



HAL
open science

L'orientation sexuelle en Europe

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. L'orientation sexuelle en Europe: Esquisse d'une politique publique antidiscriminatoire. Les Temps Modernes, 2000, Différences des sexes et ordre symbolique, 55 (609). hal-01242636

HAL Id: hal-01242636

<https://hal.science/hal-01242636>

Submitted on 13 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.

Daniel Borrillo

L'ORIENTATION SEXUELLE EN EUROPE
ESQUISSE D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE ANTIDISCRIMATOIRE

INTRODUCTION

Dans la perspective générale des garanties politiques données aux minorités, 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), 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.

Cet article tente de mettre en lumière les raisons qui ont permis de concevoir l'homosexualité, à partir des matrices cognitive et normative de type antidiscriminatoire, comme relevant de la logique des droits de l'homme. En effet, 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 fondamentales¹.

1. Cette réflexion porte uniquement sur l'évolution du droit européen, et non sur ses diverses interprétations ou applications dans les instances et les jurisprudences nationales.

A une première étape d'action judiciaire — organisée principalement à partir des requêtes individuelles auprès des organes d'application de la Convention européenne — 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 sociopolitique 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 changement de perspective ainsi que les conséquences politiques qu'il a entraînées dessinent les grandes lignes des actions publiques européennes contre les discriminations envers les lesbiennes, les bisexuel/les et les gays.

ÉVOLUTION

I. Les différentes formes de discriminations

Dans sa conception classique, le principe de non-discrimination signifie la réprobation, voire la sanction des pratiques classificatoires permettant de déroger au droit commun. L'ensemble des conventions internationales, des chartes et des constitutions modernes considèrent la lutte contre les discriminations comme une obligation majeure de l'État démocratique. Le principe de non-discrimination complète ainsi le principe d'égalité, en ce sens que la réalisation de l'égalité suppose la suppression de toute forme de différenciation arbitraire.

Les premières mesures antidiscriminatoires envisagées par les Etats concernaient principalement la liberté religieuse et la protection des minorités. Après la Première Guerre mondiale, la Société des Nations a joué un rôle central dans la création d'un mécanisme international de protection des minorités ethniques, linguistiques ou religieuses, dont plusieurs redoutaient que l'ordre d'après guerre ne mette en danger la survie de leur civilisation et de leur identité. Le rôle de la Société des Nations fut celui de garant des engagements pris par les Etats à travers l'élaboration d'un système permettant de recueillir les plaintes des minorités. La situation des étrangers a également constitué une des principales préoccupations politiques des Etats. Le droit international traditionnel avait très tôt reconnu que ceux-ci devaient traiter les étrangers en conformité avec certaines règles morales et de justice. Ainsi, lorsque les Etats modernes ont décidé que les individus devaient bénéficier de droits fondamentaux sans condition de nationalité, les normes de fond sur le statut des étrangers ainsi que la responsabilité internationale concernant le respect de cette condition ont servi de référence pour l'élaboration des règles antidiscriminatoires.

Après la Deuxième Guerre mondiale, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948), les *Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966) et la *Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme* (1950) proclament la non-discrimination dans la jouissance des droits fondamentaux. Plus tard, la lutte contre les discriminations commence à s'élargir à d'autres domaines et notamment la race. La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 21 décembre 1965, constitue une étape fondamentale dans l'affirmation du principe d'égalité. Ainsi, les Etats signataires de la convention s'engagent à prendre des mesures afin d'éliminer toute discrimination raciale. Des programmes d'action temporaire ainsi que des mesures spécifiques commencent à être adoptés pour favoriser des groupes minoritaires.

Alors que l'équité demeure en théorie une obligation politique de l'Etat, la création d'un droit protecteur et égalitaire ne suffit pas à rendre effective cette obligation. La solution de l'*affirmative action*, consistant à promouvoir les membres des groupes historiquement discriminés, commence alors à s'imposer. Parallèlement à l'action du *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, les Etats-

Unis mettent en place une politique antidiscriminatoire vis-à-vis des minorités ethniques, tendant à concrétiser le principe d'égalité. L'adoption en 1973 de la *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* renforce l'action publique nationale et internationale contre toutes les formes de ségrégation. Pour la première fois, les Etats s'obligent à soumettre périodiquement des rapports sur les mesures législatives, administratives ou autres qu'ils auront prises pour donner effet à ces dispositions.

