

Bulletin d'histoire politique

Le rôle du juge européen dans la reconnaissance des droits des gays et des lesbiennes

Daniel Borrillo



Volume 18, numéro 2, hiver 2010

Homosexualités et politique en Europe

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1054802ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1054802ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Bulletin d'histoire politique
VLB Éditeurs

ISSN

1201-0421 (imprimé)

1929-7653 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Borrillo, D. (2010). Le rôle du juge européen dans la reconnaissance des droits des gays et des lesbiennes. *Bulletin d'histoire politique*, 18(2), 101–112.
<https://doi.org/10.7202/1054802ar>

Tous droits réservés © Association québécoise d'histoire politique; VLB Éditeur, 2010

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Le rôle du juge européen dans la reconnaissance des droits des gays et des lesbiennes

Daniel Borrillo¹

Université Paris X-Nanterre

Le droit européen² constitue le système juridique supranational le plus protecteur des minorités sexuelles³. Fruit d'un long processus légal et pré-torien, la sauvegarde des libertés fondamentales des gays et des lesbiennes est passée par plusieurs étapes ayant constitué un socle juridique que l'on peut dénommer « le consensus européen en matière de lutte contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle ».

Bien que le terme « orientation sexuelle »⁴ provienne du droit communautaire⁵, nous allons nous consacrer principalement à l'analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH). Ce choix a un double intérêt, qualitatif et quantitatif: la Cour en tant qu'organe d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, constitue l'institution compétente en matière de protection des droits fondamentaux et, en ce sens, sa jurisprudence apparaît comme la plus abondante concernant l'homosexualité en tant que composante de la vie privée. Toutefois, nous allons aborder certains moments capitaux du droit communautaire aussi bien au niveau légal qu'au niveau de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJCE)⁶. Bien qu'ayant des compétences distinctes, les décisions de ces deux tribunaux se sont complémentées, tout au long de leur production jurisprudentielle respective, de telle sorte que, sous des angles différents, les homosexuels habitant sur le sol européen ont pu bénéficier d'une liberté individuelle et sociale accrues.

Le droit européen constitue un commun dénominateur juridique de l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne. Plusieurs pays ont toutefois adopté, au niveau national, des mesures bien plus protectrices envers les homosexuels: les Pays-Bas, l'Espagne et la Belgique reconnaissent le droit au mariage ainsi que l'adoption et l'accès aux techniques de procréation artificielle, la Grande-Bretagne et

la Suède accordent l'égalité aussi en matière d'adoption, la France pénalise les discours homophobes et l'Italie reconnaît le droit d'asile aux homosexuels persécutés en raison de leur orientation sexuelle, pour ne prendre que quelques exemples.

Laissant de côté les différents droits nationaux et à partir de la jurisprudence de la CEDH (tout en présentant à la fin de l'étude un certain nombre d'informations relatives aux autres organes européens, notamment la CJCE) nous divisons notre analyse en sept étapes, allant de la justification de la pénalisation de l'homosexualité jusqu'à la reconnaissance de certains droits pour les couples de même sexe et les familles homoparentales.

Justification de la pénalisation totale des relations homosexuelles

Entre 1955 (date de la première requête auprès des juges européens) et 1977, la CEDH a considéré que la répression de l'homosexualité existante dans la législation de certains États était justifiée pour la poursuite des buts légitimes tels que la « protection de la santé et de la morale » ainsi que « la protection des droits des tiers et de la société ».

Les premières actions devant les juges européens provenaient des citoyens allemands qui mettaient en cause le code pénal de leur pays, lequel dans son article 175 punissait d'une peine de prison « tout individu de sexe masculin qui aura commis un acte impudique avec un individu de ce même sexe ». Les peines auxquelles les plaignants furent soumis étaient particulièrement sévères, allant de deux à douze ans d'emprisonnement, et suivies parfois des traitements psychothérapeutiques. Le refus de la CEDH de considérer que la législation allemande violait la Convention était d'autant plus choquant que beaucoup de plaignants avaient été enfermés dans des camps de concentration en raison de leur homosexualité.

