



**HAL**  
open science

## Droit et Politique Européenne du Genre et de l’Orientation Sexuelle

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Droit et Politique Européenne du Genre et de l’Orientation Sexuelle. International Symposium on the Comparative Perspectives of Gender Law and Politics, Miyoko Tsujimura, Nov 2004, Sendai Japon. hal-01238694

**HAL Id: hal-01238694**

**<https://hal.science/hal-01238694>**

Submitted on 9 Dec 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## II

# PAPERS

## 1

# Droit et Politique Européenne du Genre et de l'Orientation Sexuelle

Daniel BORRILLO

*Maître de Conférences à l'Université Paris 10*



### Introduction

Les instruments juridiques et politiques de lutte contre les discriminations fondées sur le genre et l'orientation sexuelle peuvent être analysés de manière parallèle. Si les premiers ont existé pratiquement depuis la naissance de la communauté européenne, ceux relatifs à l'orientation sexuelle constituent la dernière étape du processus politique européen de lutte contre les discriminations. La nouveauté de ces derniers ainsi que la filiation par rapport au genre me mènent à les analyser d'une manière plus approfondie. Pour moi, il n'y pas de politique de l'orientation sexuelle sans politique du genre. La dissociation entre sexualité et reproduction produite par le mouvement féministe a permis de considérer comme légitimes d'autres formes de sexualité non reproductive et tout particulièrement l'homosexualité. Le Genre est donc un préalable à l'orientation sexuelle. À la différence de ce qui a été décidé par la Cour Européenne des droits de l'homme (Strasbourg), la Cour de justice de l'Union Européenne (Luxembourg) a estimé que la notion de sexe ne protège pas contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Cette interprétation, comme nous allons le voir, a ouvert la voie à une discussion politique qui a débouché sur la mise en place d'un dispositif juridique et d'une politique spécifique pour l'orientation sexuelle.

Dans la perspective générale des garanties politiques données aux minorités en Europe, la question de l'orientation sexuelle, en tant que forme spécifique de protection des homosexuel/les, constitue un élément nouveau dans l'action publique antidiscriminatoire.

Depuis la première requête auprès de la Commission des droits de l'homme en 1955, jusqu'à l'élaboration de l'article 13 du Traité de Rome (modifié en 1997 par le Traité d'Amsterdam) et de la directive communautaire relative à l'égalité d'orientations sexuelles en matière d'emploi (2000), plusieurs protagonistes politiques - acteurs publics, organisations non-gouvernementales, plaignants, consommateurs, intellectuels, etc. - ont fait de la "question homosexuelle" un véritable enjeu public dans la construction de l'Europe des citoyens.

C'est après le traitement des problèmes plus classiques tels que le racisme, l'antisémitisme ou la xénophobie que les discriminations fondées sur le sexe, et plus tard celles fondées sur l'orientation sexuelle, deviennent un problème susceptible d'être traité par les instruments juridiques traditionnels de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À une première étape d'action judiciaire - organisée principalement à partir des requêtes individuelles auprès des organes d'application de la Convention européenne des droits de l'homme - succède une phase déclarative, caractérisée par l'énonciation de principes provenant d'autorités politiques telles que le Conseil de l'Europe et le Parlement européen. Ce n'est que très récemment qu'un véritable programme d'action politique, s'inscrivant pleinement dans l'agenda de la Commission européenne, a succédé aux déclarations de principes.

De l'émergence du problème jusqu'à la prise en compte par les politiques institutionnelles, en passant par sa rationalisation juridique (effectuée tout au long d'un processus d'interaction individuelle, associative et judiciaire), la construction socio-politique de la notion d'orientation sexuelle apparaît comme un révélateur des transformations profondes de matrices paradigmatiques relatives à la liberté individuelle. Considérée comme une infraction par l'ensemble des codes pénaux européens jusqu'aux années 1980 (allant de la contravention au crime), l'homosexualité est aujourd'hui non seulement tolérée mais, en tant que manifestation du pluralisme sexuel, elle est progressivement protégée contre toute intervention discriminatoire de la part des États et/ou des individus. Ce profond bouleversement ainsi que les conséquences politiques qu'il a entraîné dessinent les perspectives des actions publiques européennes contre les discriminations envers les lesbiennes, les bisexuel/les et les gays.

En vingt ans nous sommes passés en Europe de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie.