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 des discriminations à l'égard des femmes* (1979) constitue une étape fondamentale dans le long processus politique d'égalité des sexes. La convention oblige les Etats à inscrire dans leurs constitutions le principe d'égalité des hommes et des femmes. Bien que ce principe eût été adopté par les principales constitutions modernes (en France depuis 1946), ce n'est qu'après la ratification de cette convention que les Etats commencent à prendre des mesures dans les domaines politique, social, économique et culturel pour assurer le plein développement et l'égalité effective des femmes. Le problème est cependant loin d'être résolu, le récent débat sur la parité en France montre bien les difficultés qu'il y a à mettre en place des mesures correctrices tendant à l'égalité réelle.

Dans les domaines classiques des discriminations fondées sur la religion, la nationalité et la race, ce sont d'abord les Etats et les organisations internationales qui ont su mobiliser les principales ressources juridiques et politiques en vue de la définition d'actions publiques égalitaires. En revanche, le mouvement des femmes apparaît comme le premier acteur social non étatique qui a été capable de devenir un acteur efficace dans l'élaboration des politiques antidiscriminatoires. Par ailleurs, depuis la fin des années 1960 s'est produit un élargissement des instruments de protection. Il n'est plus seulement question d'assurer l'égalité de droit, mais aussi de garantir l'égalité de chances. Cette notion dynamique recouvre des opérations de « discrimination positive » destinées à rendre effective l'égalité formelle. Les « plans d'égalité professionnelle » destinés à permettre aux femmes — par le biais de formations spécifiques — de rééquilibrer leur situation par rapport aux hommes, les promotions préférentielles des femmes dans la fonc-

tion publique, ou la parité dans la représentation politique, sont autant d'exemples d'actions publiques positives en faveur d'une partie de la population historiquement discriminée.

II. *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle*²

C'est dans la continuité de ce mouvement que le débat et l'action politique de protection des homosexuel/les s'inscrivent. En revanche, 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. Et ce, alors même que les homosexuels comptaient également parmi les victimes de la violence nazie.

On cherchera ainsi en vain dans les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme une disposition ou une référence spécifique à l'homosexualité. Ni les textes à valeur universelle tels la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU, 1948) et les deux *Pactes internationaux* (ONU, 1966), ni ceux à portée régionale comme la *Convention américaine des droits de l'homme* (OEA, 1969) ou encore la *Charte africaine des droits de l'homme et*

2. L'orientation sexuelle est définie comme le désir affectif et sexuel, l'attraction érotique qui peut porter sur les personnes du même sexe (orientation sexuelle homosexuelle) ; sur les personnes de l'autre sexe (orientation sexuelle hétérosexuelle) ou indistinctement sur l'un ou l'autre sexe (orientation sexuelle bisexuelle). Je n'aborde pas ici la question transsexuelle ou celle du travestissement. Ces phénomènes relèvent d'une autre problématique liée au sexe apparent ou aux codes vestimentaires, et non pas de l'orientation sexuelle à proprement parler. De même l'orientation sexuelle ne recouvre pas des situations telles que la pédophilie, l'inceste ou la prostitution, ces phénomènes se réfèrent à la question plus générale de la liberté et de la violence sexuelle. L'orientation sexuelle peut être aussi bien le comportement sexuel et/ou affectif que l'identité sexuelle servant à définir subjectivement la personnalité. L'orientation sexuelle peut être considérée comme une conduite choisie (apparentée à la liberté religieuse) ou un statut prédéterminé (apparenté à la race). Ainsi, qu'elle soit une pratique, une attitude, une attraction, un statut ou une identité réelle ou supposée, l'orientation sexuelle doit être protégée avec la même vigueur dans tous les cas de figure.

des peuples (OUA, 1981) n'aborderont la question. En outre, alors qu'au fil des ans la liste des droits protégés par la *Convention européenne* a été progressivement complétée par le biais de protocoles additionnels, aucune norme ou disposition nouvelle ne se réfère à l'homosexualité en tant que telle.