Pour débouter les requérants, le tribunal statuait systématiquement jusqu'en 1977 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 ». L'Allemagne ne fut jamais condamnée par la CEDH. Elle décida en 1969 *motu proprio* de dépénaliser l'homosexualité tout en maintenant une différence d'âge de consentement fixé à 18 ans pour les relations homosexuelles, alors que pour les relations hétérosexuelles il était fixé à 21 ans. Saisie à cet effet, la CEDH justifia la législation allemande en considérant que l'objectif était « d'éviter que des expériences homosexuelles avec des adultes n'aient une influence néfaste sur le développement des tendances hétérosexuelles des mineurs (...) et que le mineur engagé dans des relations homosexuelles avec un adulte

soit en fait retranché de la société et profondément affecté dans son épanouissement psychologique»⁷. Les juges complétèrent leur argumentaire en considérant que «les homosexuels masculins constituent un groupe socioculturel distinct se livrant à un net prosélytisme à l'égard des adolescents». Ils en concluent également que l'inexistence d'une sanction pénale de l'homosexualité féminine ne constitue nullement une discrimination envers les gays⁸.

À cette étape de justification de la répression, suit une période de transition marquée par un fléchissement de la position des juges et surtout par l'influence du Conseil de l'Europe. En effet, dans une décision du 7 juillet 1977, une requête concernant l'incompatibilité de la législation anglaise avec la Convention a été déclarée recevable pour la première fois⁹. Quatre ans plus tard, le 8 juillet 1981, le Conseil de l'Europe présente un rapport invitant 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 ce rapport, mettant l'accent sur la dépenalisation et la démedicalisation de l'homosexualité. Bien que la décision de 1977 et la recommandation de 1981 n'aient pas une valeur contraignante, elles ont exercé, à ne pas en douter, une influence considérable dans le premier arrêt de la CEDH favorable aux homosexuels.

Dépenalisation des relations homosexuelles entre deux adultes consentants

Vingt-six ans après le rejet de la première requête, le 22 octobre 1981 dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, pour la première fois la CEDH considère 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. Suite à cet arrêt, l'Irlande du Nord dépenalisa les actes homosexuels entre adultes consentants majeurs de 21 ans. Toutefois, comme le rappelle la Cour, «dépenaliser ne veut pas dire approuver mais éliminer les aspects injustifiables de la législation pénale». À deux reprises, 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 condamna respectivement l'Irlande et Chypre, les obligeant à abroger leur législation répressive.

La pénalisation des actes homosexuels entre adultes est depuis considérée comme une ingérence injustifiée, toutefois les juges européens ont estimé pendant longtemps que le maintien de la différence d'âge du

consentement entre homosexuels et hétérosexuels était justifié par la protection de la jeunesse.

Il va falloir attendre l'an 2000 pour que les relations homosexuelles en groupe soient protégées également en tant que composante de la vie privée¹⁰ (sous condition qu'il ne s'agisse pas des pratiques sadomasochistes). En effet, dans l'affaire *A. D. T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet, la Cour considère que « étant donné l'étroitesse de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités nationales en l'espèce, l'absence de toute considération de santé publique et le caractère purement privé du comportement litigieux (...) les motifs invoqués (par les autorités britanniques) pour le maintien en vigueur de la législation qui érige en infraction les actes homosexuels (en groupe) commis en privé entre hommes, et a fortiori les raisons avancées à l'appui des poursuites et de la condamnation qui ont eu lieu en l'espèce, ne suffisent à justifier ni la législation ni les poursuites ».

