and the right to privacy [paragraph (1) of Article VI of the Fundamental Law]. The Court partly acknowledged the arguments of the Commissioner and annulled certain elements of the challenged regulation. The Court advocated that pregnancy fell under the inner cycle of privacy of women, thus making obligatory to disclose such information towards the employers constituted an unconstitutional interference and also violated the concerned women's right to human dignity.

■ Decision 28/2015

■ A referendum was initiated by a union leader in order to also allow men to retire after 40 years of working, since women had been granted such an advantage. The Curia – the Supreme Court of Hungary – overruled the decision of the National Election Committee and allowed the referendum. The initiators started to collect the necessary 200 000 signatures, whilst private citizens and organisations filed a special complaint to the Court. The petitioners stated that granting men with the same benefits as women regarding retirement conditions would violate paragraph (5) of Article XV of the Fundamental Law that declared: "By means of separate measures, Hungary shall protect [...] women". The Court ruled in favour of the petitioners. It stated that in line with the provisions of the Fundamental Law, women were entitled to preferential care and protection. Such a notion meant that women, compared to men, shall be granted with better retirement conditions. Additionally, the Court held that the subject of the referendum was to be considered a budgetary issue, which was not allowed to hold according to point c), paragraph (3) of Article 8 of the Fundamental Law.

Decision 3001/2016

The very decision might be considered as an emblematic presentation of different treatment of the genders. However, in this case men suffered from the unlawful discrimination. The petitioner, a club, filed a constitutional complaint against a judgment of the Budapest-Capital Administrative and Labour Court and against the applied provisions of the Act no. CXXV of 2003 on equal treatment and the promotion of equal opportunities. Previously, an individual – a man – had filed a complaint against the petitioner to the Equal Treatment Authority claiming the club's entrance policy. According to that, women could enter for free, but men had to pay an entrance fee. The Authority ruled that the club violated the obligation of the equal treatment with a direct discrimination based on the gender. The Authority also held that a general authorisation for the private sector to disadvantage men claiming that it was necessary in the interest of women could not have been derived from the positive discrimination clauses concerning women of the Fundamental Law. The Budapest-Capital Administrative and Labour Court reviewed the decision of the Authority and declared its procedure lawful. The petitioner club claimed in its constitutional complaint that the Administrative Court violated – among others – its right to property [paragraph (1) of Article XIII of the Fundamental Law] since it could not dispose of the club, namely providing benefits to a certain group on its own interests, as it wished.

The Court declined the petitioner's request. Relying on its well-founded case-law, the Court advocated that property may only be expropriated exceptionally, in the public interest and in the cases and ways provided for by an Act, subject to full, unconditional and immediate compensation. However, certain aspects of property – such as disposing over it – could be restricted to allow the effective use of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent absolutely necessary, proportionate to the objective pursued and with full respect for the essential content. Having said that, the Court pointed out that the prohibition of discrimination was to be applied, even though indirectly, among private actors as well. Since achieving social equality was a constitutionally justified goal, the applied regulations and their interpretations by the Authority and the Administrative Court aimed at prevailing the people's right to human dignity through the prohibition of discrimination on the grounds of gender, the restriction of the club's right to property was proportionate. The case is also important because the Court stipulated the idea that fundamental rights could be applied between private actors (*Drittwirkung*).

Decision 6/2018

In advance: the Court *ex officio* declared an omission on the part of the law-maker violating the prohibition of discrimination clause [paragraph (2) of Article XV] and of human dignity clause (Article II) of the Fundamental Law since the law-maker had not yet regulated the name-changing procedures concerning the lawfully settled non-Hungarian citizens.

The petitioner, a transsexual foreign citizen lodged a constitutional complaint claiming to annul a judgment of the Budapest-Capital Administrative and Labour Court. The petitioner had previously been granted refugee status by the Hungarian authorities since he had been pursued in his home country due to his trans-sexuality. The petitioner initiated a procedure at the Immigration and Asylum Office to change his personal data (gender and name) since his official documents did not reflect his true identity. The Office rejected his request stating that there was no such procedure and formal decision on such issues. Changing gender could be proceeded by amending the birth certificate at the competent registrar. The reason of the rejection was that the Office did not have the competence at all and it could not refer the case to a competent authority since the claimant's birth had not been registered in Hungary.

The petitioner challenged the decision of the Office at the Administrative Court. The Administrative Court rejected his claim stating that only Hungarian citizens were entitled to certify the alternation of their gender by the registrar who had the competence to alter the birth certificate. The procedure was not regulated, but it was based on a custom: according to this procedure, the Ministry of Human Capacities gave permission – based on three medical statements – to the registrar to alter the data in the Hungarian birth certificate. The Administrative Court added that the procedure of changing the name was basically the legal foundation of the alteration of the gender. The Administrative Court also pointed out that there was no legal regulation that defined the competent authority respecting the alteration of the gender. As regards the present case, since the petitioner was not a Hungarian citizen, he did not have Hungarian birth certificate; therefore the above presented custom was not applicable.

In his constitutional complaint, the petitioner stated that the Administrative Court violated his right to human dignity (Article II of the Fundamental Law); right to private life [paragraph (1) of Article VI of the Fundamental Law] and the prohibition of discrimination [paragraph (2) of Article XV of the Fundamental Law]. He claimed that the right to a name stems from the right to human


dignity, which was also applicable respecting transsexuals. He advocated that there was no reason to call for the necessity of the birth certificate, since he was registered in the personal data and address registry. Thus, his gender and name could have been changed through these data. The right to human dignity and to private life belonged not only to Hungarian citizens, but they were universal human rights, therefore the decision of the Administrative Court constituted a violation of the prohibition of discrimination based on national origin.

Firstly, the Court rejected the petitioner's complaint against the judicial decision since the Administrative court – in lack of applicable legal regulation – could not have come to another conclusion.

However, the Court stated the following: Concerning the prohibition of discrimination, the Court formulated that it shall be applied in situations when the individual's personal, unchangeable status, his or her identity was at stake. In the Court's point of view, only the inner core of human dignity was to be considered inviolable, its additional elements could be restricted according to the necessity and proportionality test. In the Court's case-law the right to a name, representing the individual's identity was an absolute one. However, altering the name could be treated differently and it could be subjected to restrictions. In the field of regulating the methods how to change one's name, the State enjoyed a wide margin of appreciation. The Court quoted its previous decision from 2008 and formulated that transsexuals' right to change their name was to be considered as a fundamental right. As such, it was based on the right to the personal integrity and on the equal human dignity. Altering the name in connection with altering the gender was a special case and since it was attached to the individual's personality, it fell under the absolute sphere of the name rights. In conclusion; everybody was entitled to have a name which reflected his or her gender.

During its procedures, the Court examined and took into consideration the practice of the European Court of Human Rights and the Federal Constitutional Court of Germany. The Court quoted several judgments of the Strasbourg Court, such as *Rees v. the United Kingdom*; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* or *Sheffield v. the United Kingdom*. The Court also cited Resolution 2048 (2015) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Discrimination against transgender people in Europe and a judgment of the Court of Justice: *P. v. S. & Cornwall County Council*.

■ In conclusion, the Court formulated that the lawfully recognised refugees shall have – with exceptions regulated in the Act no. LXXX of 2007 on refugee status – the same rights as Hungarian citizens. The alteration of the name, and its special case, the alteration of the gender was open only to Hungarian citizens, thus the lack of the same rules applicable to lawfully recognised refugees constituted a discrimination based on national origin [paragraph (2) of Article XV of the Fundamental Law] and it was also against the right to human dignity (Article II of the Fundamental Law). Therefore, the Court *ex officio* declared an omission on the part of the law-maker and called it upon to adopt proper regulation by 31 December 2018 that was in line with the Fundamental Law.

5 As it was presented, the Hungarian legal system provides constitutional, general and special rules to achieve equal treatment of the genders. The quoted decisions of the Court show that if there is turmoil between the treatment of the different genders, the prohibition of discrimination, the right to human dignity and the special protection for women enshrined in the Fundamental Law are to be quoted. The case-law of the Court also suggests that the constitutional protection of the notion of the gender equality shall be regarded satisfactory. Moreover, the Court has extended the fundamental rights protection to same-sex couples and the latest decision suggests that also to transsexuals under the broad interpretation of gender issues. The latest case of the Court is to be considered as a step forward. The reason is that it is the very first time that the Court fully acknowledged that the change of gender of the individual stems from his or her right to human dignity and the State shall create rules that facilitate its official recognition. 

Same sex couples/ heterosexual couples and the right to marry or to enter into a registered partnership ▲



Reinhild Huppmann,
Chief of Protocol, Constitutional
Court of Austria

In December 2017 the Austrian Constitutional Court (hereinafter, "ACC") rendered a decision on a highly political issue, which was long and controversially discussed at the national as well as at the supra- and international levels: the Court granted same-sex couples free access to marriage. In addition, the ACC enabled heterosexual couples to opt for registered partnership. These options will become effective only after 31 December 2018 since the Court set this time-limit for the legislator to “repair” the law by adopting new and constitutional provisions. ▶

It is remarkable to note that opening marriage to same sex couples was entirely done by the Court and not by the legislator. As the ACC was obviously Europe’s first Court to do so, it is not surprising that this decision triggered another discussion – in particular in the academic world.

The facts

Two women, living in a registered partnership since 2012 and parents of a minor, requested the Vienna Municipal Office (*Magistrat Wien*) to allow them to enter into marriage (which means: asking them to determine their capacity to enter into a marriage contract, the authorisation to do so, the

registration of their marriage and finally, the issuing of a marriage certificate). Their request was dismissed both by the Municipal Office and by the Vienna Administrative Court (*Verwaltungsgericht Wien*). These decisions referred to Article 44 of the Civil Code (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), which stipulates that a marriage contract could only be entered into by two persons of the opposite sex. Accordingly, marriage between two persons of the same sex must be regarded as null and void as it lacked the most essential requirement to render it a valid legal act.

■ All three applicants lodged a complaint with the ACC alleging that the legal ban to marry violated their right to respect for private and family life and the principle of non-discrimination. They argued that the concept of marriage and its restriction to couples of the opposite sex was outdated. Since the entry into force of the Civil Code and its Article 44 in 1812, a lot had changed, in particular, the legal situation of same-sex couples and their right to procreation, co-parenting and the education of their children. The marriage ban would, moreover, harm the best interest of the child since the children concerned would unavoidably be considered as born outside wedlock. A fact that gives children the impression that their families are not of equal value to families with parents of the opposite sex. The inconsistency of the legal order would thus indicate a difference (“an otherness”) that would automatically lead to the stigmatisation of these children. The applicants also argued that there was no objective reason to exclude same-sex couples from entering into marriage.


■ As the complaint gave rise to concerns, the ACC initiated *ex officio* review proceedings, which resulted in the repeal of the words “different sex” in Article 44 of the Civil Code AND to the repeal of the words “same sex” in the Registered Partnership Act of 2009 (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG*) as unconstitutional.

The reasoning of the Court

■ According to Article 44 of the Civil Code, marriage is only allowed between two persons of different sex while § 2 of the Registered Partnership Act stipulates that a registered partnership may be formed only by two persons of the same sex. The Court noticed that both marriage and registered partnerships were designed for a stable and committed relationship of two equal persons living together on the basis of mutual assistance and respect. Both concepts – marriage as well as registered partnerships – provide a legal framework for couples who want to have their lasting and stable relationship institutionalised and recognised.

■ Looking into the preparatory works of the Registered Partnership Act and the history of its origins, the Court found that the legislator creating the legal framework clearly chose a concept that was different from marriage. A registered partnership should literally not constitute a “light” marriage. However, the ACC found that the differences between marriage and registered partnerships have faded away over the years to the extent that – despite a few differences – today, the two concepts correlate. Pursuant to the recent amendments allowing same-sex couples to become parents either through adoption or by using legal means of medically assisted reproduction, all provisions of family and matrimonial law, also in matters of divorce or separation, apply to registered partners and their children.

■ Referring to its established case-law, the ACC reiterated that the principle of equality also binds the legislator (cf. e.g. VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001) prohibiting unequal treatment which cannot be justified on substantive grounds (VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Yet, only particularly serious reasons can justify unequal legal treatment which is connected to potentially discriminating characteristics, such as differences based on sex and sexual orientation as explicitly mentioned in Article 7 (1) second sentence of the Constitution (VfSlg. 19.942/2014).