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 timide 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 le nouveau traité de l'Union européenne, aussi bien la grande Europe (celle de quarante membres du Conseil de l'Europe) que l'Union européenne semblent s'engager aujourd'hui dans la construction d'un domaine juridique encore embryonnaire de protection de l'orientation sexuelle.

En peu de temps, un changement significatif s'est opéré : d'une infraction pénale, l'homosexualité est devenue non seulement un comportement licite, mais désormais toute attitude d'exclusion 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'Etat dans la sphère de la vie privée), et qui plus est, l'homophobie est en passe de devenir un objet de pénalisation. 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 proposition de 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 : 1) Sources obligatoires du droit européen (grande Europe : Convention européenne des droits de l'homme, jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH). 2) Sources contraignantes du droit communautaire (Europe des quinze membres : Traités constitutifs de l'Union, jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, CJCE). 3) Déclarations de principe du Conseil de l'Europe (Recommandations, avis etc.). Enfin, 4) Résolutions du Parlement européen.

a) *Sources obligatoires du droit européen*

La première étape d'une évolution lente et inachevée vers l'égalité de 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 pour des motifs tenant à la « protection de la santé et de 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 Etat 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 annonça que la loi pénale de l'Irlande du Nord, condamnant les relations entre personnes de même sexe, constitue une violation de l'article 8 relatif au respect de la vie privée³. 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

3. Arrêt *Dudgeon c/Royaume-Uni et Irlande du Nord*, Série A n° 45.

la Cour, « dépenaliser 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 confirmera la violation de l'article 8 et condamnera 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, constituant par conséquent une violation de la vie privée, les juges européens ont considéré, dans une jurisprudence constante, que le maintien de la différence d'âge du consentement entre homosexuels et hétérosexuels était justifié ainsi que la différence d'âge entre les rapports homosexuels masculins et féminins. Cependant, dans une décision non contraignante⁴, la Commission a récemment 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 n'a pas encore été confirmée par la Cour.

Dans la situation actuelle du droit positif européen (grande Europe), la dépenalisation 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 dépenalisation de l'homosexualité pour pouvoir intégrer le Conseil de l'Europe⁵. Cela étant, comme le signale la Cour, dépenaliser n'implique nullement reconnaître l'homosexualité ou, autrement dit, la banaliser au point qu'elle cesse de constituer une entrave à la jouissance des prérogatives consacrées par la Convention. Cette protection minimale, qui relève plus de la tolérance que d'une stricte application des principes d'égalité et de non-discrimination, a été le résultat d'une politique judiciaire de type consensualiste consistant à appliquer la Convention en fonction des situations existantes dans les pays signataires. Les nouveaux arrivants au Conseil, provenant principalement des pays dans lesquels l'homosexualité venait d'être dépenalisée, pourraient favoriser une interprétation conservatrice des notions telles que celles de « vie privée », de « vie familiale », de « droit au mariage » ou de « discrimination fondée sur le sexe ». Afin d'éviter une telle situation

4. *Sutherland c/Royaume-Uni*, 1^{er} juillet 1997.

5. Avis n° 176 1993 de l'Assemblée parlementaire relatif à la demande d'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe.

d'immobilisme, quelques solutions furent envisagées, par exemple introduire dans la Convention un protocole spécifique de protection de l'orientation sexuelle ou permettre à l'Union européenne d'adhérer à la Convention, rendant par conséquent la CJCE juridictionnellement compétente. Toutes ces propositions politiques ont échoué. Or, malgré ce consensualisme et de façon quelque peu surprenante, 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 »⁶, 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. Ainsi, si pendant longtemps la pénalisation des actes homosexuels commis par des militaires a été justifiée par la jurisprudence⁷, une décision récente de la Cour⁸ estime 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 pas au regard de l'article 8 de la Convention. Pourtant 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 sexuelle⁹ dans l'attribu-

6. 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.

7. 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 ».

8. *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.