S'agissant, en revanche, des pratiques extrêmes, les juges ont considéré que leur prohibition était conforme à la Convention. En effet, dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, la CEDH a jugé que la condamnation à de lourdes peines de prison par le juge britannique, d'adultes qui s'étaient livrés à des pratiques sadomasochistes consentantes ne constituait pas une violation à la vie privée, alors même qu'il n'existait en Grande-Bretagne aucune législation les réprimant. Il s'agissait plus explicitement en l'espèce, de séances privées pratiquées entre homosexuels, sur la période de dix années et qui ont fait l'objet d'un enregistrement sur des supports vidéo. En 1987, plusieurs de ces cassettes ont été saisies par la police, lors d'une opération de routine menée pour une autre enquête. Cette saisie avait eu pour conséquence la condamnation des participants à des peines d'emprisonnement ferme pour coups et blessures.

Égalité en matière d'âge de consentement aux relations sexuelles

Si depuis l'année 1997 les juges de la CEDH estimaient que le maintien d'un âge différent pour le consentement aux relations homosexuelles n'était plus justifié par aucun motif « objectif et raisonnable »¹¹, il va falloir attendre le 9 janvier 2003 (affaires *L. et V. c. Autriche. S.L. c. Autriche*) pour que la CEDH condamne la pénalisation d'actes homosexuels entre hommes adultes et adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans. Les juges ont considéré, dans ces deux affaires, que le code pénal « traduit les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait tenir ces attitudes négatives pour une justification suffisante en soi à la différence de traitement en cause, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes ».

Égalité des gays et des lesbiennes dans l'Armée

Pendant longtemps, la Cour a jugé que, s'agissant des militaires, même âgés de plus de 21 ans, la pénalisation de leur homosexualité pouvait être considérée comme « nécessaire à la protection de la morale et de la défense de l'ordre », reprenant ainsi à son compte les arguments avancés par les autorités militaires britanniques¹². En effet, bien que l'homosexualité eût été dépénalisée depuis plusieurs années dans ce pays, une exception subsistait pour les membres des forces armées. À plusieurs reprises, les autorités militaires britanniques avaient estimé que « l'homosexualité, masculine ou féminine », était « incompatible avec l'engagement dans l'armée »¹³. Le gouvernement avait justifié les révocations des homosexuels par le maintien du moral des militaires et, par conséquent, de la puissance de combat et de l'efficacité opérationnelle de l'armée. En 1999 la CEDH rejette ces arguments en statuant que « les autorités nationales ne peuvent pas s'appuyer sur de telles règles pour faire obstacle à l'exercice par les membres des forces armées de leur droit au respect de leur vie privée, lequel s'applique aux militaires comme aux autres personnes se trouvant sous la juridiction de l'État ». Ainsi, la Cour opère un changement spectaculaire de sa jurisprudence en stipulant 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 ne se justifiaient pas au regard de l'article 8 de la Convention »¹⁴, condamnant ainsi le Royaume-Uni pour violation au respect de la vie privée.

Reconnaissance des droits parentaux

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 dans un autre domaine sensible. 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 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. De surcroît, 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 sauvegarde : 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. Si le lien de filiation existant 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 CEDH demeure réticente. En effet, dans l'affaire *Fretté c. France* 26 février 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.