■ Based on this analysis, the Court reasoned that today one could not stick to a distinction between the legal concepts of marriage and registered partnerships without discriminating against same-sex couples. As persons of same sex orientation have had to suffer social and legal discrimination for long and until very recently the distinction of relationships which are the same by nature in the significance to the individuals concerned results in a discriminatory effect just as much prohibited by the principle of equality. From the perspective of same-sex couples, it is this distinction that makes it obvious and clear to everyone that their relationship is something else than the relationship of two heterosexuals who are married to each other although both relationships are based on the same values and on the same legal background. 

■ The discriminatory effect is made apparent whenever persons living in a same-sex partnership have to specify their marital status using the term “living in a registered partnership” disclosing in that very moment their sexual orientation even in situations in which it is not and must not be of any significance. By that, and especially against the historical background of this issue, these persons are at risk of being discriminated against. Article 7 (1) second sentence of the Constitution provides special protection from such discriminatory effect.

■ Thus, the Court repealed the phrase “of different sex” in Article 44 of the Civil Code reserving the right to marry exclusively to opposite-sex couples as well as the phrase “same sex” used by the Registered Partnership Act granting the right to enter a registered partnership exclusively to same-sex couples.

Case law of the ACC leading to nondiscrimination of same-sex couples:

■ Considering the relevant case law of the European Court of Human Rights, and in particular of the ACC, one can draw the conclusion that some of their decisions paved the way for today’s legal situation and the adaption of a registered partnership towards marriage.

■ The ACC decided on questions such as: whether a partnership could be registered only at the district administrative authority – instead of at the register offices and approved premises (VfSlg. 19.758/2013); whether and when registered partners could choose a common last or a family name (VfSlg. 19.623/2012); whether health insurance of one registered partner could also cover the needs of his or her partner (VfSlg. 17.659/2005 and VfSlg. 18.214/2007).

◀ ■ Decisive judgments of the European Court of Human Rights on the joint adoption of a child by registered partners (ECHR, case of *E.B. v. France*, 22.01.2008 and case of *X and others v. Austria*, 19.02.2013) had an impact. This decision motivated the Austrian legislator to amend the law to allow second-parent adoption also for registered partners. In that context, questions arose concerning medically assisted procreation and the ACC repealed provisions excluding same-sex couples from intrauterine insemination (VfSlg. 19.842/2013). It was only about one year later that the ACC opened the (general) adoption of a child to same-sex couples (VfSlg. 19.942/2014).

■ But, once again, it must be pointed out that all these cases were brought to the Court and had to be decided by the Court. None of its decisions could have prevented the legislator from giving answers to these pressing issues and societal challenges by enacting laws.

Media-echo and the reception in the academic world

■ There was large and wide positive media coverage of this judgment. The media interest focused on questions such as: who, homo- or heterosexual couples, can do what, when and under what circumstances.

■ The academic world had a more critical approach: Criticism was voiced that the ACC, when deciding such a politically sensitive issue and taking such a ground-breaking decision, had failed to give sufficient and adequate reasons. In this context, questions were raised such as: how could the initial difference between the two legal concepts, marriage and RP, fade away over the years? The ACC was also confronted with its former case-law by which it had accepted and justified the two different concepts. The Court had even expressly stated that the legislator was free to reserve marriage exclusively to opposite-sex couples (VfSlg. 17.098/2003, 19.865/2014). A case-law which had been in line with the European Court of Human Right's case-law and still valid (*Schalk and Kopf v. Austria*, 24.06.2010; *Ratzenböck and Seydl v Austria*, 26.10.2017; *Orlandi and others v. Italy*, 14.12.2017).

■ Furthermore, the ACC was criticised for changing its standard of review in discrimination matters. Contrary to former decisions, the ACC had stated a violation of equality when there was simply a risk to be treated in a discriminatory manner. This argument could be rebutted by the reasoning of the ACC when referring to the history of discrimination against persons of same-sex orientation. On the basis of this argument, the Court went on to say that keeping two concepts for the same kind of relationship had created a separation of the groups which had a stigmatising effect on registered partners as same-sex couples. A fact that becomes all more clear when the question is put otherwise: what if a heterosexual couple is denied access to RP? Could that also amount to a discriminatory impact? The answer to that question was already given: such a decision would not result in the separation of a minority from the majority (see VfSlg. 19.492/2011; ECHR, § 33, case of *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, 27.10.2017; Lamiss Kakzadeh-Leiler in EF-Z 2/2018, 52ff).





Development in the approach given by the Peruvian Constitutional Court to gender identity ▲

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera,
Constitutional Court Judge, Peru

I. Introduction

We must first set out the existing debate in the Peruvian Constitutional Court and Latin American high courts case law of the recent years regarding the concept of gender identity, which is the result of constant discrimination faced by the LGBT community in our countries, and specifically, by those who belong to the transsexual community. To this effect, some social-demographic studies in Peru show the following data: ▶

- a. Of 450 trans women, only 17% had access to superior education. Only 3.8% had a formal job.
- b. In a sample of 118 trans women, only 28% of them had finished high school. Only 5.1% had finished college.
- c. In the year 2015, the Inter American Commission of Human Rights stated in its Violence Registry that in Latin America 80% of trans women die at age 35 or less due to murders and suicides due to violence.
- d. According to these statistics, currently, 40% of trans people hold no ID in Peru, which means that they rather not get an ID that does not show the name and gender that they socially use.

This data shows the difficult situation that transsexual people face in Latin America in general, and in Peru, where until recently, transsexualism was considered a pathology. Below, we will show the contributions of the Peruvian Constitutional Court in its effort to put an end to the violation to the gender identity rights in our country.

2. Karen Mañuca case (File No. 02273-2005-PHC/TC)

■ This is the first gender identity case before the Peruvian Constitutional Court. The plaintiff filed a writ of Habeas Corpus before the National Register of Identity and Civil Status (RENIEC), for not issuing a duplicate of a national ID document and therefore, violating constitutional rights to life, identity, mental and physical integrity, free development, wellbeing, and personal freedom.

■ To justify her proposal, the plaintiff claimed that in 1989, she filed a judicial complaint for correction of her name, which resulted in a Court Order rectifying the name of Manuel Jesús Quiroz Cabanillas to Karen Mañuca Quiroz Cabanillas in the birth certificate. With such a birth certificate, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas was given a Peruvian ID document with the name of Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. This document was lost by her and when trying to get a duplicate, it was denied.

■ The Peruvian Constitutional Court declared the claim valid and ordered RENIEC to issue the requested duplicate with the name of Karen Mañuca Quiroz Cabanilla.

■ We must take into account that this is the first time that the Peruvian Constitutional Court establishes the name change to a transgender person. However, it does not allow any other modification to the identity element, of vital importance to the transsexual community, as is the concept of gender. Controversial decision with some concept deficiencies, but without any doubt a great progress to the previous situation.

3. P.E.M.M. case (File No. 00139-2013-PA/TC)


■ In the instant case, the plaintiff on 23 August 2010, in representation of P.E.M.M. files a request for the defense against the National Register of Identity and Civil Status (RENIEC) and the Public Prosecutor requesting gender change (from male to female) in her ID document and therefore, in her birth certificate.

■ We must point out that P.E.M.M. was a transgender person who had undergone surgery in Spain. To this effect, she claimed that it was not enough

to have a female first name, but to also have her gender changed in her Peruvian ID document.

■ The Constitutional Court, in a previous setting, recognised that gender is part of the identity of a human being. However, it made a mistake stating that sex is the biological sex, the chromosomal or genetic sex which determines whether one is male or female. It also confirmed what was stated in the Karen Mañuca case with respect to the fact that the identification given to a newborn is what determines if that person is male or female for the rest of his or her life; and that among the factors that can contribute to the gender of a human being, only the anatomical gender is taken into consideration, which means, the genetic gender, which is part of the biological gender. A very questionable ruling containing serious mistakes.

■ With respect to the specific case, the Constitutional Court stated that the plaintiff supported her complaint in psychological reasons only and not in biological ones when she stated that she could not identify with the sex registered at RENIEC. Likewise, the Constitutional Court added that not feeling identified with the male biological gender or, in other words, feeling female, suggests a psychological pathology.

■ The Court at that time stated that taking a position in favour of the P.E.M.M. case with the consequence of approving same-sex marriage would mean extending the powers and tasks conferred to a constitutional judge since the functions that the Constitution grants to the Congress would be distorted. The Court therefore declared unfounded the complaint, allowing only the change of the first name of P.E.M.M., which confirmed what had been established in the Karen Mañuca case, considering, in addition, as valid positions, ones which were clearly questionable. 

4. *Romero Saldarriaga case (Exp. 00139-2013-PA/TC)*

■ In this case, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (also known as Ana Romero Saldarriaga), requested her name and gender to be modified in her national identification documents (birth certificate and national identification document) since she claimed that she had felt female since childhood.

■ She stated that having always used the name of her biological sex (Rodolfo Enrique), had not stopped her from identifying herself as female. She claimed having been subject to discrimination during her childhood due to her female behaviour, reason for which she decided to travel to Spain to undergo sex

change surgery. However, despite now having a female appearance according to her gender identity, the name and gender in her ID documents had generated more discrimination.

4.1. Peruvian Constitutional Court ruling

■ We must first remember that in the P.E.M.M. case, the Constitutional Court had established as jurisprudential doctrine that gender was an unchangeable element, and that, consequently, it was not allowed to request its modification in ID documents. This was also associated with the idea that any alteration to the identity must have been understood as a "disorder" or "pathology".

■ However, the Constitutional Court with the current setting, considered in this new ruling, that the jurisdictional labour is subject to constant evolution to the effect that, rights, in time, need new protection scopes that had not been considered before. To this effect, the Peruvian Constitutional Court established that it was necessary to modify the jurisprudential doctrine and to re-examine the scope of the identity right to ensure the right to access to justice.

◀ ■ Accordingly, the Constitutional Court noticed that there is a strong trend at the national and international level with respect to acknowledging that there is a gender identity right which is part of the constitutional protected content of the personal identify right. Consequently, the Constitutional Court overruled the guidelines which had been previously approved.

■ At a procedural level, it was established that all gender modification requests in the ID document filed after the publication of this ruling must follow the civil procedure. At this point, it must be pointed out that, should urgent protection be required, a constitutional defense petition could be filed. On the other hand, it was stated that in case of pending requests through constitutional defense petitions filed before the publication of this ruling, would tentatively, be re-conducted to follow the civil procedure. Should urgent protection be required, the constitutional defense petition would remain in effect.

4.2. Personal appreciation contained in my vote justification for case *Romero Saldarriaga*: how must this ruling ought to be understood in light of *Elgo Rios* case?

■ I must start by pointing out that I agree, in part, with the ruling to the extent that it recognises gender identity right, as well as the necessity to overrule the jurisprudential doctrine that considered transsexualism a disease, which at the same time, prevented people such as Ana Romero from requesting their national identity document with the gender with which the petitioner identified. To this effect, I consider that a systematic and according-to-American Convention interpretation of the Peruvian Constitution promotes the protection of gender identity right to every person in general, and specifically, to transsexual persons.

■ That said and as it is stated in my vote justification, I am of the opinion that the ruling should have been more comprehensive. To give you an example, I consider that the gender modification request by transsexual people must be addressed through an administrative procedure, like in Bolivia or Argentina. It is in this scenario that I urge that the competent authority allow the corresponding administrative authority (RENIEC) to address directly these kind of requests.

■ Another important point is to clarify that in the instant case, the issues of same-sex marriage and adoption were not addressed. Our Court has not yet expressed its position on this effect.

■ Likewise, I would like to point out that the *Romero Saldarriaga* case addresses the gender identity right issue and is not a sexual orientation case. They are different categories which must not be confused.

■ Finally, we ought to analyse an issue of great importance in the ruling which is thoroughly explained in my vote justification: equally satisfactory proceedings determined by the Court to solve this kind of claims. To this effect, I must point out that in the Ana Romero case, the name and gender modification through a constitutional defense petition has not been ruled out. On the contrary, in the instant case and according to the precedent-setting ruling in *Elgo Rios*, it was found that there is an existing, equally satisfactory, proceeding to protect Ana Romero Saldarriaga's claim. In any case, the *Elgo Rios* ruling states a procedural guideline about the grounds for filing a constitutional defense action which ought to be followed by all judges when evaluating its application on a case-by-case basis.