9. La Cour affirme : « notion qui est couverte à ne pas en douter par l'article 14 de la Convention ».

tion de l'autorité parentale à la mère au détriment du père au motif que celui-ci était homosexuel et vivait avec un autre homme. De plus, les appréciations homophobes de la cour d'appel de Lisbonne sont sévèrement condamnées par la CEDH, pour laquelle « ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement portugais, ou de simples *obiter dicta*, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale ».

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).

b) Sources contraignantes du droit communautaire

Pendant longtemps le droit communautaire s'est désintéressé du sort des gays et des lesbiennes, situation traitée 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)¹⁰ que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe¹¹. 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 sexes¹².

10. Affaire *P. c/S. Cornwall Country Council*.

11. Et donc une violation de la directive 76/207 relative à l'égalité dans le milieu du travail.

12. Un argument similaire fut utilisé par l'avocat d'un employé gay de la Royal Marine britannique, lorsqu'il invoque une discrimination fondée sur le sexe et demande l'application de l'article 5 de la directive 76/207/CEE (concernant les discriminations relatives aux conditions de licenciement).

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 nouveau 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. » Certes, l'article n'est pas directement exécutable en ce qu'il ne crée pas de droits juridiquement protégés à la non-discrimination et ne donne la possibilité au Conseil de ministres que d'adopter les mesures qu'il juge nécessaires¹³. Il constitue néanmoins un progrès significatif dans la lutte contre cette forme spécifique de discrimination. D'ailleurs, la Commission vient de proposer un ensemble de mesures en trois

13. Lorsque le Conseil sera amené à examiner des mesures contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'obligation d'unanimité risque d'être particulièrement problématique puisque la question reste controversée dans plusieurs Etats membres. En effet, sept Etats membres sur quinze (Allemagne, Autriche, Belgique, Grèce, Italie, Portugal et Royaume-Uni) n'ont pas encore de loi antidiscriminatoire concernant l'orientation sexuelle.

volets ¹⁴ : une directive sur la discrimination en matière d'emploi qui interdirait de traiter un salarié différemment en raison de son origine raciale ou ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son âge, de son handicap ou de son orientation sexuelle ; une directive interdisant la discrimination en matière d'emploi, d'éducation, de Sécurité sociale, de sport et d'accès aux marchandises et aux services. Cela ne vaudra que pour la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique de la personne, et enfin un programme d'action visant à renforcer la coopération avec les Etats membres et la société civile. Ce volet serait conçu pour encourager les échanges d'expériences et la constitution d'un réseau entre les institutions et les associations qui œuvrent contre la discrimination dans l'ensemble de l'Union européenne. En cours de discussion, ces propositions pourraient devenir très prochainement des dispositions du droit positif européen.

c) Déclarations de principe du Conseil de l'Europe

Si au niveau de l'Union européenne des mesures obligatoires demeurent encore au stade de propositions, le Conseil de l'Europe est, quant à lui, à l'origine de plusieurs déclarations de principe et recommandations.

Le 9 octobre 1979, une commission dirigée par M. Voogd présenta une proposition de recommandation ¹⁵ qui avait pour objectifs « la protection morale et juridique des homosexuels », la « suppression des discriminations professionnelles et autres à leur égard et la jouissance de droits et facilités accordés à tous les citoyens ». La proposition fut adoptée par l'Assemblée parlementaire et un rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels fut remis le 8 juillet 1981. Le rapport proposait un projet de recommandation pour les Etats membres et un projet de résolution fut adressé à l'OMS, l'invitant à supprimer l'homosexualité de sa classification des maladies mentales. La perspective libérale du

14. Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions concernant un certain nombre de mesures communautaires de lutte contre les discriminations, JOCE C 369/3, 21/12/79.

15. Doc 4436.

document tendait à « l'égalité des êtres humains et à la défense des droits de l'homme » en respectant dans l'individu ses préférences sexuelles. Après un historique de la question et une synthèse de la situation sociale, politique et juridique en Europe, le rapport tente de définir l'homosexualité. En critiquant vivement des notions comme « troubles mentaux », « troubles sexuels » ou « déviation », le Conseil de l'Europe proposait de renoncer à tout type de définition médicale ou psychiatrique et de parler tout simplement de préférence sexuelle ¹⁶.