Une reconnaissance timide du concubinage entre personnes de même sexe

Le 24 juillet 2003, la Cour opère un nouveau changement dans sa jurisprudence en condamnant l'Autriche pour l'interprétation de la notion de « vie commune » effectuée par sa Cour suprême afin de refuser le transfert du bail au survivant d'un couple homosexuel. Les juges de Strasbourg considèrent que ce refus constitue une violation au respect de la vie privée (art. 8) et un traitement discriminatoire (art. 14). En l'espèce, le requérant avait invoqué, après le décès de son compagnon, le droit prévu par la loi sur les loyers, en vertu de laquelle il pouvait prétendre en tant que partenaire survivant à la transmission du bail. Le tribunal de première instance rejeta l'action intentée par le propriétaire qui souhaitait mettre fin au bail. Le tribunal régional de Vienne débouta le propriétaire en appel, en déclarant que la disposition concernée protégeait les personnes qui avaient vécu longtemps ensemble sans être mariées afin qu'elles ne se retrouvent pas soudainement sans domicile, et s'appliquait aussi bien aux homosexuels qu'aux hétérosexuels. La Cour suprême autrichienne, qui a en dernier ressort donné gain de cause au propriétaire désireux de mettre fin au bail, n'a pas expliqué dans ses motifs les raisons pour lesquelles seuls les membres d'un couple hétérosexuel pouvaient avoir droit à la transmission d'un bail. Elle a dit simplement que, en adoptant en 1974 la loi sur les loyers, le législateur ne prévoyait pas d'étendre la protection aux couples composés de personnes du même sexe. Le Gouvernement autrichien a soutenu que le but de la disposition en cause était la protection de la cellule familiale traditionnelle. La Cour n'a cependant pas retenu cet argument. 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 également à sa vie de couple.

La protection des droits collectifs

Au-delà de la protection des droits individuels, la CEDH a également étendu sa protection aux droits collectifs des gays et des lesbiennes. Ainsi, dans l'arrêt *Baczkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007, la CEDH a condamné le pays de l'Est pour porter atteinte à la liberté d'association et de manifestation. Dans l'affaire en question, une association de défense des droits de l'homme souhaitait organiser un défilé dans les rues de Varsovie afin de sensibiliser l'opinion publique aux droits des femmes, des minorités sexuelles et des handicapés. Le maire de la ville interdit ce rassemblement au motif que d'autres manifestations défendant des idées opposées aurait lieu, ce qui était susceptible de produire des troubles entre les manifestants. En effet, les manifestations des « chrétiens contre l'union des homosexuels » ont été autorisées à la même date. La Cour souligne que les opinions du maire de Varsovie dans un entretien publié le 20 mai 2005 où il dénonçait, quelques semaines avant la manifestation, « la propagande au sujet de l'homosexualité » ont joué un rôle capital dans le refus postérieur de la manifestation. La Cour a ainsi jugé qu'il a eu non seulement violation à la liberté d'expression mais aussi une discrimination envers les homosexuels. Par ailleurs, dans une affaire précédente, la CEDH rappelait l'existence d'une obligation de la police de protéger les manifestants contre les attaques de contre-manifestants¹⁵.

Un an après l'affaire polonaise, une situation similaire s'est produite à Moscou. Le maire de la ville non seulement a refusé la manifestation en faveur de l'égalité des droits, mais les manifestants furent victimes de violentes attaques face à une police particulièrement passive. Le 15 mai 2006, le Conseil de l'Europe a condamné les violences dont ont été victimes les gays et les lesbiennes de Russie. « J'appelle les autorités à enquêter sur ces attaques, à poursuivre les personnes responsables et à prévenir toute forme de violence dans le futur », a écrit Terry Davis, secrétaire général du Conseil dans une lettre ouverte ; « il est regrettable que les personnes les mieux placées pour dénoncer ces injustices aient décidé d'endosser et même de soutenir activement des idées homophobes », conclut-il. La Russie en tant que membre du Conseil de l'Europe a des comptes à lui rendre en cas de non-respect des droits de l'homme mais l'affaire est toujours en cours.

La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés Européennes

Pendant longtemps le droit communautaire s'est désintéressé du sort des gays et des lesbiennes, ce type d'affaires était traité traditionnellement par la Cour de Strasbourg, comme nous l'avons démontré dans nos analyses précédentes. Toutefois, le 30 avril 1996 la situation change sensiblement