■ Accordingly, I consider it very important to make the difference between a claim wherein urgent protection is required from the procedure for requesting the protection of a right. Let us not forget that urgent protection of a right may be applicable in Constitutional or in ordinary court, taking into consideration the criteria established in the precedent-setting ruling in the Elgo Ríos case (which entails a case-by-case evaluation). This being the case, it is reasonable to grant this process with a substantive response for the plaintiff and determine that according to the Court's case law, there is an equally satisfactory proceeding to protect such claim.

■ In any event, we must quickly remember the criteria established in the precedent-setting ruling in the Elgo Ríos case. This Constitutional Court has stated that pursuant to Article 5, literal 2 of the Code of Constitutional Procedure, the admissibility of the claim must be analysed from an objective and subjective standpoint. Therefore, and from an objective standpoint, attention must be given to the structure of the process, having to verify if the procedural regulation allows to establish that we are in front of an efficient and effective procedure.

■ On the other hand, and from a subjective standpoint, it must be analysed if for urgency considerations and in an exceptional manner, it is preferably to admit a constitutional defense petition in spite of the existence of a regulated ordinary proceeding. To this effect, it is necessary to assess if using the ordinary proceeding puts at risk the right affected in such a way that the grievances alleged may become irreversible (urgency as an irreparable threat).

■ With respect to the necessity of urgent protection, because of the importance of the right or harm involved, the Peruvian Constitutional Court has established that a constitutional defense petition must be admitted, in an exceptional manner, when the allegations clearly justify the urgency for the required jurisdictional protection, despite the existence of an equally satisfactory civil proceeding.

■ In this last context, we may state that gender and first name modification cases may be seen by the constitutional judge through a constitutional defense petition. Is it by any chance, a situation of extreme violence for discrimination reasons in a specific place and time not justify the necessity of urgent protection for protecting the gender identity of a transsexual person? As I mentioned before, the evaluation must be carried out on a case-by-case basis, as it is impossible to deny protection to transsexual people who are seeking to put an end to a constant violation of their gender identity.

Quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ▲

Celestina IANNONE et
Guillaume ETIENNE¹,
Direction de la recherche et de la
documentation de la Cour de justice
de l'Union européenne (CJUE) ▶

I. Introduction

1 L'Union européenne est fondée sur un ensemble de valeurs, dont l'égalité constitue un principe majeur. Avec le temps, les modifications des traités, puis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la «Charte»), ainsi que la législation et la jurisprudence, ont contribué à renforcer ce principe en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et de lutte contre les discriminations fondées sur le genre.

-
1. Celestina IANNONE est chef d'unité à la Direction de la recherche et de la documentation de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Guillaume ETIENNE est administrateur-juriste à la Direction de la recherche et de la documentation (DRD) de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Les opinions exprimées dans la présente contribution sont purement personnelles. Elles n'engagent que leurs auteurs et en aucune manière l'institution à laquelle ils appartiennent. Les auteurs souhaitent remercier M. Louis-Victor SACHS, juriste-stagiaire à la DRD, pour son soutien documentaire et rédactionnel à la préparation de cette contribution.

2 En effet, l'égalité, impliquant les principes de non-discrimination et d'égalité entre les femmes et les hommes, est érigée au rang de «valeur commune aux États Membres» par l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après, «TUE»). En outre, l'article 3, paragraphe 2, § 2, TUE, établit que l'Union combat, dans le cadre de l'établissement du marché intérieur, les discriminations et promeut l'égalité entre les femmes et les hommes.

3 Le principe d'égalité est également consacré à l'article 20 de la Charte. L'article 21.1 de celle-ci dispose en outre qu'«est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle». Cet article constitue une expression particulière du principe général d'égalité de traitement reconnu audit article 20. L'article 23 de la Charte est lui spécifiquement consacré à l'égalité entre les femmes et les hommes, qui «doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération ». Cet article prévoit en outre que ce principe n'empêche pas, dans le même temps, le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

4 Il convient de rappeler que la Charte s'étant vue conférer, depuis 2009, une valeur équivalente au droit primaire en droit de l'Union (voir article 6 TUE), les articles 21 et 23 offrent désormais une source additionnelle de droit auquel les institutions, y compris la Cour, peuvent se référer en la matière². De l'avis de la doctrine³, l'article 21 reste «sous-exploité» en tant que source de droit autonome en matière de non-discrimination, compte tenu des autres

2. Rappelons que l'article 21 doit être lu en combinaison avec l'article 51 de la Charte suivant lequel les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union ainsi qu'aux États Membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Dans ce contexte, la Cour ne manque désormais pas de se référer à l'article 21 de la Charte, notamment en matière de discrimination fondée sur le sexe, voir notamment ci-après: arrêt du 1^{er} mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, C-236/09, EU:C:2011:100, point 32; arrêt du 11 avril 2013, *Soukupová*, EU:C:2013:223, C-401/11, points 25-28).
3. Pour une présentation de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, voir E. Bribosia, I. Rorive et J. Hilaire dans Article 21: *Non-discrimination*, F. Picod et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux: commentaire article par article*, Bruxelles, De Boeck, 2017, disponible sur: Centre de Philosophie du Droit, Working paper 2017-1, http://www.philodroit.be/IMG/pdf/art_21_charte_bribosia_rorive_hilaire.pdf?lang=fr.

articles des traités ou de la législation spécifique adoptée en vertu de ceux-ci. Néanmoins, il peut désormais être considéré comme un seuil minimal de protection offert par le droit de l'Union.

5 De ces principes découlent les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, «traité TFUE») relatives à la lutte contre les discriminations, et en particulier contre les discriminations fondées sur le sexe. L'article 8 TFUE prévoit ainsi que l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, de même que l'article 10 TFUE dispose que l'Union s'engage, dans la définition et la mise en œuvre de ses actions, à combattre toute discrimination fondée «sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

6 Les articles spécifiques du TFUE consacré à la lutte contre les discriminations en général (article 19 TFUE⁴) ou, plus particulièrement, à la politique sociale (promotion de l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et

4. Art.19.1: «Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.»



de travail, article 153 TFUE⁵; égalité de rémunération, article 157 TFUE⁶), se font le relais des principes énoncés par le TUE et permettent ainsi à l'Union l'adoption de son droit dérivé en la matière.

7 Dès lors, le droit de l'Union couvre assez largement la question de la lutte contre les discriminations fondées plus largement sur le sexe, mais il ne prévoit pas de manière explicite une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, en l'occurrence au bénéfice des personnes homosexuelles ou transgenres (LGBT).

5. Article 153 TFUE: «1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants: (...) i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail; (...)

2. À cette fin, le Parlement européen et le Conseil: a) peuvent adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres; b) peuvent arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises. Le Parlement européen et le Conseil statuent conformément à la procédure législative ordinaire après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions. (...)»

6. Article 157 TFUE: «1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique: a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle».

8 En outre, le principe de non-discrimination, bien qu'il ne fasse pas l'objet d'une disposition générale et unique, tel l'article 14 de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (ci-après, la CEDH), constitue un des principes essentiels du droit de l'Union, non seulement parce que de nombreux textes de droit dérivé y font référence mais également du fait que ce principe fait désormais l'objet d'une large reconnaissance tant sur le plan politique que juridique. Il est un prolongement du principe d'égalité, lui-même central au sein de la jurisprudence, à tel point qu'il s'agit d'un principe qualifié «de droit constitutionnel» par la Cour⁷.

II. Bref aperçu des législations pertinentes

9 Dans ce contexte, l'Union européenne s'enrichit progressivement d'une législation spécifique visant à lutter contre les discriminations fondées sur le genre (couvrant également *de facto*, les problématiques d'homosexualité, d'identité de genre ou transgenre). À ce titre, on mentionnera principalement les législations suivantes:

- la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978, qui oblige les États membres à mettre en œuvre progressivement le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale⁸;
- la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, qui instaure des mesures visant à améliorer la sécurité et la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail⁹;
- la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁰;
- la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services¹¹;

7. Arrêt du 18 janvier 2001, *Commission c. Italie*, C-162/99, EU:C:2001:35, point 23.

8. JO L 6 du 10.01.1979, p. 24–25.

9. JO L 348 du 28.11.1992, p. 1–7.

10. JO L 303 du 02.12.2000, p. 16–22.

11. JO L 373 du 21.12.2004, p. 37–43.

- en 2006, plusieurs de ces actes législatifs ont été abrogés et remplacés par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006¹² relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte). Cette directive définit les notions de discrimination directe et indirecte, de harcèlement et de harcèlement sexuel. Elle est notamment venue remplacer la directive 76/207/CEE^{13 14}, qui avait été modifiée par la directive 2002/73/CE¹⁵. En outre, elle incite les employeurs à prendre des mesures préventives afin de lutter contre le harcèlement sexuel, durcit les sanctions en cas de discrimination et prévoit l'établissement au sein des États membres d'organismes chargés de la promotion de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes;
- la directive 2010/41/CE du 7 juillet 2010 fixant des objectifs pour l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection, pendant la grossesse et la maternité, des femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil¹⁶.

◀ **10** Les directives relatives à l'interdiction de la discrimination entre hommes et femmes s'appliquent donc en matière de sécurité sociale, d'emploi et d'accès aux biens et aux services. L'aménagement d'une protection en la matière a constitué un progrès social en permettant l'amélioration des conditions de vie et de travail, tout en s'inscrivant, à son origine, dans l'objectif économique des Communautés économiques européennes visant à contribuer à éliminer les distorsions de concurrence dans un marché de plus en plus intégré.

12. JO L 204 du 26.07.2006, p. 23–36.

13. JO L 39 du 14.02.1976.


14. Au sujet de la mise en œuvre de la directive 76/207/CEE, voir S. GERVASONI, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination: quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice*, Septièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 2010, p. 103-106.

15. JO L 269 du 05.10.2002, p. 15–20.

16. JO L 180 du 15.07.2010, p. 1–6.

III. Synthèse de la jurisprudence de la CJUE en matière de discrimination fondée sur le sexe¹⁷

11 Comme pour tous les principes généraux du droit de l'Union, lesquels contribuent à combler les lacunes du droit européen en renforçant sa portée et en enrichissant sa structure, la Cour de justice adopte souvent une approche extensive du principe de non-discrimination. Elle considère ainsi que celui-ci est violé non seulement lorsque des situations similaires sont traitées de manière différente, mais également lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique¹⁸. Les différentes discriminations constatées par la Cour le sont de manière objective: ce n'est pas l'intention de discriminer qui importe mais bien l'effet produit par la règle ou le comportement incriminé. Cela conduit dès lors à prohiber les discriminations aussi bien directes qu'indirectes.

12 Néanmoins, la Cour est placée dans une situation sensiblement différente de celle des cours suprêmes nationales et des juridictions d'États de nature fédérale. En effet, le plein respect du principe de non-discrimination est un idéal vers lequel la Cour ambitionne de tendre pour le renforcement de l'intégration européenne. Cependant, le droit européen aménage un certain nombre d'exceptions au principe du fait de l'hétérogénéité des ordres juridiques nationaux. Ainsi, une décision semblable à celle de la Cour suprême des États-Unis, qui, dans son arrêt du 26 juin 2015 *Obergefell v. Hodges*¹⁹, a considéré le mariage homosexuel comme un droit constitutionnel et en a ainsi étendu la reconnaissance à l'ensemble des États-Unis, se heurterait probablement à cette hétérogénéité. 

13 La jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection de l'égalité et de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe se place ainsi au cœur de l'intégration européenne, dans la mesure où elle constitue un des éléments cardinaux qui dessinent la frontière entre homogénéité européenne et reconnaissance des identités nationales.

17. Voir à ce propos: *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Agence européenne des droits fondamentaux (FRA), 2011. Disponible sur: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2013/manuel-de-droit-européen-en-matière-de-droit-de-non-discrimination>

18. Arrêt du 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, C-13/63, EU:C:1963:20, point 360. La Cour européenne des Droits de l'Homme a rendu un jugement similaire dans son affaire *Thlimmenos c. Grèce* (arrêt du 6 avril 2000, requête n° 34369/97).

19. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., Nos. 14–556.