L'âge de consentement pour les actes sexuels n'est pas mentionné, « chaque société fixe cette limite en fonction du degré de maturité sociale et culturelle ». Néanmoins, souligne l'auteur, « on comprend moins bien les raisons pour lesquelles l'âge autorisé pour l'activité sexuelle devrait différer selon qu'il s'agit de garçons et de filles hétérosexuels ou homosexuels ». Le rapport finit par proposer (d'une façon informelle) une meilleure information du public. 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.

Récemment, le 26 janvier 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis un avis, selon lequel il serait souhaitable

16. Le rapport finit par un certain nombre de suggestions. Proposant ;
a) la modification de l'article 14 de la Convention des droits de l'homme en ajoutant la notion de « penchant sexuel » ;
b) la destruction des fichiers de police sur les homosexuels ;
c) l'égalité de traitement des homosexuels en matière d'emploi, de rémunération et de sécurité du travail ;
d) l'interruption de toute activité ou recherche médicale obligatoire destinée à modifier les penchants sexuels des adultes ;
e) la suppression de toute discrimination contre les parents homosexuels en ce qui concerne la garde, le droit de visite et l'hébergement de leurs enfants ;
f) la réparation pour les homosexuels qui ont souffert dans des camps de concentration ;
g) d'inviter les directeurs de prison et d'autres autorités publiques à faire preuve de vigilance pour éviter que les homosexuels ne fassent l'objet de viols et d'actes de violence dans les prisons.

d'ajouter l'orientation sexuelle à la liste des formes de discriminations « particulièrement odieuses » visées par la Convention ¹⁷.

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 ¹⁸. 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 la proposition de résolution de Mme Vera Squarcialupi, invitant les Etats 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. La question réapparaît en 1989 lors de la discussion sur la *Charte sociale européenne*. Bien que le Parlement ait insisté pour que les discriminations fondées sur les « préférences sexuelles » soient incluses parmi les clauses antidiscriminatoires, la Commission et les Etats membres rejetèrent finalement cette proposition.

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 ¹⁹. Elle invite les Etats 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 présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes, cherchant à « 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 homo-

17. Avis n° 216 (2000). Projet de protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme.

18. J.O. n° C 104 du 16-4-84, p. 46.

19. A3-0028/94, JOCE du 28 février 1994.

sexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants ». Qui plus est, il ressort de la résolution que « la liste des domaines dans lesquels lesbiennes et homosexuels sont discriminés est longue [...] Les discriminations se font jour dans presque tous les domaines — santé et formation, mais également travail, logement ou éducation. Le rapport de la Commission met particulièrement l'accent sur les problèmes ressentis par les jeunes homosexuel/les, qui continuent à être stigmatisés et ne trouvent parfois de solution que dans le suicide ».

Depuis, nombreuses sont les recommandations et les résolutions²⁰ demandant aux Etats 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.

PERSPECTIVES

L'introduction de l'orientation sexuelle, comme une catégorie formellement protégée par le Traité de Rome, modifié par le Traité d'Amsterdam²¹, est le résultat de presque vingt ans d'action politique européenne en ce domaine. En effet, dès 1979, date du premier rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relatif à la discrimination à l'égard des homosexuels, la « question gay » n'a cessé de constituer un thème récurrent dans les débats à propos des politiques européennes. Au fil des années, les principes inhérents aux droits fondamentaux de la personne (y compris la sexualité) sont apparus progressivement comme partie intégrante du droit communautaire. La Cour de Justice des communautés européennes de façon négative (en refusant d'assimiler les discrimina-

20. 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 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union européenne.

21. Le Traité d'Amsterdam est issu de la conférence intergouvernementale tenue de mars 1996 à juin 1997. Il est entré en vigueur suite à la ratification des 15 Etats membres de l'Union le 1^{er} mai 1999.

tions fondées sur le sexe à celles fondées sur l'orientation sexuelle) et le Parlement européen de façon positive (en plaçant la question dans la dimension politique et en invitant à prendre des mesures antidiscriminatoires) ont joué, tous deux, un rôle majeur en la matière. Cependant, l'introduction de la nouvelle clause relative à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle a été, avant tout, le résultat des campagnes menées par les associations gays et lesbiennes²² ainsi que des alliances plus étroites entre celles-ci et les associations traditionnelles de défense des droits de l'homme.