## Évolution

Les premières mesures antidiscriminatoires envisagées par les États concernaient principalement la liberté religieuse et la protection des minorités.

Après les actions spécifiques en faveur des minorités religieuses, ethniques et linguistiques, la question des femmes devient l'objet principal des politiques antidiscriminatoires au niveau international. La signature de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979) constitue une étape fondamentale dans le long processus politique d'égalité des sexes.

C'est dans la continuité du mouvement pour l'égalité des femmes que le débat et l'action politique de protection des homosexuel/les s'inscrit. Toutefois, à la différence des politiques antidiscriminatoires plus classiques, au moment de l'élaboration d'une stratégie internationale de sauvegarde des libertés fondamentales, aucune disposition ne fut consacrée à la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Après la deuxième guerre mondiale et malgré le fait que les homosexuels comptaient parmi les victimes de la violence nazie, aucune disposition protectrice ne fut adoptée.

En raison de la pratique jurisprudentielle, les dispositions juridiques générales ont été pendant longtemps insuffisantes, voire complètement stériles. Ce n'est qu'au cours des vingt dernières années qu'une tentative de protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle s'ébauche. Par la voie indirecte du recours aux notions classiques de "vie privée", de "non-discrimination" ou de "liberté d'expression", par les appels à l'application du principe d'égalité ou encore par l'introduction spécifique de la notion d'orientation sexuelle dans un nouveau traité de l'Union Européenne, aussi bien la Grande Europe (celle de quarante six membres du Conseil de l'Europe) que l'Union Européenne, s'engagent aujourd'hui dans la construction d'un domaine juridique de protection de l'orientation sexuelle.

En très peu de temps un changement radical s'est opéré : d'une infraction pénale, l'homosexualité est devenue non seulement un comportement licite mais désormais toute attitude d'hostilité à l'égard des gays ou des lesbiennes est sanctionnée par le droit européen. Si jusqu'au début des années 1980 la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH) continuait à justifier la pénalisation totale des rapports homosexuels entre adultes

consentants, actuellement cette même Cour condamne une telle criminalisation (en tant qu'ingérence non justifiée de l'État dans la sphère de la vie privée) et qui plus est, l'homophobie est en passe de devenir un comportement susceptible d'une sanction pénale. Nous sommes donc face à un processus progressif : d'abord justification de la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants en privé ; ensuite, dépénalisation de cette situation en accentuant néanmoins l'idée que tolérer ne signifie nullement approuver ou reconnaître l'homosexualité ; puis condamnation des traitements différenciés et enfin esquisse de reconnaissance de la "vie familiale".

Afin d'analyser cette évolution (allant de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie, en passant par la dépénalisation partielle des actes homosexuels et par la reconnaissance embryonnaire d'une vie familiale pour les couples de même sexe), nous avons regroupé l'ensemble des mesures en quatre parties : a) Hard law : sources obligatoires du droit européen (Grande Europe : *Convention Européenne des droits de l'homme*, jurisprudence de l'ancienne Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH). b) Sources contraignantes du droit communautaire (Europe des vingt cinq membres : Traités constitutifs de l'Union, jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, CJCE). c) Soft law : déclarations de principe du Conseil de l'Europe (Recommandations, avis...). Enfin, d) Résolutions du Parlement Européen. Enfin nous évoquerons la question de la protection des discriminations au niveau national.

## Hard Law

La première étape d'une évolution lente et inachevée vers l'égalité des droits, consista en la dépénalisation des conduites homosexuelles. Bien que la Révolution française ait écarté le crime de sodomie du code pénal de 1791, plusieurs pays européens continuèrent à punir les actes homosexuels entre adultes consentants. Ainsi, entre 1955 et 1977, la jurisprudence européenne a considéré que, si la vie sexuelle relevait du domaine de la "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme, la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants ne constituait pas une violation de la vie privée car elle était justifiée par des motifs tenant à la "protection de la santé et la morale" ou à la "protection des droits des tiers et à la protection sociale". En effet, la Commission déclarait que "la convention permet à un État contractant de punir l'homosexualité, le droit au respect de la vie privée pouvant faire l'objet, dans une société démocratique, d'une ingérence prévue par la loi pour la protection de la santé et de la morale".