3.1. Égalité de traitement entre hommes et femmes

3.1.1. Rétribution et conditions de travail

14 Le premier arrêt de référence en la matière concernait la situation de Mme Defrenne au sein de la société Sabena (arrêt du 8 juillet 1976, *Defrenne, C-43/75*)²⁰ qui s'était plainte, à fonctions identiques, d'être moins bien payée que ses collègues masculins et, dès lors, de faire l'objet d'un traitement économique moins favorable. La Cour a reconnu que cette situation constituait clairement un cas de discrimination fondée sur le sexe. La Cour a mis en avant la dimension économique et sociale de l'Union, ainsi que le fait que les mesures de lutte contre la discrimination favorisent les progrès de l'Union vers la réalisation de ces objectifs. La Cour a par ailleurs reconnu l'effet direct du principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et jugé que ce principe s'imposait non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étendait également à toutes les conventions visant à réglementer de façon collective le travail salarié.

◀ **15** La Cour a été amenée à préciser par la suite sa jurisprudence quant au critère de l'identité du travail effectué, à titre d'élément de comparaison entre les personnes concernées de sexe différent, et a établi qu'il s'agit d'un critère purement qualitatif, s'attachant à la nature propre des prestations de travail en cause, dans le cadre d'un même établissement ou d'un même service (voir arrêt du 27 mars 1980, *Macarthy, C-129/79*)²¹.

16 Appliquée à la question du travail à temps partiel (voir arrêt du 31 mars 1981, *Jenkins, C-96/80*²²; voir également arrêt du 13 mai 1986, *Bilka, C-170/84*²³; arrêt du 17 novembre 2015, *Plaza Bravo, C-137/15*²⁴), la Cour a dès le début des années 1980 précisé qu'une différence de rémunération entre

20. EU:C:1976:56.

21. EU:C:1980:103, voir 9-17. La Cour a cependant précisé à ce propos qu'il ne saurait être exclu qu'une différence de rémunération entre deux travailleurs occupant un même poste de travail, mais à des périodes différentes dans le temps, puisse s'expliquer par l'intervention de facteurs étrangers à toute discrimination selon la différence de sexe, s'agissant là d'une question de fait qu'il appartient au juge national d'apprécier.

22. EU:C:1981:80, point 15.

23. EU:C:1986:204, points 28-31.

24. EU:C:2015:771, points 29-30.

travailleurs à temps plein et à temps partiel pouvait constituer une discrimination indirecte prohibée si elle n'était en réalité qu'un moyen indirect pour réduire le niveau de rémunération des travailleurs à temps partiel en raison de la circonstance que ce groupe de travailleurs se composait, de manière exclusive ou prépondérante²⁵, de personnes de sexe féminin.

17 La Cour a également été amenée à se prononcer en matière de temps partagé: dans l'affaire *Hill et Stapleton* (arrêt du 17 juin 1998, C-243/95)²⁶, le gouvernement britannique avait mis en place un mécanisme de partage du temps de travail mais les règles en vigueur en matière d'avancement pénalisaient les personnes concernées. La Cour a constaté que la règle de progression d'ancienneté en cause constituait un cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la mesure où le temps de travail partagé concernait majoritairement les femmes. La Cour a précisé à cette occasion qu'un employeur, y compris l'État, ne saurait justifier une discrimination ressortant d'un régime de travail à temps partagé au seul motif que l'élimination d'une telle discrimination entraînerait une augmentation de ses frais. D'une manière générale, les motifs d'ordre économique ne suffisent pas à justifier une discrimination fondée sur le sexe ou le genre.²⁷

3.1.2. Régimes de pension

18 Les règles discriminatoires en matière de droit à pension ou d'avantages spécifiques accordés pendant la retraite, tombent sous l'égide du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes sur lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer. Dans l'arrêt *Marshall* (arrêt du 26 février 1986,

25. La Cour considère à ce propos que, pour être jugée discriminatoire, la mesure doit affecter un «nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes» (arrêt du 13 juillet 1989, *Rinner-Kuhn*, C-171/88, EU:C:1989:328, points 14-16; arrêt du 24 février 1994, *Roks e.a.*, C-343/92, EU:C:1994:71, points 33 et 34; arrêt du 14 avril 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215 point 28), «un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes» (arrêt du 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89, EU:C:1991:50, point 15; arrêt du 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, EU:C:1990:265, point 13; arrêt du 20 octobre 2011, *Brachner*, C-123/10, EU:C:2011:675, points 60, 62-63, 68, 104).

26. EU:C:1998:298, points 32-36, 40.

27. Au sujet de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes dans le droit de l'Union, voir C. BARNARD, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne: un bilan*, L'Union européenne et les droits de l'homme. 2001, 253-259.

C-152/84)²⁸, la Cour avait précisé que l'article 5, paragraphe 1 de la directive 76/207 devait être interprété en ce sens qu'une réglementation nationale impliquant le licenciement d'une femme au seul motif qu'elle avait atteint ou dépassé l'âge auquel elle avait droit à une pension d'État et qui était différent pour les hommes et pour les femmes en vertu de la législation nationale, constituait une discrimination fondée sur le sexe interdite par cette directive.

19 Dans l'affaire *Douglas Harvey Barber* (arrêt du 17 mai 1990, C-262/88)²⁹, la Cour a jugé, dans le cas d'un régime professionnel privé de pensions, se substituant au régime légal qui refusait à un travailleur masculin la pension immédiate qui aurait été octroyée en pareil cas à un travailleur féminin, que toutes les formes de pensions professionnelles relevaient de la notion de rémunération au sens de l'ancien article 119 CE (aujourd'hui 143 TFUE) et que le principe d'égalité de traitement leur était applicable. On remarquera donc que la protection contre les discriminations fondées sur le sexe n'est pas à sens unique, et se fait également dans le cas de discriminations subies par les hommes³⁰.

20 Dans une affaire *Commission c. Italie* (arrêt du 13 novembre 2008, C-46/07)³¹, la Cour a établi qu'un régime de pension de retraite des fonctionnaires et des autres travailleurs du secteur public prévoyant l'âge normal de départ à la retraite à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, constituait une violation des obligations prévues à l'article 141 CE (actuel article 157 TFUE), qui interdit toute discrimination en matière de rémunération. La Cour a en outre rejeté la justification de la République italienne au visa de l'article 141, paragraphe 4, CE, qui autorise les États Membres à maintenir ou à adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle afin d'assurer une pleine égalité entre hommes et

28. EU:C:1986:84, point 38.

29. EU:C:1990:209, points 12-14, 16-20.

30. À l'inverse, la CEDH a jugé dans son affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni* (arrêt du 12 avril 2006, n° 36578/97), que la différence de cinq ans dans l'âge légal du départ à la retraite était justifiée par les «inégalités factuelles» entre les femmes et les hommes. Dès lors, la Cour a établi que l'article 14 CEDH n'était pas violé par l'absence d'âge légal unique de départ à la retraite, dans la mesure où cette différence constituait un moyen parmi d'autres de redresser l'inégalité de traitement et n'était pas manifestement déraisonnable au point d'excéder la marge d'appréciation reconnue aux États Membres.

31. EU:C:2008:618, points 55-59.

femmes dans la vie professionnelle, considérant que la fixation d'une condition d'âge pour le départ à la retraite n'était pas de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle et en remédiant aux problèmes qu'elles peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle. La Cour a jugé que constituait également une violation du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, protégé par l'article 141 CE (devenu article 157 TFUE), un régime national de pension fixant, pour l'octroi d'une pension de retraite, une condition d'âge et des règles relatives à des périodes de service minimum requis différentes selon le sexe (arrêt du 26 mars 2009, *Commission c. Grèce*, C-559/07)³².

21 Dans l'affaire *Kleist* (arrêt du 18 novembre 2010, C-356/09)³³, la Cour a par ailleurs conclu que l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 76/207, doit être interprété en ce sens qu'une réglementation nationale qui, afin de promouvoir l'accès à l'emploi de personnes plus jeunes, permet à un employeur de licencier les salariés ayant acquis le droit à la pension de retraite, alors que ce droit est acquis pour les femmes à un âge inférieur de cinq années à l'âge auquel ledit droit est accordé aux hommes, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe interdite par cette directive³⁴.

22 En ce qui concerne les régimes nationaux de retraite anticipée, il y a lieu de rappeler l'affaire *Paolo Vergani* (arrêt du 21 juillet 2005, C-207/04)³⁵, où la Cour a précisé que la directive 76/207 devait être interprétée comme s'opposant à une disposition nationale qui accorde aux travailleurs qui ont atteint l'âge de 50 ans, s'il s'agit de travailleurs féminins, et de 55 ans, s'il s'agit de travailleurs masculins, à titre d'incitation au départ volontaire, un avantage constitué par l'imposition à un taux réduit de moitié des sommes allouées à l'occasion de la cessation de la relation de travail, disposition qui constituait une discrimination directe fondée sur le sexe qui n'était fondée sur aucune dérogation.

32. EU:C:2009:198, points 60-62, 67, 68, 73, 74.

33. EU:C:2010:703, point 46.

34. Pour un autre exemple d'interprétation de l'article 3, par. 1 sous c), de la directive 2002/73, voir également arrêt du 12 septembre 2013, *Kuso*, C-614/11, EU:C:2013:544, points 27, 53.

35. EU:C:2005:495, points 33-35.

23 Dans le même ordre d'idées, la Cour a encore rappelé (arrêt du 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13)³⁶ que l'article 141 CE (actuel article 157 TFUE) devait être interprété en ce sens que, sauf à pouvoir être justifié par des facteurs objectifs étrangers à tout discrimination fondée sur le sexe, tel qu'un objectif légitime de politique sociale, et être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet (ce qui implique qu'il soit mis en œuvre de manière cohérente et systématique dans cette perspective), un régime de mise à la retraite anticipée qui subordonnait le droit, pour un fonctionnaire, de bénéficier immédiatement de sa retraite sous condition de justification d'une interruption d'activité d'une durée minimale au soutien de chacun de ses enfants engendrait une discrimination indirecte en matière de rémunération entre travailleurs masculins et féminins au motif que les modalités, bien que neutres en apparences, auxquelles le régime national en cause subordonnaient l'octroi de l'avantage en cause étaient de nature à conduire à ce qu'un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes bénéficie de celui-ci.

24 La Cour a également eu l'occasion de préciser, sous l'article 14, paragraphe 1, sous c), de la directive 2006/54/CE, qu'une réglementation instaurant pour une catégorie particulière de travailleur un droit optionnel de prolongation de leur activité professionnelle au-delà de l'âge limite de maintien en activité pour une durée maximale différente selon le sexe, instaure une discrimination directe fondée sur le sexe interdite par ladite directive (arrêt du 10 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09)³⁷. La Cour a jugé dans le même sens, dans le domaine sectoriel du soutien au développement rural par le FEOGA établi par le règlement n°1257/1999, qu'il n'était pas conforme au droit de l'Union et à ses principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination que l'âge normal de la retraite soit déterminé de manière différente en fonction du sexe du demandeur d'une aide à la préretraite et, s'agissant des demandeurs de sexe féminin, en fonction du nombre d'enfants élevés (arrêt du 11 avril 2013, *Soukupová*, C-401/11)³⁸.

36. EU:C:2014:2090, points 86, 89 96, 98.

37. EU:C:2010:703, point 26. Cette affaire a également donné l'occasion à la Cour de rappeler la différence entre discriminations directement fondées sur le sexe et celles dites «indirectes», en ce sens que les premières ne peuvent être justifiées par un but légitime, tandis que les secondes, sous l'article 2, paragraphe 1, sous b) de la directive, peuvent échapper à cette qualification à condition d'être objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires (point 41).

38. EU:C:2013:223, points 30, 31, 35, 36. Dans cette affaire, la Cour a également fondé son jugement sur l'obligation pour les États membres, en vertu de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de respecter les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, consacrés aux articles 20, 21, paragraphe 1, et 23 de ladite Charte.