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. Néanmoins, l'ensemble de ces décisions ne constituaient pas une véritable politique publique, car comme le notent Muller Sural : « Pour qu'une politique publique existe, il est nécessaire de produire un cadre d'action général, une structure de sens. » Ce cadre sera donné par l'Union européenne en incluant pour la première fois l'orientation sexuelle dans un traité constitutif de l'Union. Désormais, la sexualité fera l'objet d'un traitement similaire à toute autre caractéristique de l'individu. Les processus de dépénalisation et de démedicalisation de l'homosexualité ont cédé la place à une politique de l'égalité qui commence avec peine à s'élaborer. L'adoption des directives communautaires et l'élaboration des programmes d'action communs à l'ensemble des pays de l'Union engageront les Etats membres, encore souvent récalcitrants, à une véritable action politique antidiscriminatoire à l'égard des homosexuel/les. Mais au-delà du fait matériel de l'exclusion, il est également nécessaire de mettre en place une action européenne de prévention et de répression de l'incitation à la haine

22. Particulièrement l'*International Lesbian and Gay Association*, ILGA (voir « Egaux en droits : les homosexuel/les dans le dialogue civil et social », rapport de l'ILGA-Europe, 1998). D'autres associations comme Stonewall (Angleterre), l'IGLYO, Organisation internationale des jeunes lesbiennes et gays, la Gay and Lesbian Parent Coalition International, la Gay and Lesbian Equality Network ou encore Egalité, association des fonctionnaires gays et lesbiens des institutions européennes, sont, parmi d'autres, des acteurs de la politique antidiscriminatoire envers les homosexuels.

homophobe. Une telle politique permettra de compléter et rendre plus efficace une stratégie contre l'hostilité à l'encontre des homosexuel/les²³.

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, etc.) l'Union la partage avec les Etats 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.

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

Daniel BORRILLO

23. En ce sens il serait nécessaire d'élargir la Recommandation du Conseil de l'Europe, R(97) 20 du 30 octobre 1997 sur le « discours de haine ».

DE LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ À L'ÉVENTUELLE
PÉNALISATION DE L'HOMOPHOBIE : UN PARCOURS JURIDIQUE EUROPÉEN

LA JUSTIFICATION DE LA PÉNALISATION (1955-1977)

10 octobre 1955, 1^{re} requête devant la Commission.
104/55 ; 135/55 ; 167/56 ; 261/57 ; 530/59 ; 600/59 ; 704/60 ;
1307/61 ; etc.

LA TRANSITION (1977-1981)

Requête 7215/75 déclarée recevable le 7 juillet 1977.
Résolution 756 (1981) du Conseil de l'Europe « relative à la dis-
crimination à l'égard des homosexuels ». Recommandation 934
(1981) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
« relative à la discrimination à l'égard des homosexuels ».

LA DÉPÉNALISATION PARTIELLE (1981-1997)

Dudgeon c. Royaume-Uni et Irlande du Nord, 22 octobre 1981.
Norris c. Irlande, 26 octobre 1988.
Modinos c. Chypre, 22 avril 1993.

LA QUESTION DE L'ÉGALITÉ (À PARTIR DE 1997)

Sutherland c. Royaume-Uni (Rapport Commission, 1^{er} juillet 1997).
Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999.
Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999.
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999.
— Résolution du PE sur les discriminations sur le lieu de travail
du 13 mars 1984.
— Résolution du PE A3-0028/94 du 8 février 1994 sur l'égalité
des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté
européenne.
— 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.

Article 13 du Traité de Rome modifié par le Traité d'Amsterdam :
Proposition de directive portant la création d'un cadre général en
faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail 99/zxx. Proposi-
tion de décision du conseil établissant un programme d'action com-
munautaire contre la discrimination (2001-2006).

LA PÉNALISATION DE L'HOMOPHOBIE

Recommandation de la Commission européenne sur la protection
de la dignité des femmes et des hommes au travail du 27 novembre
1991 (annexe Code pratique visant à combattre le harcèlement sexuel).