lorsqu'une femme transsexuelle réussit à convaincre la CJCE¹⁶ que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe¹⁷. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels, on aurait pu imaginer qu'une telle protection pouvait être élargie aux gays, aux lesbiennes et aux bisexuel/les. Ce fut l'argument développé par l'avocat de Lisa Grant, une femme lesbienne qui décida de saisir la Cour en invoquant l'article 119 du traité de Rome sur l'égalité de traitement des sexes¹⁸. 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 englober la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, en comparant la situation de Lisa Grant à celle d'un homme hétérosexuel, l'avocat général a conclu que c'est le sexe de M^{me} Grant qui est à l'origine de la discrimination et non pas son orientation sexuelle. 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. Selon ce raisonnement, il s'agirait donc d'une discrimination fondée sur le sexe entrant dans le domaine de compétence de la CJCE. Bien que la Cour suive généralement l'opinion de son avocat, dans l'affaire en question elle s'en est éloignée en se déclarant incompétente pour traiter des discriminations basées sur l'orientation sexuelle. Cette interprétation de la CJCE a révélé la nécessité d'instruments spécifiques de protection contre les discriminations envers les homosexuels. 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 communautaire¹⁹ relative à la discrimination en matière d'emploi qui interdit toute forme de différenciation arbitraire fondée sur l'orientation sexuelle de l'employeur. Cependant, une discrimination subsiste non seulement en matière d'accès aux biens et aux services mais aussi dans le logement et l'administration, domaines couverts par une autre directive qui n'est pas élargie aux homosexuels.

Par ailleurs, soulignons que la CJCE a refusé d'octroyer aux couples homosexuels liés par une union civile les mêmes bénéfices professionnels qu'aux couples mariés²⁰ : « il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent ». La solution adoptée est conforme à l'interprétation de la CEDH selon laquelle, « en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé » entre les pays européens, le refus du mariage homosexuel n'est pas contraire à la Convention²¹.

Conclusion

Dans l'état actuel du droit européen, les gays et les lesbiennes trouvent une tutelle juridique efficace à titre individuel, mais lorsqu'il s'agit de les protéger en tant que membres d'un couple ou comme constituant une famille, les mécanismes de sauvegarde sont extrêmement limités. Le mariage et la filiation demeurent des espaces juridiques réservés aux unions hétérosexuelles. L'évolution de la jurisprudence de la CEDH a toujours été, en matière d'homosexualité, étroitement liée à l'avancement des différents systèmes juridiques nationaux. À l'heure actuelle, seulement trois des quarante-sept pays membres reconnaissent le droit au mariage aux couples de même sexe, c'est pourquoi, à notre avis, les requérants qui souhaitent voir leur pays condamné pour violation du droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention ne trouveront pas dans l'immédiat une réparation auprès de la Cour.

Peut-être l'égalité émergera d'une manière indirecte dans la jurisprudence de la CJCE, car la libre circulation des citoyens européens et de leurs partenaires mènera sans doute les juges de Luxembourg à condamner les États qui, ne reconnaissant pas l'égalité des droits, entravent ainsi la libre circulation dans l'espace de l'Union Européenne, même si cela peut apparaître aujourd'hui comme de la « jurisprudence fiction ».

Évolution de la jurisprudence européenne: tableau

La caution du juge européen à la pénalisation (1955-1977)

10 octobre 1955, 1^{re} requête devant l'ancienne Commission Européenne des droits de l'homme.

Autres requêtes: 104/55; 135/55; 167/56; 261/57; 530/59; 600/59; 704/60; 1307/61; etc.

La période de transition (1977-1981)

Requête 7215/75 déclarée recevable le 7 juillet 1977 (Commission)

Résolution 756 (1981) du Conseil de l'Europe « relative à la discrimination 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 (CEDH).

Norris c. Irlande, 26 octobre 1988 (CEDH).

Modinos c. Chypre, 22 avril 1993 (CEDH).

L'émergence de l'égalité des droits (à partir de 1997)

Sutherland c. Royaume-Uni (Rapport Commission, 1^{er} juillet 1997).

Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999 (CEDH).

Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999 (CEDH).

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999 (CEDH).

A.D.T. c. Royaume-Uni, 31 juillet 2000 (CEDH)

L. et V c. Autriche; *S.L. c. Autriche*, 9 janvier 2003 (CEDH)

Karner c. Autriche, 24 juillet 2003 (CEDH).

Baczowski et autres c. Pologne du 3 mai 2007 (CEDH)

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 :

Directive 2000/78/CE portant la création d'un cadre général en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail. Décision du conseil établissant un programme d'action communautaire contre la discrimination (2001-2006).

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.

Recommandation du PE du 5 juillet 2001 sur les droits des homosexuels et les unions de même sexe.

Art. 21 de la Charte de droits Fondamentaux de l'Union Européenne (repris par le projet de Constitution Européenne).

La criminalisation de l'homophobie

Résolution du Parlement Européen contre l'homophobie du 19 janvier 2006.

Les institutions européennes n'ayant pas compétence en matière pénale, la criminalisation de l'homophobie s'effectue au niveau des États membres.

Notes et références

1. Daniel Borrillo est juriste, professeur à la faculté de droit de l'Université de Paris X-Nanterre, chercheur associé au CNRS. Il anime un séminaire de doctorat sur le droit des sexualités et un séminaire de recherche sur l'égalité d'opportunités. Il a publié plusieurs ouvrages parmi lesquels, *L'homophobie*, Que

- sais-je ?, Presses Universitaires de France, juin 2000 ; *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche* (avec Pierre Lascoumes), La Découverte, 2002 ; *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, (avec D. Colas), Paris, Plon, 2005 et *Homosexualité et discrimination en droit privé*, La Documentation française 2007 [borrillo@u-paris10.fr].
2. Le droit européen est l'ensemble de règles juridiques applicables au continent européen. Il est composé de deux systèmes distincts : le droit de l'Union européenne, ou droit communautaire applicable aux 27 États de l'Union, d'une part, et le droit issu du Conseil de l'Europe, appelé droit européen au sens strict, d'autre part, applicable aux 47 États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.
 3. Borrillo, D., « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », *Droit et Cultures*, 2005, n° 49, Paris, p. 129-145.
 4. L'orientation sexuelle peut être définie comme le désir affectif et sexuel, l'attirance 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). 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 trouve une protection juridique identique. De même que la catégorie « sexe » ou « genre » a permis une protection envers les femmes, l'orientation sexuelle fut surtout conçue comme une protection envers les gays et les lesbiennes.
 5. Le terme « orientation sexuelle » a été utilisé officiellement pour la première fois dans l'article 13 du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Cet article précise que « le Conseil (...) 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... ».
 6. La CJCE est l'organe juridictionnel qui veille au respect du droit communautaire.
 7. Requête n° 5935/72 du 30 septembre 1975.
 8. Seuls les rapports homosexuels entre hommes étaient pénalisés.
 9. Elle n'a pas eu de suite dû à des questions de procédure et non pas au fond de l'affaire.
 10. Dans une décision du 17 juillet 1986, la Commission avait estimé que les actes commis entre plus de deux hommes consentants de plus de 21 ans n'étaient pas protégés par la Convention (affaire *Johnson c. Royaume-Uni* 17 juillet 1986).
 11. *Sutherland c. Royaume-Uni*, 1^{er} juillet 1997 (Rapport de la Commission Européenne des droits de l'homme (ancienne première instance de la CEDH)).
 12. Décision de la Commission Européenne des droits de l'homme du 12 octobre 1983.
 13. *Armed Forces' Policy and Guidelines*, 1994.

14. *Smith et Grady c Royaume-Uni et Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni*, les deux arrêts ont été rendus à la même date, le 27 septembre 1999.
15. *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988.
16. *Affaire P. c/S. Cornwall Country Council*.
17. Et donc une violation de la directive 76/207 relative à l'égalité dans le domaine du travail et de l'emploi.
18. 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).
19. 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).
20. *D. et Royaume de Suède c/ Conseil*, 31 mai 2001.
21. CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*.