Pour la première fois, vingt-six ans après le rejet de la première requête soumise à la Commission, le 22 octobre 1981 la Cour considéra que la loi pénale de l'Irlande du Nord condamnant les relations entre personnes de même sexe, constituait une violation de l'article 8 relatif au respect de la vie privée<sup>1</sup>. Suite à la décision de la Cour, l'Irlande du Nord dépénalisa les actes homosexuels entre adultes consentants majeurs de 21 ans. Toutefois, comme le rappelle la Cour, "dépénaliser ne veut pas dire approuver mais éliminer les aspects injustifiables de la législation pénale". Le 26 octobre 1988 dans l'arrêt, *Norris c/ Irlande* ainsi que dans l'affaire *Modinos c/ Chypre* du 22 avril 1993, la Cour confirma la violation de l'article 8 et condamna respectivement l'Irlande et Chypre en les obligeant à abroger leur législation répressive.

Bien que la pénalisation des actes homosexuels entre adultes soit considérée comme une ingérence injustifiée, les juges européens ont considéré pendant longtemps que le maintien de la différence d'âge du consentement entre homosexuels et hétérosexuels était justifiée. Cependant, dans une décision non-contraignante<sup>2</sup>, la Commission a estimé pour la première fois que la différence d'âge entre rapports hétérosexuels et homosexuels n'est plus justifiée dans une société démocratique. Cette interprétation a été confirmée par la cour en 2003 dans deux décisions (*L V c. Autriche et SL c. Autriche*).

Dans la situation actuelle du droit positif européen, (grande Europe) la dépénalisation des comportements homosexuels entre deux adultes consentants semble acquise. En ce sens, tout pays signataire de la Convention européenne des droits de l'homme doit procéder à la dépénalisation de l'homosexualité pour pouvoir intégrer le Conseil de l'Europe<sup>3</sup>.

Une évolution jurisprudentielle favorable à l'égalité des sexualités semble se profiler : alors que depuis 1997 la Commission estime que le maintien d'un âge différent pour le consentement aux relations homosexuelles n'est plus justifié par aucun motif "objectif et raisonnable"<sup>4</sup> (doctrine confirmée par les arrêts contre l'Autriche en 2003), d'autres décisions dans des domaines très sensibles, tels que l'armée et la famille, laissent entrevoir une volonté de protection plus accrue à l'égard des homosexuel/les. En effet, si pendant longtemps la pénalisation des actes homosexuels commis par des militaires a été justifiée par la jurisprudence<sup>5</sup>, dans une décision de 1999 la Cour<sup>6</sup> stipule que "ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants (militaires) ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense (britannique) ne se justifiaient au regard de l'article 8 de la Convention. Partant il y a eu violation de l'article 8".

De même, l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, marque un nouveau tournant dans l'évolution de la jurisprudence européenne. Pour la première fois dans une requête concernant directement la "vie familiale", la Cour considère qu'il y a discrimination basée sur l'orientation sexuelle<sup>7</sup> dans l'attribution de l'autorité parentale à la mère au détriment du père au motif que celui-ci était homosexuel et vivait avec un autre homme.

En décidant qu'il y a en même temps violation de la vie familiale et discrimination, la Cour institue une double protection : contrairement à sa doctrine précédente, un homosexuel pourrait être désormais protégé dans sa "vie familiale" et aucun argument autour de l'orientation sexuelle articulé *in abstracto* ne sera entendu par la Cour (y compris dans les affaires familiales). Si le lien de filiation entre une personne et son père homosexuel est ainsi protégé par la Convention, pour ce qui concerne la création d'un lien de filiation *ex-nihilo* par adoption, la Cour demeure réticente. En effet, dans l'affaire *Frette c. France* (2002), les juges strasbourgeois donnent raison au Conseil d'État français lorsque celui-ci confirme le refus d'agrément à l'adoption plénière par un individu homosexuel, malgré les qualités matérielles et morales du requérant.

Le 24 juillet 2003, la Cour opère un changement révolutionnaire dans sa jurisprudence en condamnant l'Autriche à cause de l'interprétation de la notion de «vie commune» faite par la Cour suprême afin de refuser le transfert du bail dans le cas de décès du compagnon de même sexe. Les juges de Strasbourg considèrent que le refus du transfert du bail constitue une violation au respect de la vie privée (art. 8) et un traitement discriminatoire (art. 14). Cette condamnation constitue une avancée capitale car il ne s'agit plus de protéger l'individu homosexuel dans sa sphère intime mais d'élargir cette protection à sa vie de couple.