3.1.3. Assistance sociale et autres prestations

25 Dans le champ plus large de la sécurité sociale, l'égalité de traitement entre hommes et femmes est également promue (directive 79/7/CEE)³⁹. En particulier, l'obtention d'avantages spéciaux en matière de transport au bénéfice exclusif des seuls employés retraités de sexe masculin a constitué un premier exemple de discrimination fondée sur le sexe (arrêt du 9 février 1982, *Garland*, C-12/81)⁴⁰. De même, dans l'affaire *Drake* (arrêt du 24 juin 1986, C-150/85)⁴¹ la Cour a, par exemple, considéré qu'une disposition prévoyant de ne pas attribuer une prestation faisant partie d'un des régimes légaux visés par la directive à une femme mariée habitant avec son conjoint, ou entretenue par lui, alors qu'elle est attribuée, dans les mêmes conditions, à l'homme marié, constituait une discrimination fondée sur le sexe interdite par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7. Dans l'affaire *Roks e.a.* (arrêt du 24 février 1994, C-343/92)⁴², la Cour a considéré que ce même article s'opposait à l'application d'une mesure nationale qui, bien que formulée de façon neutre en ne distinguant pas selon le sexe, faisait dépendre l'octroi d'une prestation d'incapacité de travail à la condition d'avoir perçu un certain revenu au cours de l'année précédant le début de l'incapacité, condition qui affectait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. Cette mesure, ayant fait l'objet de considérations d'ordre budgétaire, n'était en effet pas justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

39. L'article 1, paragraphe 3, garantit l'égalité de traitement relativement aux «régimes légaux de sécurité sociale» définis comme assurant une protection contre la maladie, l'invalidité, la vieillesse, les accidents du travail et les maladies professionnelles et le chômage, ainsi que l'aide sociale.

40. EU:C:1982:44, point 11.

41. EU:C:1986:257, points 31-35. Dans une affaire *Van Cant* (arrêt du 1^{er} juillet 1993, C-154/92, EU:C:1993:282, points 9-14), la Cour a, par exemple, considéré que les articles 4, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de la directive 79/7 s'opposent à ce qu'une réglementation nationale qui, tout en autorisant les travailleurs masculins et féminins à prendre leur retraite à partir d'un âge identique, maintient dans le mode de calcul de la pension de vieillesse une différence suivant le sexe, elle-même liée à la différence d'âge qui existait auparavant.

42. EU:C:1994:71, points 18-21 et 25. Voir également, s'agissant de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 28 février 2013, *Kenny e.a.*, C-427/11, EU:C:2013:122, points 27, 31, 41, 45, 48 et 50-52, où la Cour a établi qu'aux termes de l'article 141 CE et de la directive 75/117, l'intérêt de bonnes relations sociales ne saurait constituer, en tant que tel, le seul fondement justifiant une discrimination dans la rémunération des travailleurs masculins et féminins.

26 Enfin dans un arrêt X (arrêt du 3 septembre 2014, C-318/13)⁴³, la Cour a déterminé que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale prévoyant, pour le calcul d'une prestation sociale légale versée en raison d'un accident du travail, l'application d'un facteur fondé sur l'espérance de vie résiduelle, lorsque l'application de ce facteur conduit à ce que la réparation versée est inférieure, lorsqu'elle est allouée à un homme, à celle que percevrait une femme du même âge qui se trouve dans une situation similaire.

27 Enfin, dans le champ de la directive 2004/113 relative à l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans l'accès à des biens et services, on signalera l'arrêt *Test-Achats* (arrêt du 1^{er} mars 2011, C-236/09)⁴⁴ par lequel la Cour a déclaré invalide, au gré d'un renvoi préjudiciel formulé par la Cour constitutionnelle belge, au regard du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, l'article 5, paragraphe 2, de ladite directive, le même système de calcul actuariel devant s'appliquer aux hommes et aux femmes pour déterminer les primes et les prestations aux fins des services d'assurance.

3.1.4. Protection des femmes enceintes et allaitantes

28 Dès 1984, la Cour avait interprété la directive 76/207 en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail comme permettant l'adoption de mesures spécifiques, tel le congé de maternité, destinées à protéger la femme en ce qui concerne la grossesse et la maternité, afin d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'au moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle (arrêt du 12 juillet 1984, *Hofmann*, C-184/83)⁴⁵. Dans le cas des femmes enceintes, il

43. EU:C:2014:2133, points 34, 37, 38 et 40.

44. EU:C:2011:100, points 30, 32-34.

45. «Un congé de maternité accordé à la femme après l'expiration du délai légal de protection relève du domaine d'application de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207, en ce

n'est donc point besoin de trouver un élément de «comparaison» aux fins de déterminer si la situation créée est discriminatoire⁴⁶, le congé de maternité constituant un attribut particulier issu de la situation de grossesse⁴⁷.

29 La Cour s'est également préoccupée des discriminations possibles à l'embauche des femmes enceintes. Dans une affaire *Dekker* (arrêt du 8 novembre 1990, C-177/88)⁴⁸, il est ainsi constaté qu'un employeur agit directement en violation du principe d'égalité de traitement énoncé aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'il refuse de conclure un contrat de travail⁴⁹ avec une candidate qu'il avait jugée apte à exercer l'activité concernée, lorsque ce refus est fondé sur les conséquences possibles, dommageables pour l'employeur, de l'engagement d'une femme enceinte.

qu'il vise à la protection de la femme au regard tant des conséquences de la grossesse que de la condition de maternité. À ce titre, un tel congé peut être légitimement réservé à la mère, à l'exclusion de toute autre personne, compte tenu du fait que seule la mère peut se trouver sous des pressions indésirables de reprendre prématurément son travail» (points 25-26), EU:C:1984:273. Pour une application plus récente de ces principes, voir arrêt du 18 mars 2004, *Merino Gomez*, C-342/01, EU:C:2004:160, point 32; arrêt du 27 octobre 1998, *Boyle e.a.*, C-411/96, EU:C:1998:506, point 41; arrêt du 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12, EU:C:2013:571, point 62.

46. Voir également à ce propos arrêt du 14 juillet 1994, *Webb / EMO Air Cargo*, C-32/93, EU:C:1994:300, point 24.

47. Voir arrêt du 30 avril 1998, *Thibault*, C-136/95, EU:C:1998:178, point 24. Voir également arrêt du 18 mars 2014, *D.*, C-167/12, EU:C:2014:169, points 35-37 et 40-43, dans lequel la Cour a établi que la directive 92/85, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, doit être interprétée en ce sens que les États membres ne sont pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de cette directive à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement.

48. EU:C:1990:383, point 14.

49. Voir également l'affaire *Mahlburg* (arrêt du 3 février 2000, C-207/98, EU:C:2000:64, points 27 et 30), dans laquelle la Cour a considéré que si l'imposition de restrictions aux conditions de travail des femmes enceintes (en l'occurrence dans un bloc opératoire dans le cas d'un poste d'infirmière) pouvait être admissible, celle-ci devait se limiter strictement aux tâches susceptibles de nuire à leur santé ou à celle de l'enfant à naître et ne justifiait pas, au cas d'espèce, le refus de l'employeur d'embaucher la requérante enceinte pour ce motif pour un poste à durée indéterminée.

30 Par ailleurs, s'agissant des licenciements abusifs des femmes enceintes qui résulteraient de leur état, dans l'arrêt *Handels*, prononcé également le 8 novembre 1990 (C-179/88)⁵⁰, la Cour a rappelé que l'absence à son poste de travail de la femme enceinte pendant un congé maternité ne saurait justifier son licenciement. Lorsque des troubles liés à l'état de grossesse apparaissent avant l'accouchement, la Cour confirme, sous la directive 76/207 (article 2, paragraphe 1, et article 5, paragraphe 1), qu'une protection spécifique doit être assurée au risque, dans la négative, de constituer là encore une discrimination fondée sur le sexe⁵¹.

31 La Cour a en outre été amenée à prendre en compte la situation des femmes enceintes ou allaitantes confrontées à des cas de discrimination en matière de rémunération. Dans l'arrêt *Høj Pedersen*, la Cour a établi qu'une législation nationale disposant qu'une femme enceinte, atteinte d'une incapacité de travail médicalement constatée trouvant son origine dans la grossesse, n'a pas droit au paiement de l'intégralité de son salaire mais au versement d'indemnités journalières par une collectivité locale, était en contradiction avec l'article 119 CE, la directive 75/117⁵² et la directive 92/85 (arrêt du 19 novembre 1998, C-66/96)⁵³.

32 La Cour a encore récemment précisé la portée de la protection de la santé des femmes enceintes dans l'arrêt *Otero Ramos*, dans lequel une femme allaitante s'était vue refuser par son employeur le bénéfice de

50. EU:C:1990:384, point 13. Il en va de même dans le cas du non renouvellement d'un contrat à durée déterminée pour le même motif tiré de l'état de grossesse de la travailleuse (arrêt du 4 octobre 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, EU:C:2001:509, point 47).

51. Voir arrêt du 30 juin 1998, *Brown*, C-394/96, EU:C:1998:331, point 24. Voir également l'affaire *Tele Danmark* (arrêt du 4 octobre 2001, C-109/00, EU:C:2001:513, points 34 et 39), dans laquelle la Cour a établi que les articles 5, paragraphe 1, de la directive 76/206, et 10 de la directive 92/85, s'opposent au licenciement d'une travailleuse pour cause de grossesse lorsqu'elle a été engagée pour une durée déterminée; qu'elle a omis d'informer son employeur de son état de grossesse, alors même qu'elle en avait connaissance au moment de la conclusion dudit contrat de travail; et que, en raison de cet état, elle ne sera pas en mesure de travailler pendant une grande partie de la durée dudit contrat.

52. Directive 75/117, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45 du 19.02.1975, p. 19–20).

53. EU:C:1998:549, points 32-37. Dans l'affaire *McKenna* (arrêt du 8 septembre 2005, C-191/03, EU:C:2005:513, points 31, 32 et 35), la Cour a cependant précisé que si un régime de congé de maladie qui traite de manière identique les travailleurs féminins souffrant d'une maladie liée à une grossesse et les autres travailleurs atteints d'une maladie étrangère à un état de grossesse

la protection accordée aux femmes enceintes en vertu de l'article 8 de la directive 92/85, celle-ci protégeant les travailleuses allaitantes au même titre que les travailleuses enceintes ou accouchées. La Cour a en effet jugé que l'évaluation des risques présentés par son poste de travail n'avait pas été effectuée en conformité avec les exigences de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 92/85, ce qui constituait une discrimination directe fondée sur le sexe en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 2006/54 (voir arrêt du 19 octobre 2017, C-531/15)⁵⁴.

3.2. Dérogations et mesures positives

3.2.1. Dérogations

33 Des dérogations au principe d'égalité entre hommes et femmes sont cependant prévues par le droit de l'Union, pour des motifs strictement définis.

34 L'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) dispose ainsi que:

«Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée».

relève bien du champ d'application de l'article 141 CE et de la directive 75/117, ces textes doivent être interprétés en ce sens que ne constitue pas, en outre, des discriminations fondées sur le sexe, une règle d'un régime de congé de maladie qui prévoit, à l'égard des travailleurs féminins absents antérieurement à un congé de maternité en raison d'une maladie liée à leur état de grossesse, comme à l'égard des travailleurs masculins absents par suite de toute autre maladie, une réduction de la rémunération, lorsque l'absence excède une certaine durée, à condition que, d'une part, le travailleur féminin soit traité de la même façon qu'un travailleur masculin absent pour cause de maladie et que, d'autre part, le montant des prestations versées ne soit pas minime au point de mettre en cause l'objectif de protection des travailleuses enceintes.

54. EU:C:2017:789, points 55, 57-60, 65, 76.

35 Certaines activités relèvent ainsi de cette dérogation tirée de l'exigence professionnelle essentielle, dans lesquelles une priorité aux représentants d'un sexe en particulier peut être envisagée. Dans l'affaire *Commission c. France* (arrêt du 30 juin 1988, C-318/86)⁵⁵, la Cour a considéré qu'il n'était pas illégal de réserver des emplois selon des conditions fondées sur le sexe pour le personnel des prisons, en favorisant un sexe plutôt qu'un autre, à la condition que cette exception ne se justifie que pour des activités pour lesquelles l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est déterminante (en l'occurrence au bénéfice des candidats masculins au regard de certaines tâches spécifiques de maintien de l'ordre dans ces établissements, y compris ceux dédiés aux femmes)⁵⁶.

36 Cette question s'est également posée concernant les emplois dans les forces armées⁵⁷. Dans l'affaire *Sirdar* (arrêt du 26 octobre 1999, C-273/97)⁵⁸, la Cour a ainsi reconnu que l'exclusion des femmes des unités combattantes spéciales (en l'occurrence des Royal Marines britanniques) peut être justifiée, en vertu de ladite de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207, en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause, en particulier de la règle de l'interopérabilité, justifiant que la composition de ces troupes demeure exclusivement masculine.