Avis n° 216 (2000). Projet de protocole n° 12 à la Convention
européenne des droits de l'homme proposant la protection contre les
discriminations fondées sur l'orientation sexuelle envers les gays et
les lesbiennes.

BIBLIOGRAPHIE

- M. Bell, « The New Article 13 EC Treaty : A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, n° 6/1999, pp. 5-28.
- M. Bell, « Sexual Orientation and Anti-Discrimination Policy : The European Community », in *The Politics of Sexuality*, Carver, T., Mottier, V., (dir), London, Routledge, 1998.
- D. Borrillo, *L'homophobie*, PUF, Que sais-je ? Juin 2000.
- D. Borrillo, « Sexual Orientation and Human Rights in Europe », in *Peace, Justice and Freedom*, Gurcharan, B., O'Neil, J.S., Gall, G.L., & Bendin, P.D. (ed.), Alberta University of Alberta Press, 2000, pp. 303-311.
- D. Borrillo (dir.) *Homosexualités et droit*, PUF, 2^e édition 1999.
- D. Borrillo, « Statut juridique de l'homosexualité et droits de l'homme », in *Un sujet inclassable ? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, Rommel Mendeleite (dir), Cahiers gai kitsch camp, n° 28, Lille, fév. 1995, pp. 99-115.
- Th. Buerghenthal & A. Kiss, *La Protection internationale des droits de l'homme*, Précis, Engel, Strasbourg, 1991.
- Cobb & Elder, *The Political Uses of Symbols*, New York, Longman, 1983.
- J.C. Colliard, *Institutions des relations internationales*, Paris, 1976.
- E. Collins, « EU Sexual Harassment Policy », in R. Elaman (ed.), *Sexual Politics and the European Union. The New Feminist Challenge*, Oxford, Berghahn Books, 1996.
- Duberman, Vicinicius, Chauncey Jr., *Hidden from History, Reclaiming the Gay and Lesbian Past*, Penguin NY, 1989.
- M. Edelman, *Politics as Symbolic Action*, Academic Press, New York, 1971.
- Faure, Pollet & Warin, *La Construction du sens dans les politiques publiques*, L'Harmattan, 1995.
- P. Flynn, « Vienne — un nouveau départ dans la lutte contre les discriminations » in *Europaforum Wien « Article 13 », combattre les discriminations : orientations futures*, Vienne, 1999.
- S. Garneri, « Le droit constitutionnel et ses discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Revue française de Droit constitutionnel*. Cet article est paru en deux fois, voir n°s 40 et 41, 1999 et 2000 respectivement.

- V. Harrison, « Using EC Law to Challenge Sexual Orientation Discrimination at Work », in K. Hervey & D. O'Keeffe, *Sex Equality Law in the European Union*, John Wiley & Sons, NY, 1996.
- ILGA, « L'union Européenne et l'orientation sexuelle », Guide, 1999 (<http://www.steff.suite.dk/ilgaeur.htm>).
- A. Kiss, *La Condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, Miscellanea Ganshof van der Meersch, Paris, 1972.
- N. Lerner, « The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination ».
- F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Presses universitaires de France, coll. Médecine et Société, Paris, 1997.
- Ch. Lindblom & E. Woodhouse, *The Policy-Making Process*, Prentice Hall, 1993.
- D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* n° 11, novembre 1987.
- Ch. McCrudden, *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, Oxford, 1985.
- Y. Mény & J.-C. Thoenig, *Politiques publiques*, PUF, 1989.
- P. Muller & Y. Surel, *L'Analyse des politiques publiques*, Montchrestien, Paris, 1998.
- M. Rosenfeld, « Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1988.
- M. Spencer, *States of Injustice — A Guide to Human Rights and Civil Liberties in the European Union*, London, Pluto Press, 1995.
- F. Tamagne, *Histoire de l'homosexualité en Europe, Berlin, Londres, Paris 1919-1939*, Le Seuil, Paris, 2000.
- P. Tatchell, *Europe in the Pink, Lesbian and Gay Equality in the New Europe*, London, GMP, 1992.
- K. Waaldijk, *Homosexuality, an European Community Issue*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995.
- R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.