#### b) Sources contraignantes du droit communautaire

Pendant longtemps le droit communautaire s'est désintéressé du sort des gays et des lesbiennes, ce type d'affaires est traité traditionnellement par la Cour de Strasbourg. Le 30 avril 1996 la situation change sensiblement lorsqu'une femme transsexuelle réussit à convaincre la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)<sup>8</sup> que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe<sup>9</sup>. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels on aurait pu imaginer qu'une telle protection puisse être élargie aux gays, lesbiennes et bisexuel/les. Ce fut l'argument développé par l'avocat de Lisa Grant, une femme lesbienne qui décida de saisir la CJCE en invoquant l'article 119 du traité

de Rome sur l'égalité de traitement des sexes<sup>10</sup>. L'avocat général de la CJCE, suivant les arguments de l'avocat de la demanderesse, a considéré que la notion de discrimination fondée sur le sexe pouvait également comprendre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, en comparant la situation de Lisa Grant à celle d'un homme hétérosexuel, l'avocat général conclut que c'est le sexe de Mme Grant qui est à l'origine de la discrimination et non pas le fait qu'elle soit lesbienne. Effectivement, si la requérante avait été un homme et non pas une femme, elle aurait pu bénéficier des avantages découlant de sa vie de couple avec une femme. Partant de là, il s'agit d'une discrimination fondée sur le sexe entrant dans le domaine de compétence de la CJCE. Bien que la CJCE suive généralement l'opinion de son avocat, dans l'affaire Grant la cour s'en est éloignée en reprenant l'analyse traditionnelle selon laquelle il n'y aurait pas de discrimination fondée sur le sexe mais sur l'orientation sexuelle, écartant ainsi sa juridiction. Cette interprétation de la CJCE a révélé la nécessité d'instruments spécifiques de protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit communautaire. C'est la voie empruntée par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997 lorsqu'il introduit un nouvel article 13 ainsi rédigé : "Sans préjudice des autres compétences qui sont conférées à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre toute action appropriée pour combattre la discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle". Ce principe a vu son application dans une directive communautaire<sup>11</sup> relative à la discrimination en matière d'emploi qui interdit toute forme de différenciation arbitraire fondée sur l'orientation sexuelle de l'employeur.

#### c) Déclarations de principe du Conseil de l'Europe

Au niveau de l'Union Européenne ce n'est que très récemment que la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle est formellement instituée. Le Conseil de l'Europe est, depuis longtemps quant à lui à l'origine de plusieurs déclarations de principe et recommandations. Le 8 juillet 1981, le conseil présente un rapport invitant à l'O.M.S à supprimer l'homosexualité de sa classification des maladies mentales. La perspective libérale du document tendait à "l'égalité des êtres humains et la défense de droits de l'homme" en respectant dans l'individu ses préférences sexuelles. Par la suite, une recommandation 924 (1981) et une résolution relative à la discrimination à l'égard des homosexuels reprirent en partie les propositions avancées dans le rapport, mettant l'accent sur la dépénalisation et la démedicalisation de l'homosexualité.



Le 26 janvier 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis un avis selon lequel il serait souhaitable d'ajouter l'orientation sexuelle à la liste des formes de discrimination "particulièrement odieuses" visées par la Convention<sup>12</sup>. La même année une recommandation voit le jour et dénonce les discriminations dont sont encore victimes les homosexuels et invite les États, à adopter entre autres une législation prévoyant le partenariat enregistré<sup>13</sup>.

#### d) Résolutions du Parlement Européen

Au niveau de la petite Europe, c'est le Parlement européen qui a davantage traité la question. Ainsi, le 13 mars 1984 il vota une résolution concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de travail<sup>14</sup>. Le terme "sexe" est utilisé dans un sens large, car il s'agit explicitement de veiller à la non-discrimination des homosexuel/les. Deux ans plus tard, le 13 mars 1986, il adopta une résolution invitant les États membres à abolir, dans leur législation nationale, toutes les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels et d'instaurer des législations antidiscriminatoires. Le 11 juin 1986, le Parlement demanda que le principe d'égalité des statuts civils et des préférences sexuelles soit clairement énoncé par les lois nationales.