37 Cette exclusion ne peut cependant pas être trop vaste quant aux tâches et postes concernés⁵⁹. Ainsi, dans l'affaire *Kreil* (arrêt du 11 janvier 2000, C-285/98)⁶⁰, dans le cas d'une requérante ayant sollicité un poste d'ingénieur

55. EU:C:1985:214, points 23-25.

56. Inversement, dans l'affaire *Johnston* (arrêt du 15 mai 1986, C-222/84, EU:C:1986:206, points 28, 33-37), la Cour n'a pas admis que, dans le cas d'une femme policier travaillant en Irlande du Nord, le contrat de celle-ci ne soit pas renouvelé au seul motif que les femmes ne recevaient pas de formation au maniement des armes et que cela était susceptible de créer des risques supplémentaires d'attentats.


57. Voir à ce propos le considérant (18) de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail: «La présente directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services.»

58. EU:C:1999:523, points 23-32.

59. Au sens de la directive 2006/54, dans le contexte des évolutions sociétales en cours à ce sujet, les États membres ne manquent pas de réexaminer périodiquement s'il y a lieu de maintenir les éventuelles restrictions en vigueur (article 31, paragraphe 3).

60. EU:C:2000:2, points 15-19 et 27.

électricien dans les forces armées allemandes lui ayant été refusé au motif qu'elle ne pouvait porter les armes, la Cour a estimé que l'exclusion des forces armées était trop vaste étant donné qu'elle s'appliquait à la quasi-totalité des postes militaires, précisant que toute justification de l'exclusion aurait dû être plus étroitement liée aux fonctions généralement exécutées dans le cadre de ces postes particuliers. La Cour a précisé, par ailleurs, qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les hommes et les femmes au motif que ces dernières devaient être d'avantage protégées, à moins que la mesure en cause n'ait été adoptée en raison de facteurs spécifiques à la condition des femmes, tels que la nécessité de protéger les femmes pendant leur grossesse.

38 Certaines mesures spécifiques à l'embauche peuvent également trouver leur justification dans l'obligation faite aux hommes d'accomplir un service national: dans l'affaire *Schnorbus* (arrêt du 7 décembre 2000, C-79/99)⁶¹, la Cour a considéré que, en accordant aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire une priorité d'admission au stage préparatoire à un emploi dans la fonction publique, des dispositions nationales peuvent révéler, par elles-mêmes, une discrimination indirecte dès lors que, en vertu du droit national applicable, les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire et ne peuvent bénéficier de la priorité prévue par ces dispositions. La Cour observe que de telles dispositions, qui reposent, en l'espèce, sur la prise en considération du retard pris dans le déroulement de leurs études par les candidats qui ont été soumis à l'obligation de service militaire ou civil, présentent, toutefois, un caractère objectif et sont inspirées par le seul souci de contribuer à compenser les effets de ce retard, et qu'elles ne peuvent, dès lors, être considérées comme contraires au principe de l'égalité de traitement entre travailleurs féminins et travailleurs masculins. 

3.2.2. Mesures positives

39 Une discrimination indirecte se produisant lorsqu'une même disposition est appliquée de manière uniforme à différentes personnes sans que les différences pertinentes entre ces personnes soient prises en considération, le droit de l'UE prévoit également que des mesures spéciales de protection (mesures positives) - ce que l'on désigne communément

61. EU:C:2000:676, points 38, 44 et 45.

par «discrimination positive» - puissent être adoptées dans le cadre professionnel.⁶²

40 Dans l'affaire *Kalanke* (arrêt du 17 octobre 1995, C-450/93)⁶³, dans le cas d'une législation adoptée au niveau régional qui accordait une préférence aux candidats féminins à qualifications égales entre candidats de sexe différent, en cas de sous-représentation dans le secteur concerné (défini comme représentant moins de la moitié des effectifs en cause), la Cour a reconnu la possibilité de principe d'une discrimination positive tout en l'encadrant strictement. La Cour a d'abord considéré que si l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207/CEE permettait l'adoption de mesures «discriminatoires selon leurs apparences» visant à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister entre hommes et femmes dans la réalité de la vie sociale, et que des mesures conférant aux femmes un avantage spécifique dans le domaine de l'emploi étaient admissibles, cet article devait faire l'objet d'une interprétation stricte. Elle a conclu qu'une législation qui garantissait une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes irait au-delà de l'objectif consistant à éliminer les inégalités et serait disproportionné.

◀ **41** Dans l'affaire *Marschall* (arrêt du 11 novembre 1997, C-409/95)⁶⁴, dans le cas d'une législation donnant priorité aux femmes à l'embauche «à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fasse pencher la balance en sa faveur», la Cour a considéré, que cette législation, par la marge discrétionnaire qu'elle introduisait, n'était pas disproportionnée, à qualifications égales, au regard de l'objectif légitime consistant à éliminer les inégalités sur le lieu de travail. La Cour a encore considéré, dans l'affaire *Abrahamsson* (arrêt du 6 juillet 2000, C-407/98)⁶⁵, quelque temps après, qu'une

62. Voir article 157, paragraphe 4, TFUE: «Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.»; voir également la directive 2006/54/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, article 3 (Mesures positives): «Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.»

63. EU:C:1995:322, points 15-24.

64. EU:C:1997:533, points 23-26 et 35. Voir également arrêt du 28 mars 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97, EU:C:2000:163, points 22 et 23.


65. EU:C:2000:367, points 53, 55-56, 58-59, 64-65.

législation à mi-chemin entre les législations concernées dans les affaires *Kalanke et Marschall* précitées revenait dans les faits à accorder automatiquement la priorité aux candidats appartenant au sexe sous représenté.

42 L'évolution jurisprudentielle est en cours et consiste donc, progressivement, à élargir le champ d'application des discriminations positives possibles, domaine qui n'échappe cependant pas aux aléas de la casuistique et où la jurisprudence est encore, on le voit, relativement rare⁶⁶.

IV. Interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre

4.1. Interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

43 C'est principalement dans le champ de la politique sociale et de l'emploi, sous l'angle de la directive 2000/78/CE, que la Cour a été amenée, progressivement, à prendre en compte la situation particulière des personnes faisant l'objet de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et notamment l'homosexualité⁶⁷. 

44 Dans une affaire *Grant* (arrêt du 17 février 1998, C-249/96)⁶⁸, la Cour a constaté, par exemple, quant à l'octroi d'une réduction sur le prix des transports en faveur du partenaire de même sexe avec lequel un travailleur entretenait une relation stable, que, en l'état du droit au sein de la Communauté à l'époque, les relations stables entre deux personnes du même sexe n'étaient pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables

66. Pour un commentaire des arrêts *Marschall et Kalanke*, voir C. BARNARD, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne: un bilan, L'Union européenne et les droits de l'homme*. 2001, 233-235.

67. Au sujet des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées (LGBTI), voir *Sur la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE: analyse juridique comparative*, mise à jour 2015, Agence européenne des Droits Fondamentaux (FRA), disponible sur: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2017/protection-contre-la-discrimination-fondee-sur-lorientation-sexuelle-lidentite-de>.

68. EU:C:1998:63, points 27-36 et 50.

hors mariage entre personnes de sexe opposé, et par conséquent, qu'un employeur n'était pas tenu par le droit communautaire d'assimiler la situation d'une personne qui a une relation stable avec un partenaire de même sexe à celle d'une personne mariée ou qui a une relation stable hors mariage avec un partenaire de sexe opposé, la Cour constatant qu'il ne pouvait revenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation⁶⁹.

45 La prise en compte de ces problématiques est relativement récente, la Cour ayant longtemps été tenue, en matière d'octroi de prestations sociales liées à l'exercice d'une profession au bénéfice des seules personnes mariées, aux définitions strictes reconnues en matière de mariage dans les législations nationales. Dans le cas d'un couple homosexuel ayant conclu un partenariat de vie (arrêt du 1^{er} avril 2008, *Maruko*, C-267/06⁷⁰), le conjoint survivant s'était vu refuser une pension de survie après le décès de l'affilié par l'organisme de prévoyance concerné au motif que l'intéressé n'était pas marié au défunt. La Cour a considéré que les partenaires de vie et les époux étaient dans des situations comparables, le droit allemand, par l'institution du «partenariat de vie», ayant créé des droits et responsabilités identiques à la charge des intéressés que ceux existant entre époux. La Cour a conclu que le refus de verser ladite pension donnait lieu à un traitement moins favorable constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les partenaires étant dans l'impossibilité de se marier, ce qui était indissociable de leur orientation sexuelle⁷¹.

69. Dans le même ordre d'idée, dans les affaires de fonction publique européenne dont le Tribunal de la fonction publique était saisi à la fin des années 90, celui-ci justifiait la non-attribution d'une allocation de foyer au partenaire du fonctionnaire du même sexe en se référant à la notion de mariage comme une union exclusivement entre personnes de sexe différent, l'assimilation au mariage du partenariat enregistré dans un nombre limité d'États Membres à l'époque ne justifiant pas d'inclure, par la voie d'une simple interprétation, dans la notion statutaire de «fonctionnaire marié» des personnes soumises à un régime de droit distinct du mariage, les situations n'étant pas considérées comme comparables aux fins de l'application du Statut (voir arrêt du 31 mai 2001, *Det Suède c. Conseil*, C-122/99 P et C-125/99 P, EU:C:2001:304, points 34-39; voir également arrêt du 28 janvier 1999, *D c. Conseil*, T-264/97, EU:T:1999:13, points 26, 29 et 30).

70. EU:C:2008:179, points 69-72.

71. La Cour a suivi le même raisonnement dans l'affaire *Römer* (arrêt du 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, point 52), dans laquelle elle a considéré que, dans le cas d'un partenariat enregistré, afin d'avoir droit à la pension dont bénéficient les personnes mariées, la situation du partenaire enregistré doit être comparable, et non pas identique, en fait et en droit à une personne mariée.

46 Cette approche a été reprise dans l'affaire *Hay* (arrêt du 12 décembre 2013, C-267/12)⁷², dans laquelle la Cour a considéré, lorsque le mariage est interdit pour les couples homosexuels, qu'un travailleur ayant conclu un PACS de droit français avec un partenaire de même sexe devait se voir accorder les mêmes avantages (congrés spéciaux et prime salariale) que ceux dont bénéficiaient ses collègues à l'occasion de leur mariage⁷³. Le principe étant posé et l'évolution en marche, la Cour ne manque cependant pas de s'assurer que l'union libre entre personnes de même sexe est légalement reconnue dans le droit national concerné⁷⁴.

47 Dans son arrêt *Léger* (arrêt du 29 avril 2015, C-528/13)⁷⁵, c'est dans le domaine de la santé publique que la Cour a été amenée à se prononcer sur un arrêté français⁷⁶ susceptible d'être discriminatoire à l'égard des hommes ayant des rapports sexuels avec d'autres hommes en excluant ceux-ci de manière permanente du don du sang. Elle a d'abord indiqué qu'il revenait au juge national de déterminer si un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, au sens de la directive 2004/33⁷⁷, existait du fait de donateurs masculins ayant des rapports sexuels avec d'autres hommes. La Cour a ensuite constaté, dans cette hypothèse, en s'appuyant sur les articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux, que du fait dudit critère de contre-indication permanente en fonction de l'orientation sexuelle

72. EU:C:2013:823 points 44-47.

73. En matière de preuve de la discrimination à l'embauche fondée sur l'orientation sexuelle, pour un exemple récent de reconnaissance possible d'une présomption de l'existence d'une discrimination fondée sur ce motif, voir arrêt du 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, points 48-50, 53 et 56-59.

74. Dans l'affaire *David. L. Parris* (arrêt du 24 novembre 2016, C-443/15, EU:C:2016:897, points 59-62), concernant à nouveau un cas de refus d'octroi d'une pension de survie, la Cour a rappelé que le droit de l'Union, et notamment la directive 2000/78, n'obligeait pas l'État membre concerné à prévoir, avant l'entrée en vigueur de la loi sur les partenariats civils en Irlande, le mariage, ou toute autre forme d'union civile, aux couples homosexuels, ou toute autre mesure transitoire en matière de prévoyance, de sorte qu'une réglementation subordonnant le bénéfice de ladite prestation à une condition d'âge minimum du partenaire du même sexe ne constituait pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

75. EU:C:2015:288, points 42-68.

76. Mettant en œuvre la directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004 (article 4 et annexe III) portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins (JO L 33 du 08.02.2003, p. 30-40).

77. JO L 91 du 30.03.2004, p. 25-39.

des donneurs masculins, ces derniers subissaient un traitement moins favorable que les personnes hétérosexuelles masculines. Elle s'est ensuite interrogée sur la question de savoir si ladite contre-indication au don de sang pouvait néanmoins être justifiée au regard des conditions posées par l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. Constatant que la mesure respectait le contenu essentiel du principe de non-discrimination et répondait à l'objectif d'intérêt général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, par la réduction du risque minimum de transmission d'une maladie infectieuse, c'est finalement sous l'angle de la proportionnalité que la Cour a examiné la question, invitant la juridiction nationale à vérifier si n'existaient pas des techniques efficaces de détection du VIH moins contraignantes que l'exclusion permanente en cause, et notamment si le questionnaire et l'entretien individuel avec un professionnel du secteur médical prévus ne pouvaient pas permettre d'identifier plus précisément les comportements présentant un risque pour la santé des receveurs. L'apport de cette jurisprudence à la matière n'est donc pas négligeable, mais il doit être relativisé à la mesure de la spécificité du cas.

48 Enfin, la Cour s'est également prononcée dans un récent arrêt *Coman* (arrêt du 5 juin 2018, C-673/16)⁷⁸ sur la notion de «conjoint» d'un citoyen de l'Union. En l'espèce, un ressortissant américain marié en Belgique avec un citoyen roumain, souhaitait bénéficier d'un droit de séjour dérivé en Roumanie, aux termes de la directive 2004/38, concernant le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁷⁹. La Cour a ainsi établi que la notion de «conjoint» désigne toute personne unie à une autre par les liens du mariage, sans aucune distinction de genre, de sorte qu'elle est susceptible d'inclure les conjoints de même sexe. Si elle n'a pas remis en question la compétence des États Membres s'agissant de l'état des personnes, chaque État demeurant libre de prévoir ou non le mariage pour les personnes de même sexe, elle a néanmoins considéré que le refus par un État d'octroyer un droit de séjour dérivé au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union était susceptible d'entraver la liberté de circuler et de séjourner librement de ce dernier. En outre, la Cour a déterminé que l'obligation pour un État Membre de garantir un droit de séjour dérivé au conjoint de même sexe, n'imposait pas à ce dernier de prévoir l'institution du mariage entre personnes de même sexe dans son droit national et que dès lors, une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit

78. EU:C:2018:385, points 34-40 et 44-46.

79. JO L 158 du 30.4.2004, p. 77-123.

de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné.

4.2. Protection contre les persécutions fondées sur l'orientation sexuelle

49 La crainte d'une persécution du fait de l'orientation sexuelle peut aussi être prise en compte par les autorités des États Membres dans le cadre de l'examen des demandes d'asile et de protection internationale sous la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004. Dans les affaires jointes *A, B et C* (arrêt du 2 décembre 2014, affaires jointes C-148/13 à C-150/13)⁸⁰, la Cour a rappelé, entre autres, que les autorités compétentes des États Membres chargées de l'examen d'une demande d'asile fondée sur une crainte de persécution en raison de l'orientation sexuelle du demandeur ne sont pas tenues de considérer sa prétendue orientation comme un fait établi sur la seule base de ses déclarations. Bien qu'il appartienne au demandeur d'asile d'identifier cette orientation, qui constitue un élément relevant de sa sphère personnelle, les demandes d'octroi du statut de réfugié motivées par une telle crainte de persécution peuvent en effet faire l'objet d'un processus d'évaluation, prévu à l'article 4 de ladite directive. La Cour a cependant précisé dans ce cas que les modalités d'appréciation desdites déclarations doivent notamment être conformes aux droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tels que le droit au respect de la dignité humaine, consacré à l'article 1^{er} de la Charte, ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 7 de celle-ci.

50 Dans une affaire *F* (arrêt du 25 janvier 2018, C-473/16)⁸¹, la Cour a été amenée à préciser que l'article 4 de la directive 2011/95, ainsi que l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à la réalisation et à l'utilisation, en vue d'apprécier la réalité de l'orientation sexuelle alléguée d'un demandeur de protection internationale, d'une expertise psychologique, qui a pour objet, sur la base de tests projectifs de la personnalité, de fournir une image de l'orientation sexuelle d'un demandeur de protection internationale. Le caractère approprié d'une telle expertise ne peut être admis que si celle-ci est fondée sur des méthodes et des principes suffisamment fiables au regard des normes

80. EU:C:2014:2406, points 49-53.

81. EU:C:2018:36, points 51, 53, 54, 57-59 et 71.

admises par la communauté scientifique internationale. La Cour a en outre établi que l'incidence d'une telle expertise sur la vie privée du demandeur de protection internationale apparaît démesurée par rapport au but visé, dès lors que la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée qu'elle constitue ne saurait être considérée comme proportionnée à l'utilité que celle-ci pourrait éventuellement présenter pour l'évaluation des faits et des circonstances prévue à l'article 4 de la directive 2011/95.

4.3. Interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre

51 On ne saurait conclure cet exposé sans dire quelques mots sur la lutte contre les discriminations fondées sur l'identité sexuelle et mentionner les arrêts les plus pertinents de la Cour en la matière.

52 La Cour avait jugé au sujet de la directive 76/207, remplacée par la directive 2006/54, que: «la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée» (arrêt du 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall City Council*, C-13/94)⁸².

53 La directive 2006/54 a vocation à s'appliquer aux cas de discriminations contre les personnes transgenres, néanmoins la Cour de justice n'inclut dans ce groupe que les personnes ayant l'intention de subir ou ayant subi une conversion sexuelle, c'est-à-dire toute personne dont le changement de sexe a été effectué, est en cours ou projeté. On citera également la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012, qui établit des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil. Cette directive interdit explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre⁸³.

82. EU:C:1996:170, points 20-24.

83. À la différence, par exemple, de la décision-cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

54 Dans la jurisprudence, il est admis, depuis l'arrêt *P. c. S. et Cornwall City Council*, que l'interdiction de discrimination sur la base du sexe, au titre de la directive 76/207⁸⁴, s'étendait aussi à la discrimination exercée contre les personnes ayant l'intention, ou ayant subi, une conversion sexuelle, et qu'un licenciement fondé sur ce motif est constitutif d'un traitement défavorable et discriminatoire⁸⁵.

55 Dans l'affaire *K.B.* (arrêt du 7 janvier 2004, C-117/01)⁸⁶, dans le cas d'un refus de pension de veuf à un partenaire transsexuel, la Cour a rappelé que si l'article 141 CE s'opposait, en principe, à une législation, également contraire à la CEDH, empêchant un couple hétérosexuel, dont l'un des partenaires avait procédé à une opération médicale de changement de sexe, de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de rémunération de l'autre, il revenait cependant au juge national de vérifier si les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne étaient remplies sous ledit droit national aux fins de déterminer l'existence d'une éventuelle discrimination⁸⁷.

84. Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

85. La Cour a suivi le même raisonnement que la CEDH dans son arrêt *B. c. France* (arrêt du 25 mars 1992, requête n° 13343/87) dans lequel elle avait établi que le refus d'un État membre de changer le sexe d'une personne sur son certificat de naissance constituait une violation de l'article 8 CEDH relatif à la vie privée. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (arrêt du 11 juillet 2002, requête n° 28957/95), la Cour de Strasbourg a également jugé que l'article 12 de la Convention était violé dès lors qu'il était impossible pour une personne ayant changé de sexe de se marier avec une personne de sexe différent. En revanche, dans une affaire *Hämäläinen c. Finlande* (arrêt du 16 juillet 2014, requête n° 37359/09), où la requérante, ressortissante finlandaise ayant changé de sexe, se plaignait de ne pas pouvoir obtenir la reconnaissance de son nouveau sexe, sans avoir à transformer son mariage en partenariat enregistré, celui-ci n'offrant pas les mêmes avantages qu'un mariage, dans la mesure où le droit finlandais à cette époque n'autorisait pas le mariage entre personne de même sexe, la CEDH a établi que la Convention n'était pas violée, considérant que celle-ci n'impose pas aux États Membres d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe et que le partenariat enregistré offrait un juste compromis entre les intérêts concurrents de la requérante et de l'État Membre.

86. EU:C:2004:7, points 33-36.

87. Au sujet de l'arrêt *K.B.*, voir S. GERVASONI, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination: quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice*, Septièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet. 2010, p. 100; N. BAMFORTH, *Discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, Research handbook on EU labour law. 2016, p. 511-513.

56 Toujours en matière de droit à pension, la Cour a précisé, dans l'affaire *Richards* (arrêt du 27 avril 2006, C-423/04)⁸⁸, que la directive 79/7⁸⁹ ayant aussi vocation de s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe des intéressés, celle-ci (article 4, paragraphe 1) s'opposait à une législation refusant le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'avait pas atteint l'âge requis pour les hommes, alors que cette même personne aurait eu droit plus tôt à une telle pension si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national.

57 De même, dans une récente affaire *MB* (arrêt du 26 juin 2018, C-451/16)⁹⁰, la Cour a en outre établi qu'une réglementation nationale subordonnant l'accès, d'une personne ayant changé de sexe, à une pension de retraite à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes du sexe qu'elle a acquis, notamment, à l'annulation du mariage éventuellement conclu antérieurement à ce changement, était susceptible de constituer une discrimination directe au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, dans la mesure où cette condition d'annulation du mariage ne s'applique pas aux personnes ayant conservé leur sexe de naissance et étant mariées, qui peuvent dès lors bénéficier de la pension de retraite à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes appartenant à ce sexe, indépendamment de leur état matrimonial⁹¹.

V. Conclusion

58 Sur la base de cet aperçu de la jurisprudence, nous pouvons constater, en guise de conclusion, que le droit de l'Union en matière de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe se fait le relais des évolutions sociétales. Le droit de l'UE a d'abord développé des standards relatifs à la protection des femmes au travail avant d'élargir considérablement le champ de cette protection. La Cour s'est ainsi attachée à promouvoir l'égalité entre

88. EU:C:2006:256, points 24, 38.


89. Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

90. EU:C:2018:492, points 29-38 et 48-53

91. Au sujet de l'identité de genre, voir A. TRYPHONIDOU, *Discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity, General principles of law*. 2017, p. 365-394.

les femmes et les hommes quant à leur rétribution et aux avantages sociaux qu'ils perçoivent. La protection des femmes enceintes et allaitantes a également fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

59 Comme nous l'avons exposé, la Cour s'emploie désormais à assurer le respect du principe de non-discrimination au profit des personnes homosexuelles et transgenres. En ce sens, à l'instar de l'agence européenne des droits fondamentaux, nous constatons que bien que le droit de l'UE n'oblige pas les États Membres à étendre l'institution du partenariat enregistré aux couples de même sexe ou à autoriser le mariage entre personnes du même sexe, la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle progresse parallèlement et que des prestations sociales sont de plus en plus souvent accordées au partenaire, aidée en cela par la jurisprudence de la Cour, ainsi que, bien évidemment, par celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

60 À la lumière de ce qui précède, et compte tenu de la position centrale de cette protection dans la consolidation des valeurs communes européennes, l'interprétation par la Cour des instruments du droit de l'Union en vigueur en la matière sera, à n'en pas douter, de nouveau sollicitée ces prochaines années au regard des évolutions en cours. 