Le 8 février 1994, une résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne est approuvée par le Parlement<sup>15</sup>. Elle invite les États membres à établir les mêmes limites d'âge pour les comportements homosexuels et hétérosexuels, à protéger les gays et les lesbiennes contre toute forme de discriminations et à encourager et soutenir financièrement les associations homosexuelles. La résolution propose également de "mettre un terme notamment à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes, ainsi qu'à toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants".

Depuis, nombreuses sont les recommandations et les résolutions<sup>16</sup> demandant aux États européens et à la Commission de Bruxelles d'abroger sans délais toute disposition législative violant les droits de l'homme des gays et des lesbiennes, en particulier celles qui prévoient des différences d'âge pour les rapports homosexuels, ainsi qu'à tenir compte du respect des droits des homosexuels lors des négociations relatives à l'adhésion des pays candidats.

Le traitement de l'orientation sexuelle en tant que motif prohibé de différenciation semble clore une première étape judiciaire et politique caractérisée par l'action de la CEDH dans le

processus de dépénalisation de l'homosexualité ainsi que par les déclarations de principe du Conseil de l'Europe.

La question demeure de savoir quelles seront les attributions futures de l'Union en matière de discriminations. Si, en ce qui concerne l'emploi, sa compétence est clairement établie, dans les autres matières (services, éducation, famille, santé, logement...) l'Union la partage avec les États membres.

En fonction de l'évolution des législations nationales et par l'interaction entre l'ensemble des organisations européennes étatiques ou non-gouvernementales, un corpus juridique et une action politique restent donc à construire. **La nouvelle constitution de l'Union Européenne adoptée en juin 2004 reprend les dispositifs protecteurs des traités constitutifs de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux.**

Enfin, si historiquement la grande Europe a influencé la petite Europe, cette dernière pourrait dorénavant devenir le moteur d'une véritable action politique non seulement pour ses vingt cinq membres mais également pour l'ensemble du continent européen.

- 1 Arrêt *Dudgeon c/ Royaume Uni et Irlande du Nord*, Série A n° 45.
- 2 *Sutherland c/ Royaume-Uni*, 1 juillet 1997.
- 3 Avis n° 176 1993 de l'Assemblée Parlementaire relatif à la demande d'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe.
- 4 L'affaire *Sutherland* marque un tournant dans la jurisprudence européenne, en ce sens que pour la première fois la question homosexuelle est présentée sous l'angle de l'égalité et non plus sur celui de la privacité.
- 5 Dans sa décision du 12 octobre 1983 la Commission estime que, si la répression pénale d'actes homosexuels commis en privé entre hommes consentants constitue une "ingérence" dans l'exercice du droit à la vie privée, s'agissant de militaires, même âgés de plus de 21 ans, cette ingérence peut être considérée comme "nécessaire à la protection de la morale et de la défense de l'ordre".
- 6 *Smith et Grady c Royaume-Uni*. Dans l'affaire *Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999, la Cour arrive aux mêmes conclusions.
- 7 La Cour affirme : "notion qui est couverte à ne pas en douter par l'article 14 de la Convention".
- 8 Affaire *P. c/S. Cornwall Country Council*.
- 9 Et donc une violation de la directive 76/207 relative à l'égalité dans le milieu du travail.
- 10 Un argument similaire fut utilisé par l'avocat d'un employé gay de la Royal Marine Britannique lorsqu'il invoqua une discrimination fondée sur le sexe et demanda l'application de l'article 5 de la directive 76/207/CBE (concernant les discriminations relatives aux conditions de licenciement).
- 11 Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. La directive complète le dispositif juridique français. Les principales mesures exigées par la directive ont été adoptées dans la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations mais aussi par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 introduisant l'interdiction du harcèlement moral. Ces deux lois sont intégrées dans les codes (principalement le code du

- travail et dans une moindre mesure dans le code pénal).
- 12 Avis n° 216 (2000) Projet de protocole n° 12 à la Convention Européenne des droits de l'homme.
  - 13 Recommandation 1474 (2000) sur la Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe.
  - 14 J.O. n° C 104 du 16-4-84, p. 46.
  - 15 A3-0028/94, JOCE du 28 février 1994.
  - 16 JOC 320 du 28/10/1996, p. 36; JOC 320 du 28/10/1996 p. 197; JOC 132 du 24/4/1997, p. 31; JOC du 16/3/1998 et Résolution B4-824 et 0852/98 du 17 décembre 1998 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union Européenne.