Venice Commission
Joint Council on Constitutional Justice
Lausanne, Switzerland
28 June 2018



PARTICIPANTS ▲

ALBANIA / ALBANIE

Ms Noela RUCO, Head of the Department for Research, Studies and Publications, Constitutional Court, Tirana

ALGERIA / ALGÉRIE

M. Hocine BENGRI, Directeur d'études, Conseil constitutionnel, Alger

ANDORRA / ANDORRE

Mme Meritxell TOMÀS BALDRICH, Secrétaire Générale, Cour constitutionnelle, Andorre la Vieille

AUSTRIA / AUTRICHE

Ms Reinhild HUPPMANN, Chief of Protocol, Constitutional Court, Vienna

BELGIUM / BELGIQUE

Mme Anne RASSON, Référendaire, Cour constitutionnelle, Bruxelles
M. Jan THEUNIS, Référendaire, Cour constitutionnelle, Bruxelles

BOSNIA AND HERZEGOVINA / BOSNIE-HERZÉGOVINE

Ms Natasa VUKOVIĆ, Secretary General, Constitutional Court, Sarajevo
Ms Ermina DUMANJIĆ, Head of the Constitutional Case-Law Section, Constitutional Court, Sarajevo

BULGARIA / BULGARIE

Mr Valentin GEORGIEV, Secretary General, Constitutional Court, Sofia

CROATIA / CROATIE

Ms Mirjana STRESEC, Senior Legal Adviser, Constitutional Court, Zagreb

CYPRUS / CHYPRE

Ms Maria MICHAELIDOU KYRIACOU, Senior Legal Officer, President's Office, Supreme Court, Nicosia

CZECH REPUBLIC / RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Mr Ivo POSPÍŠIL, Secretary General, Constitutional Court, Brno
Mr L'ubomir MAJERČIK, Head of the Analytics Department, Constitutional Court, Brno

ESTONIA / ESTONIE

Ms Karin LEICHTER, Constitutional Law Analyst, Supreme Court, Tartu

FINLAND / FINLANDE

Mr Tommi VUORIALHO, Secretary General, Supreme Court, Helsinki
Mr Toni KAARRESALO, Secretary General, Supreme Administrative Court, Helsinki

GEORGIA / GÉORGIE

Ms Irina KHAKHUTAISHVILI, Head of the International Relations Department, Constitutional Court, Batumi

GERMANY / ALLEMAGNE

Ms Margret BÖCKEL, Head of Protocol, Federal Constitutional Court, Karlsruhe

HUNGARY / HONGRIE

Mr La'szló DETRE, Legal Adviser, Constitutional Court, Budapest

IRELAND / IRLANDE

Ms Grainne McMORROW, Substitute Member of the Venice Commission, Senior Counsel, Professor, Dublin

Ms Sarahrose MURPHY, Senior Executive Legal Officer to the Chief Justice, Supreme Court, Dublin

ISRAEL / ISRAËL

Ms Keren AZULAI, Judge, Magistrate Court, Jerusalem

ITALY / ITALIE

Mr Umberto ZINGALES, Vice Secretary General, Constitutional Court, Rome

JAPAN / JAPON

Mr Kosuke YUKI, Observer, Venice Commission, Consul, Consulate General of Japan, Strasbourg

KAZAKHSTAN

Mr Bakyt NURMUKHANOV, Secretary General, Constitutional Council, Astana

KOREA / CORÉE

Mr Hyungsoo KIM, Assistant Director, Constitutional Court, Seoul
Mr Sungjin KIM, Head of the Comparative Constitutional Law Division, Constitutional Court, Seoul

KOSOVO

Mr Veton DULA, Director of the Communication and Information Office, Constitutional Court, Pristina

LATVIA / LETTONIE

Ms Laila JURČĒNA, Adviser to the President, Constitutional Court, Riga

LIECHTENSTEIN

Mr Peter BUSSJÄGER, Judge, Constitutional Court, Vaduz

LITHUANIA / LITUANIE

Ms Ingrida DANĖLIENĖ, Secretary General, Constitutional Court, Vilnius

Ms Rūta SVIRNELIENĖ, Head of the Division of Administration and Protocol, Constitutional Court, Vilnius

LUXEMBOURG

M. Georges SANTER, Président honoraire, Cour constitutionnelle, Luxembourg

“THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA” / “L’EX-RÉPUBLIQUE YUGOSLAVE DE MACÉDOINE”

Ms Tatjana JANJIC-TODOROVA, State Adviser for International Co-operation, Constitutional Court, Skopje

MONTENEGRO / MONTÉNÉGRO

Ms Nerma DOBARDŽIĆ, Adviser, Constitutional Court, Podgorica

Ms Zorka KARADŽIĆ, Adviser, Constitutional Court, Podgorica

NETHERLANDS / PAYS-BAS

Ms Marjolein SWAANENBURG VAN ROOSMALEN h.j.th., Co-president of the Joint Council on Constitutional Justice, Senior Legal Adviser, Council of State, The Hague

PERU / PÉROU

Mr Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Judge, Constitutional Court, Arequipa

PORTUGAL

Ms Cláudia REDINHA, Senior Officer, External Relations Bureau, Lisbon

ROMANIA / ROUMANIE

Ms Mihaela Senia COSTINESCU, Assistant-Magistrate-in-Chief, Constitutional Court, Bucharest

RUSSIA / RUSSIE

Mr Sergei SERGEVNIN, Head of the Department of International Relations, Constitutional Court, St Petersburg

SERBIA / SERBIE

Ms Verica JAKOVLJEVIĆ, Senior Legal Adviser, Constitutional Court, Belgrade

SLOVAKIA / SLOVAQUIE

Mr Igor MIHALIK, Analyst/Researcher, Constitutional Court, Košice

Mr Tomáš PLŠKO, International Relations Department, Constitutional Court, Košice

SLOVENIA / SLOVÉNIE

Ms Tina PREŠEREN, Head of the Analysis and International Co-operation Department, Constitutional Court, Ljubljana

Ms Vesna BOŽIČ STAJNPIHLER, Legal Adviser, Constitutional Court, Ljubljana

SWITZERLAND / SUISSE

M. Ulrich MEYER, Président, Tribunal fédéral, Lausanne

Ms Monique JAMETTI GREINER, Membre suppléant de la Commission de Venise, Juge fédérale, Tribunal fédéral, Lausanne

M. Paul TSCHÜMPERLIN, Secrétaire général, Tribunal fédéral, Lausanne

M. Michel RIEDO, Chef de l'information juridique et de documentation, Tribunal fédéral, Lausanne

Ms Irène ZÜRCHER, Chef du service des publications, Tribunal fédéral, Lausanne

Ms Sandra PERBOS, Juriste, Tribunal fédéral, Lausanne

Ms Susanna VASSAUX, Juriste, Tribunal fédéral, Lausanne

Ms Andrea WEBER POLZ, Chef du bureau du Secrétariat général, Tribunal fédéral, Lausanne

M. Marc-Antoine BOREL, Adjoint au Secrétaire général, Tribunal fédéral, Lausanne

TURKEY / TURQUIE

Mr Mühacit AYDIN, Rapporteur Judge, Constitutional Court, Ankara

UKRAINE

Mr Serhiy HOLOVATY, Member of the Venice Commission, Judge, Constitutional Court, Kiev

Ms Olga KRAVCHENKO, Deputy Head of Communications and International Co-operation Directorate, Constitutional Court, Kiev

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS / COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Ms Ana VILFAN VOSPERNIK, Senior Lawyer, Registry, Strasbourg, France

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION / COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Ms Maria Pilar NUÑEZ-RUIZ, Lawyer-Administrator, Luxembourg

SPECIAL GUESTS / INVITÉS D'HONNEUR

CONFERENCE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTIONS OF AFRICA (CCJA) / CONFERENCE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES (CJCA)

M. Maman Sani ABOUDOU SALAMI, Secrétaire général de la CJCA, Juge, Cour constitutionnelle, Lomé, Togo

M. Moussa LARABA, Secrétaire général adjoint de la CJCA, Alger

INDONESIA / INDONÉSIE

Ms Dewi Nurul SAVITRI, Registrar, Constitutional Court, Jakarta Pusat

JORDAN / JORDANIE

Mr Nizar KHRABSHEAH, Director, Public Relation and International Co-operation, Constitutional Court, Amman

SECRETARIAT / SECRÉTARIAT

VENICE COMMISSION / COMMISSION DE VENISE

Mr Schnutz Rudolf DÜRR

Ms Tanja GERWIEN

Mr Ziya TANYAR

Ms Jayne APARICIO

INTERPRETERS / INTERPRÈTES


Kiersten WEEKS

Starr PIROT



Joint Council on Constitutional Justice

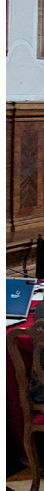
In order to steer cooperation between the constitutional courts and the Venice Commission, the Venice Commission established the Joint Council on Constitutional Justice (JCCJ), which is composed of members of the Venice Commission and the liaison officers, appointed by the constitutional courts. The JCCJ has a double presidency, which means that its meetings are co-chaired. One of the chairs is a member of the Venice Commission, elected by the Commission at a plenary session and the other is a liaison officer, elected by the liaison officers during the meetings of the JCCJ. The mandates of the two co-chairs run for two years each. The constitutional courts and councils and supreme courts with constitutional jurisdiction participating in the Joint Council thus have a very strong role in determining the Venice Commission's activities in the field of constitutional justice.

The geographical scope of the Joint Council covers the Venice Commission member states, associate member states, observer states and states or entities with a special cooperation status which is equivalent to that of an observer (South Africa, Palestine). Within the JCCJ, all participating courts – whether from member or observer states – benefit from the same type of cooperation. The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights participate in the Joint Council as well. 

The meetings of the JCCJ usually focus on the publication of the Bulletin on Constitutional Case-Law, the production of the CODICES database, the Venice Forum (Classic, Newsgroup, Observatory) and on the cooperation with regional and linguistic groups of constitutional courts as well as the World Conference on Constitutional Justice.

The meetings of the JCCJ are generally followed by a “mini-conference” on a topic in the field of constitutional justice, chosen by the liaison officers during which they present the relevant case-law of their courts (e.g. “Gender, Equality and Discrimination” in 2018).

The JCCJ meets once a year, at the invitation of one of the participating courts (June 2018: Lausanne, Switzerland). Every third year the JCCJ meets in Venice, either before or after a plenary session of the Venice Commission.





The Venice Commission

The Venice Commission – the full name of which is the European Commission for Democracy through Law – is an advisory body of the Council of Europe on constitutional matters. Its primary role is to provide legal advice to its member states and, in particular, to help states wishing to bring their legal and institutional structures into line with European standards and international experience in the fields of democracy, human rights and the rule of law. It also contributes to the dissemination and consolidation of a common constitutional heritage and provides “emergency constitutional aid” to states in transition.

MEMBERS STATES:

Albania (1996), **Algeria (2007)**, Andorra (2000), Armenia (2001), Austria (1990), Azerbaijan (2001), Belgium (1990), Bosnia and Herzegovina (2002), **Brazil (2009)**, Bulgaria (1992), **Chile (2005)**, **Costa Rica (2016)**, Croatia (1997), Cyprus (1990), Czech Republic (1994), Denmark (1990), Estonia (1995), Finland (1990), France (1990), Georgia (1999), Germany (1990), Greece (1990), Hungary (1990), Iceland (1993), Ireland (1990), **Israel (2008)**, Italy (1990), **Kazakhstan (2011)**, **Kosovo (2014)**, **Kyrgyzstan (2004)**, Latvia (1995), Liechtenstein (1991), Lithuania (1994), Luxembourg (1990), Malta (1990), **Mexico (2010)**, Republic of Moldova (1996), Monaco (2004), Montenegro (2006), **Morocco (2007)**, Netherlands (1992), Norway (1990), **Peru (2009)**, Poland (1992), Portugal (1990), **Republic of Korea (2006)**, Romania (1994), Russian Federation (2002), Serbia (2003), Spain (1990), Slovakia (1993), Slovenia (1994), San Marino (1990), Sweden (1990), Switzerland (1990), “The former Yugoslav Republic of Macedonia” (1996), **Tunisia (2010)**, Turkey (1990), Ukraine (1997), United Kingdom (1999), **USA (2013)**.

ASSOCIATE MEMBER:

Belarus (1994)

OBSERVER STATES:

Argentina (1995), Canada (1991), Holy See (1992), Japan (1993), Uruguay (1995)

PARTICIPATING INTERNATIONAL ORGANISATIONS:

European Union, OSCE/ODIHR

STATES WITH SPECIAL CO-OPERATION STATUS:

Palestinian National Authority (2008), South Africa (1993)

FOR MORE INFORMATION PLEASE CONTACT:

Schnutz Rudolf DÜRR
Secretary General of the World Conference on Constitutional Justice
Head of Constitutional Justice Division
Venice Commission
Council of Europe - DGI
F 67075 Strasbourg - France
Tel. +33 388 41 39 08
E-mail: Schnutz.Durr@CoE.int

www.venice.coe.int/WCCJ
www.codices.coe.int

www.coe.int

The Council of Europe is the continent's leading human rights organisation. It comprises 47 member states, 28 of which are members of the European Union. All Council of Europe member states have signed up to the European Convention on Human Rights, a treaty designed to protect human rights, democracy and the rule of law. The European Court of Human Rights oversees the implementation of the Convention in the member states.



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE