

... sous leur jurisdic-
on. Article premier
ous les êtres humains
aissent libres et égar
n dignité et en droits
s sont doués de raison
de conscience et
oivent agir les uns
vers les autres dans
n esprit de fraternité.
Chacun

Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme

Guide pratique no. 4



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Partout dans le monde et quel que soit le contexte culturel ou religieux, des violations des droits de l'homme sont commises pour des motifs liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre réelle ou perçue de personnes. On observe des pratiques et des législations discriminatoires dans de nombreux pays, y compris des lois qui pénalisent l'expression de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Tous les êtres humains sont des personnes devant la loi, indépendamment de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre et sont pourvus et bénéficient des droits et libertés inhérents à la personne humaine ainsi que de l'égalité de protection de la loi sans discrimination. Les juges et les avocats, en tant que protecteurs et garants des droits de l'homme de toutes les personnes, ont un rôle essentiel dans la protection des droits et libertés des personnes quel que soit leur orientation sexuelle ou leur identité de genre.

Le droit international offre au pouvoir judiciaire et à la profession d'avocat un outil puissant pour la protection des droits déniés sur le fondement de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Ce Guide explique comment le droit et les standards internationaux peuvent et devraient être utilisés pour permettre aux victimes de violations de droits de l'homme, sur le fondement de leur identité sexuelle ou de leur identité de genre, d'obtenir la protection qui leur est due. Le Guide explique comment mettre en œuvre les Principes de Yogyakarta récemment adoptés et contient des extraits choisis de décisions de cours et tribunaux régionaux.



Commission internationale de juristes
Case postale 91
33 rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse

ons des
généralistes d'égalité,
aux fonctions public
de son pays. Article
Toutes les personnes
égales devant la loi
droit sans discrimi
une égale protection
loi. A cet égard, la
interdire toute disc
tion et annu

La Commission internationale de juristes

La Commission internationale de juristes (CIJ) est une organisation non gouvernementale qui se consacre à la promotion et au respect de l'état de droit et à la protection juridique des droits de l'homme à travers le monde. Son siège est situé à Genève, en Suisse. Elle compte 85 sections nationales et organisations affiliées. Elle bénéficie du statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies, de l'UNESCO, du Conseil de l'Europe et de l'Union Africaine. La CIJ entretient des relations de coopération avec plusieurs organes de l'Organisation des Etats Américains.

Case postale 91
33 rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse
Adresse électronique: info@icj.org
www.icj.org



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Président

Mme Mary ROBINSON, Irlande

Vice-Présidents

Justice John DOWD, Australie

Professeur Pedro NIKKEN, Venezuela

Comité Exécutif

Dr. Rajeev DHAVAN, Inde

Professeur Robert GOLDMAN, Etats-Unis

Professeur Vojin DIMITRIJEVIC, Serbie

Mme. Karinna MOSKALENKO, Russie

Justice Unity DOW, Botswana

Justice Michèle RIVET, Canada

Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombie

M Raji SOURANI, Palestine

Legal Council Stellan GÄRDE, Suède

Autres Membres de la Commission

M. Muhannad AL-HASANI, Syrie

Professeur David KRETZMER, Israël

M. Ghanim ALNAJJAR, Koweït

Professeur Kazimierz Maria LANKOSZ,
Pologne

M. Raja AZIZ ADDRUSE, Malaisie

Mag. José Antonio MARTÍN PALLÍN, Espagne

Professeur Abdullahi AN-NA'IM, Soudan

Justice Charles MKANDAWIRE, Malawi

Justice Solomy BALUNGI BOSSA, Ouganda

M. Abdelaziz BENZAKOUR, Maroc

M. Kathurima M'INOTI, Kenya

Justice Ian BINNIE, Canada

Judge Sanji MONAGENG, Botswana

Professeur Alexander BRÖSTL, Slovaquie

Professeur Iulia MOTOC, Roumanie

Justice Arthur CHASKALSON, Afrique du Sud

Professeur Vitit MUNTARBHORN, Thaïlande

Professeur Santiago CORCUERA, Mexique

Professeur Manfred NOWAK, Autriche

Professeur Louise DOSWALD-BECK, Suisse

Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay

Justice Hisham EL-BASTAWISI, Égypte

Professeur Andrei RICHTER, Russie

Professeur Paula ESCARAMEIA, Portugal

Professeur Sir Nigel RODLEY, Royaume-Uni

Justice Elisabeth EVATT, Australie

Professeur Claes SANDGREN, Suède

Professeur Jochen A. FROWEIN, Allemagne

M. Belisário DOS SANTOS JUNIOR, Brésil

M. Roberto GARRETÓN, Chili

Justice Philippe TEXIER, France

Professeur Jenny E. GOLDSCHMIDT, Pays-Bas

Professeur Daniel THÜRER, Suisse

Professeur Michelo HANSUNGULE, Zambie

Professeur U. Oji UMOZURIKE, Nigeria

Justice Moses HUNGWE CHINHENGO,
Zimbabwe

Justice Vilenas VADAPALAS, Lituanie

Professeur Yozo YOKOTA, Japon

Mme. Asma JAHANGIR, Pakistan

Professeur Leïla ZERROUGUI, Algérie

Mme. Imrana JALAL, Fidji

Justice E. Raúl ZAFFARONI, Argentine

Membres Honoraires

Professeur Georges ABI-SAAB, Égypte

Professeur Kofi KUMADO, Ghana

Justice P.N. BHAGWATI, Inde

Professeur Jean Flavien LALIVE, Suisse

Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, Égypte

Justice Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canada

M. William J. BUTLER, Etats-Unis

Dr. Rudolf MACHACEK, Autriche

Professeur Antonio CASSESE, Italie

Professeur Daniel H. MARCHAND, France

Justice Marie-José CRESPIN, Sénégal

M. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzanie

Dato' Param CUMARASWAMY, Malaisie

M. François-Xavier MBOUYOM, Cameroun

Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, Brésil

M. Fali S. NARIMAN, Inde

Professeur Alfredo ETCHEBERRY, Chili

Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyane

M. Desmond FERNANDO, Sri Lanka

Dr. Bertrand RAMCHARAN, Guyane

Lord William GOODHART, Royaume-Uni

Professeur Christian TOMUSCHAT, Allemagne

Justice Lennart GROLL, Suède

M. Michael A. TRIANTAFYLIDIS, Chypre

M. Louis JOINET, France

Professeur Theo VAN BOVEN, Pays-Bas

Justice P.J.G. KAPTEYN, Pays-Bas

Professeur Luzius WILDHABER, Suisse

Justice Michael D. KIRBY, Australie

Professeur José ZALAQUETT, Chili

Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme

Guide pratique no. 4

© Commission internationale de juristes, 2009

La CIJ autorise la reproduction gratuite d'extraits de toutes ses publications, à condition que son nom soit mentionné et qu'un exemplaire de la publication contenant l'extrait soit envoyé à son siège, à l'adresse suivante:

Commission internationale de juristes

Case postale 91

33 rue des Bains

CH-1211 Genève 8

Suisse

Adresse électronique: info@icj.org

www.icj.org

® Orientation sexuelle, identité de genre et droit international
des droits de l'homme – Guide pratique no. 4

ISBN: 978-92-9037-137-4

Genève, 2009

Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme

Guide pratique no. 4



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Le présent guide a été écrit par Philip Dayle et David Brown. Federico Andreu-Guzmán a apporté son expertise juridique. Priyamvada Yarnell l'a édité et a coordonné sa production. Erin Brechtelsbauer a prêté son assistance. Claire Callejon est traduite ce volume en français.

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
I. Considérations générales	7
1. Discours religieux et moral	7
2. Discours « scientifique »	11
3. Discours politique et idéologique	16
4. Dépénalisation et pénalisation continue	18
5. Vers la reconnaissance	19
6. Quelques définitions	23
II. Fondements en droit international public et droit comparé	27
1. Relation entre la non discrimination et le droit à l'égalité devant la loi	27
2. Champ d'application et portée du principe de non-discrimination et du droit à l'égalité devant la loi	28
3. Non-discrimination et droit à l'égalité devant la loi	30
4. Non-discrimination, égalité devant la loi et orientation sexuelle et identité de genre	31
4.1 Les organes de traité sur les droits de l'homme et les procédures spéciales des Nations Unies	34
4.2 Cour européenne des droits de l'homme et non-discrimination	39
4.3 Le système interaméricain des droits de l'homme	41
4.4 La Cour de justice des Communautés européennes	42
4.5 La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples	44

5. Utilisation potentielle de l'impact discriminatoire dans la protection de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre	45
Resume	48
III. Le droit à la vie privée	51
1. Nature juridique et portée	51
2. Obligation des Etats de protéger le droit à la vie privée	53
3. Ingérences et limitations illégales ou arbitraires du droit à la vie privée	55
4. Orientation sexuelle et identité de genre et droit à la vie privée	57
4.1 Droit public comparé et droit à la vie privée	63
5. Ingérence et limitation de la jouissance du droit à la vie privée dans le domaine de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre	66
6. Droit public comparé et ingérence et limitations au droit à la vie privée	69
Resume	71
IV. Privation arbitraire de liberté	73
1. Nature juridique et champ d'application	73
2. Définir la privation arbitraire de liberté	74
3. Les critères de base d'une privation de liberté légale	76
3.1 Légalité	77
3.2 But légitime	79
4. Privation de liberté pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	80
5. Considérations particulières concernant les personnes LGBT privées légalement de leur liberté	85
Resume	89

v. Le droit à la vie	91
1. Nature juridique et champ d'application	91
2. Obligation des Etats de protéger le droit à la vie	92
3. Privation arbitraire de la vie et menaces de mort	94
3.1 Exécutions extrajudiciaires	95
3.2 Exécutions arbitraires	95
3.3 Exécutions sommaires et peine de mort	96
3.4 Menaces de mort	98
4. Orientation sexuelle et identité de genre et droit à la vie	99
Resume	102
vi. Torture et mauvais traitements	103
1. Nature et portée de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements	103
2. Torture et mauvais traitement	105
2.1 Torture : champ de la définition et crimes d'ordre sexuel	105
2.2 Peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	107
3. Obligations des Etats	108
4. Torture et mauvais traitements pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	111
4.1 Torture et mauvais traitements résultant des préjugés et de la discrimination	111
4.2 Torture et mauvais traitements résultant des « traitements » imposés aux minorités sexuelles	113
Resume	115
vii. Le droit à la liberté d'expression, de réunion et d'association	117
1. Champ d'application et nature de ces droits	117

1.1 Liberté d'expression	118
1.2 Les droits de réunion pacifique et d'association	119
2. Dérogations, limitations et restrictions	119
2.1 Limitations et restrictions à la liberté d'expression	120
2.2 Limitations et restrictions à la liberté de réunion et d'association	121
3. Liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association appliquées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	124
Resume	128
VIII. Asile et refuge	131
1. Nature juridique et portée	131
2. Obligations des Etats à l'égard des réfugiés	133
3. Asile et statut de réfugié pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	134
3.1 Groupe social particulier incluant les minorités sexuelles	134
3.2 Persécution	138
3.2.1 Portée de la persécution	138
3.2.2 Persécution pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	138
Resume	141

« Ni l'existence de lois nationales ni la prééminence de la coutume ne sauraient justifier les abus, les attaques, la torture et les meurtres dont sont victimes les personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles et transgenres en raison de qui elles sont ou de la manière dont elles sont perçues. A cause du tabou qui entoure les questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, la violence contre les personnes LGBT est rarement rapportée, documentée et reste impunie. Elle suscite rarement de débat public ou l'indignation. Ce silence honteux constitue le rejet ultime du principe fondamental de l'universalité des droits ».

— Louise Arbour, ancienne Haut-Commissaire aux droits de l'homme¹

Introduction

Partout dans le monde et quel que soit le contexte culturel ou religieux, des violations des droits de l'homme sont commises pour des motifs liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre réelle ou perçue de personnes, dont des violations parmi les plus graves comme la détention arbitraire, la torture et les exécutions extrajudiciaires. On observe des pratiques et des législations discriminatoires dans de nombreux pays, y compris des lois qui pénalisent l'expression de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Cela a souvent tendance à « légitimer » les violations des droits de l'homme commises à l'encontre des personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles et transgenres. Cette situation fait l'objet de préoccupations au sein des professions juridiques et judiciaires à travers le monde. La Cour Constitutionnelle de Colombie les a ainsi décrites à juste titre :

« Depuis longtemps, les homosexuels sont soumis à des formes aggravées de marginalisation et d'exclusion politique et sociale, non seulement dans notre pays mais aussi dans de nombreuses sociétés. Les comportements homosexuels ont non seulement été et continuent d'être pénalisés dans diverses dispositions juridiques, mais les personnes ayant cette préférence sexuelle sont également exclues de multiples avantages sociaux dans la vie courante et doivent [endurer] la stigmatisation sociale, ce qui a conduit dans les cas les plus extrêmes à des campagnes d'extermination de ces populations. [...] Cette situation dans laquelle se trouvent les homosexuels a été justifiée par des conceptions selon lesquelles ces personnes, parce qu'elles présentent une orientation sexuelle différente de la majorité de la

1. Présentation de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Mme Louise Arbour, à la conférence internationale sur les droits des personnes LGBT (gais, lesbiennes, bisexuelles et transgenres ; l'acronyme apparaît selon l'usage en langue anglaise), Montréal, 26 juillet 2006. Traduction libre.

population, sont considérées comme anormales, malades ou immorales. [...] Ces conceptions anciennes contre l'homosexualité portent atteinte aux valeurs essentielles du droit public contemporain fondé sur le pluralisme et la reconnaissance de l'autonomie et de l'égalité des personnes et des différents modes de vie »².

Dans de nombreux pays, les personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente du modèle de sexualité accepté ou imposé socialement ou moralement constituent un groupe social vulnérable et sont souvent victimes de persécutions, de discrimination et de violations flagrantes des droits de l'homme. Les juridictions de plusieurs pays ont démontré ces situations. Par exemple, le juge Albie Sachs de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a écrit :

« [c]oncernant les personnes gaies, l'histoire et l'expérience nous enseignent que les cicatrices ne viennent pas de la pauvreté ou de l'absence de pouvoir, mais de l'invisibilité. C'est la dégradation du désir, c'est l'association de la perversité et de la honte à l'affection corporelle spontanée, c'est l'interdiction d'exprimer son amour, c'est le déni de la pleine citoyenneté morale dans la société parce que vous êtes ce que vous êtes, qui affectent la dignité et la valeur personnelle d'un groupe. Cette vulnérabilité particulière des gais et des lesbiennes en tant que groupe minoritaire dont les comportements sont différents de la norme officielle provient du fait que [...] les homosexuels constituent une section de la communauté distincte bien qu'invisible qui a été traitée non seulement avec manque de respect et condescendance mais aussi avec désapprobation et révulsion. Ils ne sont généralement pas visibles en tant que groupe, sous la pression de la société et du droit pour rester invisibles et leurs caractéristiques regroupent toutes les angoisses engendrées par la sexualité, accompagnées des effets aliénants résultant de la différence. Ils sont perçus comme contagieux ou de nature à corrompre les autres. Aucun de ces facteurs ne s'applique aux autres groupes qui font traditionnellement l'objet de discrimination, tels que les personnes de couleur ou les femmes, qui, bien sûr, ont eu à subir leurs propres formes d'oppression »³.

Les arguments traditionnels, d'un point de vue religieux et moral mais aussi d'un point de vue « scientifique », ont été mis en cause et/ou rejetés par les développements de la science mais aussi par la jurisprudence internationale et devant de nombreux tribunaux à travers le monde⁴.

-
2. Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt n° C-481/98 du 9 septembre 1998, §§ 10, 11 et 12. Traduction libre.
 3. Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, affaire CCT11/98, §§ 127 et 128. Traduction libre.
 4. Voir par exemple, Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others* ; Cour d'appel de la région administrative spéciale de Hong Kong, arrêt du 17 juillet 2007, *Secretary of Justice c. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen* ;

Tous les êtres humains sont des personnes devant la loi, indépendamment de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre et sont pourvus et bénéficient des droits et libertés inhérents à la personne humaine ainsi que de l'égalité de protection de la loi sans discrimination. Les juges et les avocats, en tant que protecteurs et garants des droits de l'homme de toutes les personnes, ont un rôle essentiel dans la protection des droits et libertés des personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente. En effet, comme l'a précisé la Cour d'appel de Hong Kong dans une affaire dans laquelle le pouvoir judiciaire avait déclaré inconstitutionnelle une disposition juridique autorisant la pénalisation de l'homosexualité :

« Les juridictions ont le devoir de faire respecter la garantie constitutionnelle d'égalité devant la loi et d'assurer la protection contre les lois discriminatoires »⁵.

Si la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre a été négligée par le droit international au cours des dernières décennies, elle a néanmoins attiré l'attention des tribunaux et organes internationaux. Les violations des droits de l'homme pour des raisons liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre apparaissent à différents niveaux dans le travail des organes conventionnels des Nations Unies et des procédures spéciales de l'ancienne Commission des droits de l'homme et de son successeur, le Conseil des droits de l'homme.

Les Cours et les organes régionaux ont apporté une contribution importante à la protection des droits des personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente et au développement d'arguments juridiques fondés sur le droit international. Au cours des dernières années, la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre a été prise en compte et intégrée dans de nouveaux instruments et normes juridiques, à la fois universels et régionaux. Les organes politiques d'organisations intergouvernementales, des Nations Unies mais aussi régionales, ont adopté des résolutions abordant la question des violations des droits de l'homme commises en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

L'orientation sexuelle et l'identité de genre posent des problèmes juridiques classiques du droit international des droits de l'homme tels que la non-discrimination, l'égalité devant la loi et le droit à la vie privée notamment. Cependant, les questions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ne se limitent pas à ces problèmes juridiques. Ainsi, la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre peut être soulevée concernant tous les droits de l'homme et libertés fondamentales. L'expérience nous enseigne que dans certains contextes, les personnes ayant une orientation sexuelle différente n'étaient pas reconnues comme des personnes à part entière par la loi, un droit pourtant universel et fondamental. Dans de nombreux

Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt n° C-481/98 du 9 septembre 1998 ; Tribunal Constitutionnel d'Equateur, arrêt n° 111-97-TC du 27 novembre 1997.

5. Cour d'appel de la région administrative spéciale de Hong Kong, arrêt du 17 juillet 2007, *Secretary of Justice c. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen*, appel définitif n°12 de 2006 (pénal), § 29.

pays, les personnes sont confrontées à de multiples obstacles en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, ce qui affecte le droit au travail, la protection sociale, l'éducation et/ou le droit à un logement convenable. Bien qu'au cours de la dernière décennie la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre a davantage attiré l'attention et a trouvé plus de réponses juridiques de la part du droit international des droits de l'homme et de la jurisprudence, certains aspects méritent d'être approfondis.

La Commission internationale de juristes (CIJ) travaille pour améliorer la protection juridique des victimes de violations des droits de l'homme commises en raison de leur orientation sexuelle et/ou de leur identité de genre, réelle ou perçue, et pour développer le droit international afin d'apporter, dans une perspective holistique, une meilleure reconnaissance et une protection accrue des droits de l'homme aux personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente.

En guise de première contribution, la CIJ, en partenariat avec le Service international des droits de l'homme, a parrainé une réunion d'experts juridiques sur ces questions. La réunion a eu lieu en novembre 2006 à Jogjakarta en Indonésie, avec la participation de vingt-neuf juristes et experts du droit international des droits de l'homme, qui ont adopté une déclaration de *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre (Principes de Jogjakarta)*, lesquels ont été lancés officiellement à Genève en mars 2007. Les principes constituent une interprétation du droit international des droits de l'homme sur le sujet qui fait autorité et comprennent des déclarations de droits ainsi que des obligations à la charge des Etats.

A la suite de l'adoption des *Principes de Jogjakarta*, la CIJ a décidé de mener une série d'études ayant pour but de contribuer à la clarification de la nature et de la portée des obligations étatiques existantes concernant les droits de l'homme et l'orientation sexuelle et l'identité de genre et de développer l'argument juridique que le droit international des droits de l'homme protège et devrait protéger les violations commises pour ces motifs. Le **Guide pratique sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et le droit international des droits de l'homme** en est le résultat. Ce Guide traite des questions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre en relation avec certains droits de l'homme et libertés fondamentales. Il a pour objectif de clarifier le cadre juridique international existant concernant les abus de certains droits en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre et d'illustrer comment les arguments juridiques pour la protection des droits de l'homme se développent. D'autres droits et libertés, tels que le droit à être une personne devant la loi, le droit à la famille, le droit au travail, le droit à la protection sociale, le droit à l'éducation ou le droit à un logement convenable ne sont pas traités dans ce Guide.

Inspiré par les *Principes de Jogjakarta*, ce Guide trouve son fondement dans les nombreuses sources du droit international et la jurisprudence, ainsi que dans certains droits et pratiques nationaux comparés. S'agissant de la jurisprudence internationale des droits de l'homme, les principales sources sont les organes

de traités des droits de l'homme des Nations Unies, les procédures spéciales des Nations Unies, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Suivant une structure simple, il donne une vue d'ensemble du droit et de la jurisprudence internationaux ainsi que du droit comparé relatifs à ces questions.

Le présent Guide commence par introduire le sujet en situant le traitement de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans son contexte historique (Chapitre I). Le chapitre II présente les fondements du droit public international et comparé relatif aux revendications fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Ce chapitre explore en particulier comment les arguments de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination sont utilisés. Le chapitre III concerne le droit à la vie privée. Le chapitre IV est relatif à la privation arbitraire de liberté. Le droit à la vie est traité au chapitre V. Le chapitre VI traite de la torture et des mauvais traitements. Le chapitre VII a trait aux libertés d'expression, de réunion et d'association. Le chapitre VII examine le droit d'asile.

« Pénaliser quelqu'un en raison de son orientation sexuelle est comme ce qui nous est arrivé ; c'est être pénalisé pour quelque chose à laquelle nous ne pouvions rien, notre ethnicité, notre race. [...] Je trouve inacceptable de condamner, persécuter une minorité qui a déjà été persécutée ».

— Monseigneur Desmond Tutu, Prix Nobel de la Paix et archevêque anglican⁶

I. Considérations générales

Historiquement, les personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente du modèle de sexualité accepté ou imposé socialement ou moralement, ont fait l'objet de persécutions et de discrimination. Divers « arguments » – religieux, moraux, « scientifiques » et « culturels » – ont été utilisés pour tenter de justifier la répression de l'homosexualité et la négation des droits des personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente. Néanmoins, force est de constater que toutes les sociétés et tous les systèmes de valeurs morales ou religieuses n'étaient pas opposés à l'homosexualité et à l'érotisme entre partenaires de même sexe.

1. Discours religieux et moral

Les notions et les valeurs de décence des sociétés ont souvent été fondées sur les idéologies religieuses de la moralité. Les discours moral et religieux ont façonné les idées et les législations relatives au sexe et au genre. Par conséquent, il n'est pas surprenant que les idées et le droit concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre soient fortement ancrés dans les perceptions sociales qui reflètent ces croyances. Dans toutes les religions abrahamiques⁷, on a observé l'oppression et la tolérance de l'érotisme entre partenaires de même sexe à des moments et des lieux différents et au sein de branches différentes de ces religions.

A l'origine, la loi juive condamnait toutes les pratiques sexuelles qui ne visaient pas la procréation, conformément au mandat que Dieu avait donné à Eve et Adam de peupler la Terre⁸. L'accent était aussi fortement mis sur la pureté. En vertu des lois sur la pureté, les pratiques homosexuelles étaient sanctionnées par la mort⁹. D'autres cultures contemporaines ne condamnaient pas la sodomie et elle était

6. Forum social mondial, 19 mars 2007, Nairobi, Kenya. Traduction libre.

7. Ce terme est employé pour décrire les religions qui ont un lien historico-théologique avec Abraham. Il s'agit principalement du judaïsme, du christianisme et de l'Islam. Voir <http://lisar.lss.wisc.edu/welcome/abrahamic.html>.

8. La Bible, Genèse 1 :28.

9. La Bible, Lévitique 18:22, 20:13.

pratiquée en tant que rituel ou cérémonie de guérison, pour de l'argent, ou en tant que pratique éducative de la jeunesse¹⁰. Tout cela changea avec l'avènement du Christianisme.

Les chrétiens édictèrent l'interdiction de la sodomie. Avec l'adoption du Christianisme comme religion d'Etat de l'Empire romain au IV^e siècle, le droit commença à refléter ce point de vue. D'après la théologie chrétienne, l'activité sexuelle en dehors de la fonction de procréation était contre la religion. L'Eglise catholique jugeait que les pratiques entre partenaires de même sexe, masculins ou féminins, étaient des crimes « contre nature » (*crimen contra naturam* et *crimen nefandum*)¹¹. Ces interdictions étaient utilisées pour lutter contre le paganisme et imposer un modèle d'ordre social et de discipline.

L'Islam était historiquement la religion abrahamique la plus tolérante à l'égard de l'érotisme entre partenaires de même sexe. A la différence des conceptions juive et chrétienne qui présentaient l'homosexualité comme étant « contre nature », la tradition islamique l'envisageait comme le fait de succomber à une tentation naturelle¹². La réponse islamique à la sodomie était par conséquent plus ambivalente. Le *Hadith* rapporte que le beau-fils de Mahomet et son lieutenant chef exécutèrent des personnes pour avoir fait ce que le peuple de Loth fit¹³. A l'inverse, il est écrit dans le Coran que les martyres musulmans au paradis seront entourés de garçons comme des « perles éparpillées »¹⁴.

Le *Hadith* dit aussi que Mahomet recommandait la tolérance à l'égard des *mukhan-nathun* (personnes aux genres différents, souvent appartenant au monde du spectacle) et les autorisait à entrer à la Mecque et à Médine sous certaines conditions, mais sans qu'ils aient à craindre de persécution s'ils pratiquaient l'Islam¹⁵. Ainsi, la désapprobation des pratiques homosexuelles en tant que péchés dans le monde musulman se concentrait plus sur l'irrévérence des pratiques que sur l'acte de sodomie en lui-même¹⁶. A travers l'histoire, de nombreux pays musulmans ont maintenu simultanément des politiques de tolérance et la discipline à l'égard de certaines formes d'érotisme homosexuel. Dans le monde contemporain, cette tension peut être observée dans les exemples très différents de l'Afghanistan, où la coutume d'avoir des *bacha* (danseurs) est toujours répandue au sein de la classe

10. *Ibid.*

11. Voir notamment, Jacques Chiffolleau, « Contra naturam. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale », dans *Micrologus*, IV, 1996, pp. 265-312; Mark Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, University of Chicago Press, Chicago, 1997; et Carla Casagrande et Silvana Vecchio, « Péché », dans Jacques Le GOFF et Jean-Claude SCHMITT, *Le dictionnaire raisonné de l'Occident médiéval*, Paris, Fayard, 1999, pp. 877-878.

12. Michael Goodich, *The Unmentionable Vice: Homosexuality in the Later Medieval Period*, Ross-Erikson Publishers, 1979, p.111.

13. Mishkat, vol. 1, p. 765, *Prescribed Punishments*.

14. Sourate 76-19.

15. Sunan Abu-Dawud, *Book 41:General Behavior (Kitab Al-Adab)*.

16. Naphy, *op. cit.*, p.160.

des propriétaires fonciers, tandis que son voisin l'Iran prévoit la peine de mort pour les hommes condamnés pour sodomie¹⁷.

Alors que l'avancée de l'Islam mettait fin aux persécutions chrétiennes des homosexuels au Moyen-Orient et dans le plupart du monde méditerranéen, les chrétiens d'Europe entraient également dans une période de tolérance. A l'exception des Visigoths, dont le royaume fut finalement annexé par le califat musulman, aucun autre royaume chrétien en dehors de l'Empire romain ne pénalisait la sodomie¹⁸. Au début du Xe siècle, des auteurs ecclésiastiques commencèrent à lancer des appels en faveur d'une nouvelle persécution de la sodomie, mais ces appels n'ont généralement pas été entendus¹⁹. A la place, l'Eglise se concentra sur la pénitence individuelle, avec des périodes de jeûne et de repentance pour « péché d'impureté », alors que le droit civil demeurait silencieux sur la question²⁰.

Ce n'est qu'au XIIe siècle que l'Eglise reprit les persécutions. D'abord avec le concile de Nablouse en 1120, puis avec le concile de Latran en 1139, l'Eglise catholique commença à associer sodomie et hérésie, affirmant que les relations sexuelles dans le but de procréer était l'« ordre naturel » et que la rébellion contre ce dernier était une rébellion *contra naturam* (contre nature)²¹. Les cathares, membres d'une secte hérétique chrétienne persécutée par les croisés à la fin du XIIe siècle et au début du XIIIe siècle, furent souvent accusés d'avoir des relations sexuelles sans but procréatif. On avait le sentiment qu'un acte hérétique conduirait logiquement à un autre. L'origine de l'hérésie cathare en Bulgarie, qui a donné le mot *bougres* en vieux Français, a donné le mot « buggery » en langue anglaise (sodomie)²². Une fois la sodomie fermement établie comme un acte d'hérésie dans le droit de l'Eglise, les législateurs européens de droit civil ont aussi commencé à pénaliser cette pratique. Au XIIIe siècle, la sodomie était une infraction majeure en Europe. Elle allait le rester pour plus de cinq siècles, se poursuivant avec la Réforme protestante et, avec l'avènement de l'impérialisme européen, à travers les colonies outre-mer²³.

En dehors du monde des religions monothéistes, l'éducation religieuse a généralement été moins répressive concernant l'érotisme homosexuel. Il y a aussi eu moins de divisions entre « religion » et « sécularisme », avec des institutions et des coutumes qui mélangeaient des éléments appartenant aux deux. Par exemple, le bouddhisme n'aborde guère le sujet. Les enseignements du Bouddha sont complètement silencieux à propos de l'attirance homosexuelle et des relations sexuelles

17. Reuters, "Afghan boy dancers sexually abused by former warlords", 18 November 2007; Human Rights Watch, "Iran: Two More Executions for Homosexual Conduct", 22 November 2005.

18. Goodich, *op. cit.*, p.73-4; Percy, *op. cit.*, p. 688.

19. Percy, *op. cit.*, p. 686; "Decretals", *Encyclopedia Britannica*, 1911.

20. Goodich, *op. cit.*, p. 25.

21. Naphy, *op. cit.*, p. 89.

22. *Ibid.*, p. 77.

23. Goodich, p. 87.

visant à procréer. Dans la tradition bouddhiste Theravada, pratiquée par la majorité de la population au Sri Lanka, en Thaïlande, en Birmanie, au Cambodge et au Laos, les peines données aux moines pour des relations sexuelles entre eux sont plus faibles que celles auxquelles ils sont condamnés pour des relations sexuelles avec des femmes laïques. Il s'agit d'un exemple très rare d'activité homosexuelle illécite qui est considérée comme moins grave que des relations hétérosexuelles²⁴. En Chine, les enseignements de Confucius relatifs à la hiérarchie ne condamnaient pas l'attirance entre personnes du même sexe. Deux histoires célèbres de la dynastie des Han (206 avant J.-C.-220) illustrent les liens de loyauté hiérarchique tissés par l'attirance sexuelle. Dans l'une, le subalterne du Duc Ling de Wei, Mizi Xia, mord une pêche et, la trouvant sucrée, la donne au Duc pour qu'il la mange. Dans l'autre, Dongxian, le concubin de l'Empereur Ai, s'était endormi sur la manche de l'Empereur et ce dernier qui devait partir a préféré se couper la manche plutôt que de réveiller son amant. Dans la langue chinoise contemporaine, l'attirance homosexuelle est toujours appelée « manche coupée » ou « pêche partagée »²⁵.

La loi religieuse et les textes sacrés indiens ne comportent pas non plus de condamnation générale des relations homosexuelles avant l'arrivée de l'Islam au XIII^e siècle. Le traité Arthashastra, attribué au conseiller impérial Kautilya autour de 300 avant J.-C., condamne les relations sexuelles non procréatives dans des termes modérés et impose une faible amende et des bains rituels pour de tels actes²⁶. Le code juridique Manusmitri, écrit entre 200 avant J.-C et 200 condamne les pratiques homosexuelles seulement si elles ont pour conséquence la perte de la caste ou de la virginité féminine²⁷.

Il convient de noter qu'une abondante littérature anthropologique décrit des pratiques homosexuelles à travers le monde dans des cultures qui pratiquent la transe et la possession comme traditions religieuses ou curatives, ou qui reconnaissent un « troisième sexe » qui est souvent lié au pouvoir spirituel ou chamanique²⁸.

S'agissant du discours religieux contre l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la Haute Cour d'Afrique du Sud a déclaré :

« Il existe encore un corps de pensée théologique qui considère que l'objectif fondamental des relations sexuelles est la procréation et qui, pour cette raison, interdit également la contraception. Il existe un corps de

24. Percy, *op. cit.*, p. 169; Peter Jackson, "Performative Genders, Perverse Desires: A Bio-History of Thailand's Same-sex and Transgender Cultures", dans *Intersections: Gender, History and Culture in the Asian Context*, n° 9, août 2003, p. 54.

25. Percy, *op. cit.*, p. 216-217; Chou Wah-Shan, "Homosexuality and the Cultural Politics of Tongzhi in Chinese Societies", dans *The Journal of Homosexuality*, Harrington Park Press, Vol. 40, No. 3/4, 2001, p. 29.

26. Arthashastra 4.13.236.

27. Manu Smitri 8:369-370, 11:68 et 11:175.

28. Voir par exemple, Percy, *op. cit.*, p. 64.

pensée théologique tout aussi fort qui ne partage plus cette conception. Les comportements sociétaux à l'égard de la contraception et des couples mariés qui ne souhaitent pas avoir d'enfants sont aussi en train de changer. Ces changements de comportements doivent inévitablement entraîner un changement de comportement à l'égard de l'homosexualité »²⁹.

2. Discours « scientifique »

La répression des orientations sexuelles et des identités de genres différentes a également été menée par le biais d'approches « scientifiques ». Historiquement, et en particulier au cours du XIXe siècle et de la première moitié du XXe siècle, le discours scientifique a entretenu un lien étroit avec le discours moral et religieux. Les idées de ce qu'étaient la normalité, la déviance ou le danger social ont souvent été développées et appliquées, avec pour résultat la répression de ceux dont l'orientation sexuelle ou l'identité de genre était différente.

C'est dans le domaine de la médecine que les notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre ont été introduites dans le discours scientifique. Les textes médicaux et l'histoire naturelle considéraient parfois la question au travers de l'ère pré-moderne. Caraka, un physicien célèbre du IIIe siècle avant J.-C. qui a contribué à codifier le système médical indien ayurvédique, décrit des « anormalités » de genre dans son traité *Charakasamhita*, parmi lesquelles diverses formes de conditions intersexes et de stérilité, mais aussi l'homosexualité masculine et féminine³⁰. Les auteurs bouddhistes d'Asie du Sud-Est de la même époque ont également décrit le désir homosexuel en le regroupant parfois avec différentes formes d'impuissance masculine³¹. Dans le monde arabe, les médecins musulmans présentaient le désir homosexuel soit comme une forme de pathologie soit comme une condition congénitale, le résultat de l'horoscope d'une personne à la naissance³². En Europe, le philosophe grec Aristote a apporté des explications au désir homosexuel masculin fondées sur l'épilepsie et le flux anormal de sperme dans le corps. Plus tard en Europe, les médecins ont généralement évité la question, percevant les pratiques homosexuelles comme des péchés plutôt que le résultat d'une maladie³³.

Les XIXe et XXe siècles ont vu l'émergence de la science en tant que forum pour réprimer l'homosexualité. A partir de conceptions biologiques, médicales, criminologiques et sociologiques, plusieurs théories sont apparues pour justifier la

29. Arrêt de 1995, *S. c. H.*, § 125A-B, cité dans Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, affaire CCT11/98, § 38.

30. William Naphy, *op. cit.*, p. 76.

31. *Ibid.*, pp. 598-99.

32. Naphy, *op. cit.*, p. 101; Warren Johannson, "Medical Theories of Homosexuality", dans William Percy, *op. cit.*, pp. 790-91.

33. Pickett, Brent, "Homosexuality", dans *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2006 Edition), Edward N. Zalta (ed.), p. 791.

répression de l'homosexualité « scientifiquement ». Les théories de Westphal et de Lombroso en constituent des exemples. En 1860, le psychiatre allemand Karl Westphal inventa le diagnostic de trouble mental de « sentiment sexuel contraire », qui allait être appelé plus tard « inversion » dans le monde anglo-saxon. En Italie, Cesare Lombroso formula sa théorie du criminel né à partir des perspectives anthropologique et biologique. Selon cette théorie, le système nerveux affaibli du criminel né le prédispose à avoir des comportements dégénérés, dont l'homosexualité³⁴. En 1876, le psychologue autrichien Richard von Kraft-Ebbing publia son ouvrage *Psychopathia sexualis*. D'après ses travaux, toute expression sexuelle qui ne correspond pas au but de la nature, c'est-à-dire à la reproduction, est « perverse ». Ce livre a aussi rendu populaire le concept d'inversion de Westphal et a conduit aux premiers efforts pour traiter l'homosexualité comme une maladie. La théorie de Darwin de la sélection naturelle a aussi indirectement renforcé la conception de l'homosexualité en tant que maladie dans la mesure où les relations homosexuelles n'engendrent pas descendance³⁵.

Certaines théories de criminologie ayant émergé au début du XXe siècle, inspirées par le discours « scientifique » relatif au déterminisme biologique et/ou social, traitaient la question de l'homosexualité comme une forme de « dégénérescence génétique », « une déviance sociale » ou un « comportement présentant un danger pour la société ». Ces théories ont été traduites dans le droit pénal de plusieurs pays. Ainsi, un certain nombre de pays commencèrent à adopter des lois concernant les « délinquants multirécidivistes », les « vagabonds » et autres personnes exclues de la société pour qu'elles en soient mises à l'écart, souvent placées en détention sans procès. Dans la mesure où les personnes gaies et lesbiennes étaient perçues comme des délinquants par nature ou des « pervers », ils étaient fréquemment soumis à de telles lois. L'Espagne de 1933 en constitue un exemple typique. Des lois déclaraient que « les voyous, les proxénètes, les mendiants professionnels et ceux qui vivaient de la mendicité des autres » étaient en « état de dangerosité sociale » et les condamnaient à « l'internement dans un établissement de travail ou dans une colonie agricole »³⁶. Cette loi fut modifiée en 1954 pour inclure explicitement les « homosexuels », qui étaient condamnés à « la ségrégation absolue »³⁷. Leur détention consistait en une combinaison d'éducation religieuse, de travail physique pénible et de torture dans un effort d'apporter un remède à la délinquance présumée mais aussi de protéger la société de toute nuisance susceptible d'être

34. *L'Uome delinquente* (L'homme criminel), Italy, 1876. Cesare Lombroso était considéré comme l'un des fondateurs de la criminologie (voir notamment, G. Stefani, G. Levasseur et R Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, Col. Précis Dalloz Ed. Dalloz, Paris, 1983).

35. Pieter R. Adriaens et Andreas De Block, "The Evolution of a Social Construction", dans *Perspectives in Biology and Medicine*, 49.4 (2006), p. 570-585.

36. Article 6(2) de la *Loi sur les vagabonds et les mécréants (Ley de Vagos y Maleantes)* du 4 août 1933. Traduction libre.

37. Amendement du 15 juillet 1954. Traduction libre.

causée³⁸. La peine pouvait durer jusqu'à ce que les prisonniers « soient guéris ou, à défaut, la cessation de l'état de dangerosité sociale »³⁹.

En Allemagne, bien que la loi contre la conduite homosexuelle existait longtemps avant le code pénal du Reich⁴⁰, le régime nazi l'a complétée. Une réforme du code pénal en 1934 autorisa la « détention préventive » pour une période indéterminée des « délinquants multirécidivistes ». Elle fut complétée en 1939 par la *Loi relative aux étrangers à la communauté* qui prévoyait la stérilisation de ces personnes, y compris les « personnes asociales, les vagabonds et les homosexuels »⁴¹. Les homosexuels furent internés dans des camps de concentration et devaient porter un triangle rose. Des dizaines de milliers d'entre eux périrent dans ces camps⁴².

Certains Etats des Etats-Unis d'Amérique ont également adopté à la même époque des lois relatives à la stérilisation des « délinquants multirécidivistes », même si la Cour suprême les a annulées⁴³. Même dans les pays où les peines pour troubles sociaux étaient moins sévères, comme en Europe du Nord et dans les Etats plus urbains des Etats-Unis, des statuts contre les délits de vagabondage, de conduite contraire aux bonnes mœurs et autres comportements analogues étaient fréquemment utilisés pour harceler les personnes gaies et lesbiennes et les soumettre à la détention de courte durée⁴⁴.

Au cours du XIX^e siècle, des conceptions différentes de la discipline scientifique qui contredisaient les théories essayant de justifier la répression de l'homosexualité sur un fondement « scientifique » sont apparues. Par exemple, dans les années 1860, le juriste allemand Karl Heinrich Ulrichs et Károly Kertbenkya avancèrent l'idée de l'existence d'un troisième genre, composé de personnes étant du sexe opposé par nature ou de par leur âme⁴⁵. Ulrichs les appelait « uraniens » et Kertbenkya inventa le terme d' « homosexuel » pour les décrire. Les deux juristes fondaient leur croyance

38. Arturo Arnalte, *Redada de violetas - La homosexualidad en el franquismo*, Ed. La Esfera de los Libros, Madrid, 2003.

39. Article 5 de la *Loi sur les vagabonds et les mécréants (Ley de Vagos y Maleantes)*.

40. Cette disposition datait de 1871.

41. Francisco Muñoz Conde, «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'», in *Revista Cenipec*, N° 20, Madrid, 1er janvier 2001, p.2.

42. Voir notamment, Johansson, Warren, «Pink Triangles», in *Encyclopedia of Homosexuality*, *op. cit.*; et Johansson, Warren, et Percy, William A. «Homosexuals in Nazi Germany», dans Henry Friedlander (Ed.), *Simon Wiesenthal Center Annual: Volume 7*, New York, Allied Books, Ltd., 1990; Lively, Scott, «Homosexuality and the Nazi Party», dans George A. Rekers (Editor), *The Journal of Human Sexuality*, Lewis & Stanley Publishers, USA, 1996.

43. Cour suprême des Etats-Unis, arrêt du 1er juin 1942, *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

44. William N. Eskridge, Jr, «Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961», dans *Florida State University Law Review*, N° 24, 1997; Shannon Minter, «Sodomy and Public Morality Offenses Under U.S. Immigration Law: Penalizing Lesbian and Gay Identity», dans *Cornell International Law Journal*, N° 26, 1993, p. 804.

45. Manfred Herzer, «Kertbenkya, Roly María», dans Percy, *op. cit.*, p 659; Hubert Kennedy, «Ulrichs, Karl Heinrich», dans Percy, *op. cit.*, p. 1339.

sur le caractère naturel et inné de l'homosexualité et œuvrèrent pour le retrait des lois anti-sodomie.

D'autres recherches relatives à l'attirance entre personnes du même sexe par des médecins et des psychiatres tels que Magnus Hirschfeld et Sigmund Freud, et même une greffe du cœur par von Kraft-Ebbing lui-même peu avant sa mort remirent en cause la conclusion selon laquelle le désir homosexuel était une maladie, mais sans grand effet⁴⁶. La science était très engagée dans la recherche d'explications et de traitements de la « maladie » de l'homosexualité. L'explication la plus communément admise était que l'homosexualité résultait d'un « arrêt du développement » de la sexualité causé par des angoisses de l'enfance⁴⁷. Des psychiatres new-yorkais tels que Albert Ellis et Charles Socarides développèrent des « thérapies réparatrices » dans lesquelles on disait aux patients qu'ils étaient malades mais qu'ils pouvaient guérir en cherchant dans leur subconscient l'origine de leurs compulsions sexuelles et leurs parents psychopathologiques. Un praticien annonça un taux de succès de 27%, tandis qu'un autre se prévalut d'un taux de succès d'un tiers⁴⁸. Le psychiatre Sandor Rado de l'université de Columbia développa une « thérapie de l'aversion » qui consistait en un mélange de psychanalyse avec des séances au cours desquelles étaient montrées au patient des images érotiques mettant en scène des homosexuels pendant qu'on lui administrait des chocs électriques ou des médicaments causant la nausée. En 1962, cette thérapie aboutit au décès d'un soldat britannique condamné pour homosexualité⁴⁹. Le changement de sexe, généralement obligatoire, représentait un autre traitement. En 1953, le célèbre informaticien et mathématicien britannique Alan Turing fut condamné pour indécence flagrante à des injections d'œstrogène et mourut peu de temps après⁵⁰. En Afrique du Sud, près de 900 changements de sexe obligatoires furent pratiqués sur des soldats pendant la période d'apartheid⁵¹.

Alors que la communauté scientifique adoptait progressivement la conception selon laquelle l'« inversion sexuelle » était une maladie mentale⁵², les peines pour crime d'homosexualité évoluèrent vers le traitement médical obligatoire. Dans l'Espagne des années 1970, la Loi des vagabonds et des mécréants fut abrogée et

46. *Ibid.*; Warren Johansson, "Magnus Hirschfeld", "Freud, Sigmund" et "Freudian Concepts" dans Percy, *op. cit.*, 430-437 and 535-539.

47. Arvind Narrain et Tarunabh Khaitan, "Medicalisation of Homosexuality", dans *Combat Law*, Volume 1, n°1 (mars-avril 2002).

48. Jack Drescher, "I'm Your Handyman", dans *Journal of Homosexuality*, Volume 36(1) 1998, p.27; Charles W. Socarides, "How America Went Gay", Leadership U, www.leaderu.com/jhs/socarides.html.

49. Beverley D'Silva, "When Gay Meant Mad", dans *The Independent*, Londres, 4 août 1996.

50. Paul Gray, "Alan Turing", *Time*, 29 mars 1999.

51. Ana Simo, "South Africa", *The Gully*, 25 août 2000.

52. Par exemple, l'American Psychiatric Association fut la première à considérer l'« homosexualité » comme une maladie en 1952. 1952. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual: Mental Disorders (DSM-I)* (1952), 38-39.

remplacée par la Loi sur la dangerosité sociale et la rééducation⁵³. En vertu de cette loi, « ceux qui commettent des actes homosexuels » et les « déficients mentaux »⁵⁴ pouvaient être condamnés à une large gamme de peines, y compris, concernant les homosexuels et les prostituées, au « confinement dans un établissement de rééducation »⁵⁵. Aux Etats-Unis d'Amérique, plusieurs juridictions édictèrent des lois appelées « psychopathe sexuel » autorisant les tribunaux à condamner les délinquants sexuels récidivistes, dont ceux qui avaient été condamnés pour relations homosexuelles consenties, au confinement involontaire et au traitement dans des hôpitaux psychiatriques⁵⁶. Le Royaume-Uni autorisa des hommes condamnés pour homosexualité à choisir entre des peines de prison et de rééducation sexuelle⁵⁷. Même si les lois relatives au traitement médical involontaire ont été abrogées dans la plupart des pays, et un tel traitement est aujourd'hui reconnu comme un motif valide pour demander l'asile⁵⁸, le traitement involontaire continue d'être pratiqué dans certains pays, comme les Emirats Arabes Unis et certains pays de l'ancienne Union soviétique⁵⁹.

Au même moment, les travaux de chercheurs américains comme Alfred Kinsey et Evelyn Hooker démontrèrent qu'il n'y avait pas de base scientifique pour affirmer que l'hétérosexualité est « normale », alors que les autres formes d'orientation sexuelle sont « déviantes », ou que l'attirance homosexuelle est pathologique. Ces chercheurs ne se sont pas concentrés, comme l'avaient fait d'autres psychiatres auparavant, sur des délinquants ou des patients souhaitant être traités, et ont ainsi démontré que les homosexuels présentaient la même fréquence de bien-être ou de trouble psychologique que les hétérosexuels⁶⁰. Ces conclusions furent progressivement admises par les professionnels de santé et les scientifiques aux Etats-Unis dans les années 1960, avec pour aboutissement l'abandon du diagnostic de l'homosexualité en tant que maladie mentale par l'association psychologique américaine (American Psychological Association) en 1973. Par la suite, les associations psychologique, psychiatrique et médicales américaines ont toutes déclaré que la thérapie réparatrice se fondait sur l'hypothèse erronée qu'un patient devrait changer son

53. Loi 16/1970 (Ley Sobre Peligrosidad y Rehabilitacion Social) du 4 août 1970, BOE N° 187.

54. *Ibid.*, Article 20.

55. *Ibid.*, Article 30.

56. Eskridge, *op. cit.*, pp. 712-716.

57. Voir, par exemple, Andrew Hodges, *Alan Turing: the Enigma*, Vintage, Random House, Londres, 1992.

58. Par exemple, Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, arrêt du 24 juin 1997, affaire *Pitcherskaia v. INS*.

59. Communiqué de presse du Département d'Etat des Etats-Unis, Forced Medical Treatment of UAE Homosexuals, 28 novembre 2005, disponible à l'adresse suivante: www.state.gov/r/pa/prs/ps/2005/57390.htm; Amnesty International, *Torture. Identité sexuelle et persécutions*, ACT 40/016/2001, 21 juin 2001.

60. Evelyn Hooker, "The Adjustment of the Male Overt Homosexual", dans *Journal of Projective Techniques*, vol. 21 (1957), p. 29; A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, W.B. Saunders Ed., Philadelphia, 1948.

orientation sexuelle et qu'une telle thérapie était inefficace et susceptible de causer des dommages aux personnes concernées⁶¹.

La reconnaissance qu'une orientation sexuelle différente n'est pas une maladie a été plus lente ailleurs. L'association psychologique américaine s'est opposée au classement de l'homosexualité parmi les troubles mentaux depuis 1987⁶², alors que les organes psychiatriques du Japon, de la Russie et de la Chine n'en firent de même qu'en 1995, 1999 et 2001 respectivement. L'Organisation mondiale de la santé retira l'homosexualité de la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes (CIM)* en 1992⁶³.

Dans ce contexte, la conclusion de la Cour constitutionnelle de Colombie est opportune. La Cour prend en considération les recherches scientifiques effectuées depuis le milieu du XXe siècle et les rapports de l'Organisation mondiale de la santé :

*« l'homosexualité n'est ni une maladie, ni un comportement préjudiciable, elle représente une variation de l'orientation sexuelle humaine. Partant, les conceptions traditionnelles de l'homosexualité en tant que maladie ou anormalité qui doit être soignée médicalement ne sont pas acceptables dans les sociétés contemporaines pluralistes »*⁶⁴.

3. Discours politique et idéologique

Outre les arguments religieux, moraux et « scientifiques », la question de l'homosexualité a également été utilisée à des fins politiques, pour persécuter un groupe de personnes ou cibler des adversaires politiques. L'histoire est hélas riche d'exemples. Les purges staliniennes et le MacCarthysme n'en sont que deux illustrations parmi bien d'autres. Dans la Russie impériale, à la différence de l'Europe occidentale, le discours médical relatif à l'homosexualité n'avait que peu d'influence à la fin du XIXe siècle. L'homosexualité était criminalisée depuis 1835 mais en réalité les autorités tsaristes se montraient indulgentes à l'égard des pratiques homosexuelles. La révolution bolchevique abrogea la législation pénale du régime tsariste, y compris les lois concernant les relations homosexuelles entre adultes consentants. Le code pénal soviétique de 1922 ne prévoyait pas l'homosexualité en tant que délit. Cependant, le régime stalinien associait l'homosexualité au fascisme et dénonçait les « pédérastes » en tant qu'agents de la corruption et de la subversion du capitalisme. L'homosexualité fut repénalisée en 1934⁶⁵, employant le langage médical pour justifier scientifiquement la déportation des homosexuels

61. Voir Carolyn Ann Hicks, "Reparative Therapy: Whether parental attempts to change a child's sexual orientation can legally constitute child abuse", dans *American University Law Review*, Vol. 49, May 2000.

62. Fox, R.E. (1988), Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1987: Minutes of the Annual meeting of the Council of Representatives, *American Psychologist*, 43, 508-531.

63. OMS, "CIM-10", www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online.

64. Cour constitutionnelle de Colombie, arrêt n° C-481/98 du 9 septembre 1998, § 11. Traduction libre.

65. La loi de 1934 fut abrogée en 1993.

dans les goulags ou leur internement dans des établissements psychiatriques⁶⁶. Le régime stalinien n'hésita pas à utiliser la nouvelle législation pour justifier la répression politique et les purges. La déclaration de Maxim Gorki « détruisez les homosexuels et le fascisme disparaîtra » illustre cette instrumentalisation politique⁶⁷. De manière ironique, les arguments contre l'homosexualité étaient utilisés aux Etats-Unis sous le MacCarthysme dans le cadre de la croisade anticommuniste. Les homosexuels étaient présentés comme une menace à la sécurité nationale et/ou comme des agents communistes⁶⁸. Dans ce contexte, le Président Dwight D. Eisenhower signa l' « Executive Order 10450 » intitulé *Conditions de sécurité pour les emplois gouvernementaux* (*Security Requirements for Government Employment*) le 27 avril 1953, déclarant que les homosexuels représentaient un « risque pour la sécurité » et ordonnant le renvoi de tous les employés fédéraux reconnus coupables de « perversion sexuelle ».

Le sens de la nation et le relativisme culturel sont souvent invoqués pour s'opposer à la dépénalisation de l'homosexualité, au motif que c'est étranger à l'identité, à la culture et aux valeurs nationales. Certains pays utilisent la « nation », les « traditions nationales » et la « spécificité culturelle » comme critères pour ne pas admettre l'homosexualité. Dans l'arrêt de la Cour Suprême *Bowers c. Hardwick*⁶⁹, depuis renversé, la majorité des juges a développé un raisonnement qui illustre la rhétorique employée dans de nombreux Etats du Sud pour maintenir les lois relatives à la sodomie. Un juge considéra ainsi que la Constitution fédérale ne conférait pas un « droit fondamental aux homosexuels de pratiquer la sodomie » sur le fondement que l'interdiction de la sodomie était « profondément ancrée dans la tradition et l'histoire de la nation ». De même, dans une opinion dissidente dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, un juge chypriote nota que tous les pays civilisés pénalisaient la sodomie jusqu'à une période récente et prédit un tollé et le désarroi publics si de telles lois étaient abrogées à Chypre ou en Irlande du Nord, dans la mesure où la religion est importante dans les deux pays et qu'ils adhèrent à des valeurs morales vieilles de plusieurs siècles⁷⁰.

Si le droit international des droits de l'homme et la jurisprudence rejettent l'argument du relativisme culturel et le fait que des valeurs morales nationales justifient le déni de l'orientation sexuelle d'un individu, le Comité des droits de l'homme des

66. Voir Healey, Dan, *Homosexual Desire in Revolutionary Russia: The Regulation of Sexual and Gender Dissent*, University of Chicago Press, 2001; Gorsuch, Anne E., "Homosexual Desire in Revolutionary Russia: The Regulation of Sexual and Gender Dissent", dans *Journal of the History of Sexuality*, Vol. 11, N° 4, octobre 2002; et Gert Hekma, Harry Oosterhuis et James Steakley (Eds.), *Gay Men and the Sexual History of the Political Left*, Harrington Park Press, 1995.

67. Healey, Dan, *op. cit.*, p. 227.

68. David K. Johnson, *The Lavender Scare - The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*, University of Chicago Press, 2004.

69. Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 30 juin 1986, *Bowers c. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

70. Rien n'a changé en Irlande du Nord et à Chypre après les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* et *Modinos c. Chypre*.

Nations Unies dénonce la pénalisation de l'homosexualité sur le fondement du droit à la vie privée, y compris les relations sexuelles entre adultes consentants⁷¹.

4. Dépénalisation et pénalisation continue

L'Europe des Lumières avait hérité des lois pénales issues de passages de la Bible et de siècles de tradition chrétienne, qui prévoyaient la peine de mort en cas de relations sexuelles ne visant pas la procréation⁷².

La Révolution française en finit avec la coutume européenne en abolissant les crimes moraux, dont la sodomie, en vertu du nouveau code pénal promulgué en 1791. Mis à jour par Napoléon et diffusé par le biais de ses conquêtes militaires, le code fut adopté à travers l'Europe continentale. Après la chute de Napoléon, la plupart des pays abrogèrent leur code napoléonien mais quelques uns, parmi lesquels la France, la Belgique, l'Espagne et les Pays-Bas, ne repénalisèrent pas la sodomie⁷³. En 1889, l'Italie (le Royaume des deux Siciles et plus tard le Royaume de Naples) dépénalisa les relations homosexuelles entre adultes consentants. Le Portugal en avait fait de même en 1852 (mais le crime fut réintroduit en 1912). Par la suite, certains nouveaux Etats créés en Europe au milieu du XIXe siècle et au début du XXe siècle tels que l'Italie et la Pologne n'établirent jamais l'interdiction de la sodomie ou adoptèrent une variante du code napoléonien peu après leur indépendance⁷⁴. Dans d'autres régions, quelques autres pays dépénalisèrent les relations homosexuelles. Ainsi, en 1883 au Japon, le gouvernement revint sur sa décision de 1873 rendant les relations sexuelles entre hommes illégales.

Le mouvement de dépénalisation moderne commença vers la moitié du XXe siècle. Les arguments se fondaient sur les sciences sociales, notamment la psychologie. Le Danemark fut la première nation au XXe siècle à abroger la loi sur la sodomie, en 1933, suivi par la Suisse en 1941 et la Suède en 1944⁷⁵. Après la Deuxième Guerre mondiale, le rapport britannique Wolfenden de 1957 et le modèle de code pénal américain, initialement rédigé en 1959, recommandaient que le crime de sodomie soit aboli⁷⁶. L'Etat américain de l'Illinois fut le premier à adopter cette recommandation en 1961. En 1983, la moitié des Etats des Etats-Unis avaient suivi l'exemple

71. Comité des droits de l'homme, observations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, § 8.4.

72. Voir par exemple Lévitique, 18:22.

73. Stephanie Coontz, *Marriage, A History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*, Ed. Penguin Group, New York, 2005, Chapitre 9.

74. Robert Wintemute, "International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships", dans *Quinnipiac Law Review*, Quinnipiac University School of Law, USA, Volume 23, 2004.

75. *Ibid.*, et Hubert Kennedy, "Chapter 1: Beginnings" in *Journal of Homosexuality*, Volume 38, No. 1/2, 1999, pp. 7, 14.

76. William Eskridge, "Challenging The Apartheid Of The Closet: establishing conditions for lesbian and gay intimacy, nomos, and citizenship, 1961-1981" dans *Hofstra Law Review*, Volume 25, 1996.

de l'Illinois⁷⁷. Les pays européens suivirent la même voie, un peu plus rapidement. La Tchécoslovaquie et la Hongrie devinrent les premières à abolir leur loi sur la sodomie, en 1961 aussi⁷⁸. En 1983, la plupart des pays européens des deux côtés du rideau de fer avaient dépénalisé la sodomie, à l'exception de seulement cinq pays, les territoires de la Couronne britannique et certaines parties de la Yougoslavie⁷⁹.

Il convient de noter que plusieurs pays d'Amérique latine et d'Asie orientale n'ont jamais prévu d'interdiction légale expresse de la sodomie ou, comme dans les cas du Japon, du Mexique et du Brésil, avaient adopté une version du code napoléonien au cours du XIXe siècle⁸⁰. Les exceptions notables, outre celles mentionnées au paragraphe précédent, incluent la Chine, qui n'abrogea pas son statut anti-sodomie avant 1993, et les anciennes colonies britanniques d'Asie du Sud-Est, qui maintiennent encore aujourd'hui leurs lois anti-sodomie⁸¹.

La plupart des anciennes colonies britanniques d'Afrique, des Caraïbes et d'Asie du Sud maintiennent également leurs lois anti-sodomie, de même que tous les pays du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord, à l'exception d'Israël⁸². La plupart des anciennes colonies britanniques des Caraïbes prévoient dans leur constitution des « clauses de sauvegarde »⁸³ qui maintiennent les anciennes lois coloniales et les lois victoriennes, dont les dispositions du *Offences against the Persons Act* de 1861 et l'amendement au code pénal de 1885 qui interdit la sodomie et l'indécence flagrante. Le Royaume-Uni a abrogé les lois victoriennes contre l'homosexualité à l'issue de leur remise en cause, d'abord avec la loi et les débats sur la moralité qui ont conduit au rapport Wolfenden, puis par des évolutions législatives dans les années 1960 et les interventions résultant de son engagement avec le système européen des droits de l'homme.

5. Vers la reconnaissance

L'année 1961 vit également la création de la société Mattachine de Washington aux Etats-Unis d'Amérique, dont la mission est d'œuvrer publiquement « pour

77. Melinda Kane, "Social Movement Policy Success: Decriminalizing State Sodomy Laws, 1969–1998", dans *Mobilization: An International Quarterly*, Volume 8, n° 3, octobre 2003, pp. 313 et 315.

78. Eskeridge, *op. cit.*, p. 855; Michael Jose Torra, "Gay Rights after the Iron Curtain", dans *Fletcher Forum of World Affairs*, Volume 22:2, été 1998, pp. 73 et 76.

79. *Ibid.*, et Pratima Narayan, "Somewhere Over the Rainbow: International Human Rights Protection for Sexual Minorities in the New Millennium", dans *Boston University International Law Journal*, 2006, n°24, pp. 313 et 317.

80. Charles P. Sherman, "The Debt of Modern Japanese Law to French Law", dans *California Law Review*, Vol. 6, No. 3, March 1918, p. 198; Wayne Percy, *op. cit.*, p. 806; Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey*, Ed. International Lesbian and Gay Association, 2006.

81. Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey, op. cit.*

82. *Ibid.*, et Indiana University, Office of Overseas Study, "LGBT Resources in the Middle East", www.indiana.edu/~overseas/lesbigay/middleeast.html.

83. Voir Constitution de la Barbade, s. 26, de la Jamaïque, s. 26(8) ; Trinidad maintint sa clause de sauvegarde même après être devenue une république.

l'égalité de statut et de position des homosexuels », qui rompit avec les organisations « homophiles » plus anciennes qui avaient évité toute publicité⁸⁴. D'autres organisations du même genre virent rapidement le jour ailleurs dans le monde, caractérisant les efforts déployés pour abroger les lois anti-sodomie comme partie intégrante de la lutte pour le respect des droits de l'homme. Dès 1969, certains militants décrivaient leur mouvement comme la « libération gaie ».

Très tôt, le système européen des droits de l'homme s'est montré réceptif à l'égard des requêtes fondées sur l'orientation sexuelle. En 1981, la Cour européenne des droits de l'homme déclara que les délits de sodomie et d'indécence en Irlande du Nord violait le droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette décision concernait la remise en cause de la légalité d'une loi par un homme gai qui alléguait que l'existence des délits en Irlande du nord le menaçait de poursuites pénales et portait atteinte à son droit à la vie privée. La Cour a jugé dans cet arrêt de principe *Dudgeon c. Royaume-Uni* que « [p]ar son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée »⁸⁵.

La Cour européenne a rendu des jugements analogues en 1988 et 1993 dans les affaires *Norris c. Irlande*⁸⁶ et *Modinos c. Chypre*⁸⁷ respectivement. Les deux Etats concernés invoquaient des sentiments forts hostiles à l'homosexualité fondés sur la religion et arguaient que la « protection de la morale » constituait un but légitime pour maintenir les lois. La Cour n'a pas fait référence à la marge d'appréciation nationale ou à la pratique de l'Etat dans les deux cas, mais a plutôt cité la pratique prédominante dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe qui avaient dépénalisé depuis longtemps les relations homosexuelles entre adultes consentants. La Cour ne trouva aucun besoin social pressant qui justifie le maintien de la législation dans les deux situations. Exerçant son contrôle de proportionnalité, la Cour européenne considéra que le préjudice résultant des lois hostiles aux homosexuels qui violaient le droit au respect à la vie privée était plus important que le « but légitime » qu'elles poursuivaient.

En revanche, la Cour européenne n'examinait pas plus largement les droits liés à l'orientation sexuelle et se limitait à condamner les lois pénales sur le fondement du droit à la vie privée⁸⁸. Ce n'est qu'en 1999 que la Cour élargit le champ d'application de la disposition relative au droit à la vie privée dans les arrêts *Lustig Praen et*

84. Eskeridge, *op. cit.*, pp. 821-822.

85. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 octobre 1981, requête n° 7525/76, § 41.

86. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 octobre 1988, requête n° 10581/83.

87. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 avril 1993, requête n° 15070/89.

88. La Cour refusa de se prononcer sur les arguments de discrimination fondés sur l'âge de consentement différent entre homosexuels et hétérosexuels dans les arrêts *Dudgeon, Norris et Modinos*.

*Beckett c. Royaume-Uni*⁸⁹ et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*⁹⁰. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour condamna des lois qui excluaient les personnes gaies et lesbiennes de l'armée et fit une interprétation de la vie privée selon laquelle l'orientation sexuelle ne se limitait pas à la sphère privée mais entrait aussi dans la sphère publique. La même année, la Cour européenne rendit un arrêt important dans lequel elle reconnut expressément l'« orientation sexuelle » comme un motif de discrimination et conclut à une violation de la Convention dans une affaire contre le Portugal dans laquelle une décision de justice avait privé un père de son droit de garde au motif qu'il était homosexuel⁹¹.

Six pays ont adopté une législation autorisant le mariage entre partenaires du même sexe : les Pays-Bas⁹², la Belgique⁹³, l'Espagne⁹⁴, le Canada⁹⁵, la Norvège⁹⁶ et l'Afrique du Sud⁹⁷. Deux de ces Etats l'ont fait sur ordre de leur cour suprême⁹⁸. 18 autres pays⁹⁹ et Etats fédérés de cinq autres pays¹⁰⁰ prévoient sous différentes formes juridiques (union civile, partenariat enregistré, partenariat civil, pacte civil de solidarité, etc.) des partenariats entre personnes de même sexe mais qui ne reconnaissent pas tous les droits et obligations du mariage. La question du droit des couples homosexuels d'adopter des enfants ou de ne pas faire l'objet de discrimination dans la décision de placer un enfant adopté demeure en suspens. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'un Etat qui autorise l'adoption par un seul parent ne doit pas prendre en compte l'orientation sexuelle de la personne de manière arbitraire lors de l'examen de la demande d'adoption¹⁰¹. Néanmoins, ce cas laisse deux questions sans réponse : celle de savoir si un Etat pourrait avancer une raison valable pour refuser une demande d'adoption sur le fondement de l'orientation sexuelle et celle de savoir si les Etats peuvent effectivement discriminer les

89. Arrêt du 27 septembre 1999, requêtes n°31417/96 et 32377/96.

90. Arrêt du 27 septembre 1999, requêtes n°33985/96 and 33986/96.

91. Arrêt du 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, requête n° 33290/96.

92. Article 30 du code civil, Livre 1, réforme de 2001.

93. Article 143 du code civil, Livre I, titre V, chapitre 1, réforme du 13 février 2003, *Moniteur belge*, 28 février 2003, pp. 9880-83.

94. Article 44 du code civil, amendé par la loi 13/2005 du 30 juin 2005, *Boletín del Estado*, 2 juillet 2005.

95. Civil Marriage Act du 20 juillet 2005.

96. Le *Storting* (parlement norvégien) a approuvé le mariage homosexuel en juin 2008, la loi doit prendre effet à partir du 1er janvier 2009. La législation abroge l'acte sur le partenariat enregistré et donne aux couples déjà enregistrés l'option de convertir leur partenariat en un mariage.

97. Civil Union Act [n° 17 de 2006], 30 novembre 2006.

98. *Reference re Same-Sex Marriage* [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79 (Canada); *Fourie and Bonthuys c. Minister of Home Affairs*, affaire CCT 25/03 (Afrique du Sud).

99. Allemagne, Andorre, Colombie, Croatie, Danemark, Finlande, France, Hongrie, Islande, Israël, Luxembourg, Nouvelle-Zélande, République tchèque, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, Suisse, Uruguay.

100. Argentine (ville autonome de Buenos Aires, province du Río Negro et ville de Villa Carlos Paz), Australie (Australian Capital Territory, Tasmanie et Victoria), Brésil (Rio de Janeiro), Etats-Unis d'Amérique (Connecticut, Hawaii, New Hampshire, New Jersey, Vermont, District of Columbia, Maine, Oregon et Washington) et Mexique (Coahuila, Mexico D.F.).

101. Arrêt du 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, requête n°43546/02.

personnes homosexuelles en limitant le droit d'adopter aux couples mariés, tout en ne reconnaissant pas le droit de se marier aux couples homosexuels¹⁰². La plupart des Etats des Etats-Unis d'Amérique prévoient l'adoption par des personnes homosexuelles, seules ou en couple¹⁰³. L'adoption est également autorisée en Afrique du Sud¹⁰⁴, en Israël, en Espagne et presque partout au Canada et en Australie¹⁰⁵.

Les progrès concernant les droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ne se sont pas limités à l'Amérique du Nord et à l'Europe. Dans les années 1970 et 1980, des mouvements locaux de revendication des droits des personnes gaies et lesbiennes se sont formés à travers le monde. La campagne du *Movimiento por la Liberación Homosexual* en Colombie pour dépénaliser la sodomie a été couronnée de succès en 1981. D'autres campagnes menées par des organisations locales ont connu le même succès en Nouvelle-Zélande, en Israël et en Australie.

Le mouvement homosexuel ne s'est pas concentré uniquement sur l'abrogation des lois anti-sodomie. Il visait aussi d'autres questions de droits de l'homme, telles que la non discrimination et la reconnaissance. La fin de la Guerre froide a procuré de nouvelles opportunités aux militants des droits de l'homme. Après 1991, la croissance de la société civile locale et l'expansion du Conseil de l'Europe ont permis d'en finir avec les lois anti-sodomie de 19 pays d'Europe de l'Est et de l'ancienne Union soviétique. Au cours des dix dernières années, le mouvement pour les droits des personnes lesbiennes, gaies, bisexuelles et transgenres (LGBT), tel qu'il est à présent connu, a combiné des efforts aux niveaux local et international pour abroger les lois sur la sodomie au Chili, au Cap-Vert, au Fidji, aux Iles Marshall, en Mongolie, au Nicaragua et dans le reste des Etats-Unis d'Amérique¹⁰⁶. Sur le continent américain, à partir de 1994, plusieurs pays ont prévu l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, par une révision constitutionnelle en Equateur¹⁰⁷, par une législation au Mexique¹⁰⁸, par un arrêt de la Cour suprême au Canada¹⁰⁹,

102. C'est le cas, par exemple, de l'Etat de l'Utah, qui interdit aux couples non mariés d'adopter et qui interdit également le mariage homosexuel. Code de l'Utah, titre 30 chapitre 1 section 2 et titre 78B chapitre 6 section 117.

103. Gary J. Gates, M.V. Lee Badgett, Jennifer Ehrle Macomber et Kate Chambers, *Adoption and Foster Care by Gay and Lesbian Parents in the United States*, Ed. The Williams Institute (UCLA School of Law) / The Urban Institute - Washington, DC, mars 2007, p. 3.

104. Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt du 10 septembre 2002, *Du Toit and de Vos c. Minister for Welfare and Population Development*, affaire CCT 40/01.

105. Adoption Act de 1994, partie 3, division 6, section 39, *Western Australia Consolidated Acts*.

106. Daniel Ottoson, *State Sponsored Homophobia*, Ed. International Lesbian and Gay Association, April 2007, 3 (http://www.ilga.org/statehomophobia/State_sponsored_homophobia_ILGA_07.pdf).

107. Constitution de l'Equateur, article 23 § 3.

108. Loi fédérale pour prévenir et éliminer la discrimination (*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*) du 11 juin 2003.

109. *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

par une série d'arrêts de la Cour constitutionnelle en Colombie¹¹⁰ et par un acte du pouvoir exécutif au Venezuela¹¹¹. Dans ce contexte, l'adoption en juin 2008 par l'assemblée générale de l'Organisation des Etats américains, par consensus, de sa première résolution intitulée « droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre » est particulièrement pertinente¹¹². Ailleurs dans le monde, des lois anti-discrimination ou des dispositions constitutionnelles existent en Afrique du Sud¹¹³, en Israël¹¹⁴, à Taïwan¹¹⁵ et aux îles Fidji¹¹⁶.

6. Quelques définitions

Pour aborder la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, il convient d'éclaircir certains termes et notions. Les termes « gai », « lesbienne », « transgenre », « transsexuel » sont souvent employés pour décrire l'orientation sexuelle d'une personne. Les *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre (Principes de Jogjakarta)* apportent des définitions utiles.

D'après le préambule des Principes de Jogjakarta, l'« orientation sexuelle » :

« fait] référence à la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe ».

Le statut de l'orientation sexuelle d'une personne établit le sexe de celui ou celle qui partage son attirance et de ses expériences sexuelles. L'orientation sexuelle est souvent divisée en termes de a) homosexuel, pour décrire l'attirance envers des personnes du même sexe, b) hétérosexuel, pour l'attirance envers des personnes du sexe opposé et c) bisexuel, pour évoquer l'attirance à la fois envers des individus de même sexe et de sexe opposé. Ces descriptions trouvent leur origine dans l'intérêt de la médecine pour les questions de sexualité et sont parfois mal perçues par certains défenseurs de la cause dans la mesure où elles renvoient à une période de l'histoire médicale où l'homosexualité était conçue et traitée comme une maladie¹¹⁷.

110. Voir, par exemple, Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêts n° T-097/94, T-101/98, C-481/98, C-507/99, T-268/00, C-373/02 et T-301/04.

111. Règlement de la loi organique du travail (*Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*), journal officiel (*Gaceta Oficial*) n° 5.292 du 25 janvier 1999.

112. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), adoptée le 3 juin 2008.

113. Constitution d'Afrique du Sud, article 9 § 3.

114. *Equal Employment Opportunity Act (1992)*; *Danilowitz v. El Al*, Cour suprême d'Israël, 1995.

115. www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2007/100517.htm.

116. Constitution de Fidji, article 38, section 2(a).

117. Voir, de manière générale, Miller, Alice, "Sexual rights words and their meanings: The gateway to effective human rights work on sexual and gender diversity", document soumis à la réunion de Jogjakarta, novembre 2006.

L'origine de mots tels que lesbienne et gai et leur mention dans les débats sur le relativisme culturel ont suscité des appréhensions quant à leur développement au sein des Nations Unies ou dans certains contextes juridiques. Ces préoccupations ont conduit à la création de l'expression « hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes », ou HSH, pour décrire les hommes ayant des relations homosexuelles¹¹⁸. Il s'agit d'essayer de créer une catégorie qui évite la revendication subjective d'une identité sexuelle ou, du moins, la connotation politique de certaines étiquettes. A la place, l'abréviation HSH répond au besoin de classification des comportements des initiatives de santé publique. Ainsi, les HSH ont été reconnus comme un groupe vulnérable concernant la prévention du virus HIV/SIDA.

Dans le contexte de la protection des droits de l'homme, l'expression « identité de genre » doit également être définie. La notion de ce qui constitue les normes masculine ou féminine a été la source de violations des droits de l'homme des individus qui ne se conforment pas aux stéréotypes des modèles masculin ou féminin. Le comportement personnel, la tenue vestimentaire, les manières, la façon de parler, les comportements sociaux, la dépendance économique des femmes et l'absence de partenaire de sexe opposé sont autant de facteurs susceptibles de tromper les attentes en terme de genre.

Aux termes du préambule des Principes de Jogjakarta, l' « identité de genre » :

« fait] référence à l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ».

Une personne transgenre est quelqu'un qui se sent profondément d'un sexe différent de ses caractéristiques physiques à la naissance. Une personne peut être « femme vers homme » (*female-to-male* ou FTM) dans le sens où il a une identité de genre à prédominance masculine mais il est né avec un corps de femme. De la même manière, une personne peut être « homme vers femme » (*male-to-female* ou MTF) si elle a une identité de genre à prédominance féminine mais est née avec un corps ou des caractéristiques masculins.

Une personne transsexuelle est quelqu'un qui a subi des modifications physiques ou hormonales par des moyens chirurgicaux ou thérapeutiques, afin d'assumer de nouvelles caractéristiques sexuelles physiques. Les personnes transgenres et les transsexuels peuvent avoir n'importe quelle orientation sexuelle. Il importe en effet de distinguer le sexe de l'activité sexuelle. Comme nous l'examinerons

118. Voir UNAIDS, « Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes », (<http://www.unaids.org/fr/PolicyAndPractice/KeyPopulations/MenSexMen/default.asp>).

ultérieurement, les progrès de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'identité de genre concernent principalement le changement de sexe par la chirurgie, les traitements hormonaux et la possibilité de rapports hétérosexuels (transsexualisme). Cette position trouve son fondement dans la jurisprudence nationale britannique. Dans son opinion dissidente¹¹⁹ dans l'affaire *Corbett c. Corbett*, le Lord Justice Thorpe a déclaré :

« [t]enir le facteur chromosomique pour déterminant, voire seulement dominant, me semble particulièrement contestable dans le cadre du mariage. En effet, il s'agit d'un aspect invisible de l'individu, qui ne peut être perçu ou déterminé que par des tests scientifiques. Il ne contribue en rien à l'individualité physiologique ou psychologique. En fait, dans le contexte actuel de l'institution du mariage, il me semble juste, sur le plan des principes, et logique de donner la prééminence aux facteurs psychologiques, tout comme il me paraît préférable de procéder à la détermination indispensable du sexe au moment du mariage ou peu avant, plutôt qu'à la naissance »¹²⁰.

Dans l'affaire australienne *Re Kevin* concernant la validité d'un mariage transsexuel, le juge Chisholm a affirmé :

« [p]arce que les mots « homme » et « femme » ont leur signification contemporaine ordinaire, il n'existe pas de solution conventionnelle pour déterminer le sexe d'un individu dans le cadre du droit au mariage. Ainsi, on ne peut affirmer juridiquement qu'une question dans une affaire particulière sera déterminée en appliquant un seul ou plusieurs critères. Partant, il est incorrect de dire que le sexe d'une personne dépend d'un seul facteur, tel que les chromosomes ou les organes génitaux, ou d'une série limitée de facteurs, comme l'état des gonades de la personne, ses chromosomes ou ses organes génitaux (que ce soit à la naissance ou plus tard). De la même manière, il serait une erreur juridique d'affirmer que la question peut être résolue en faisant référence au seul état psychologique de la personne, ou en identifiant son « sexe mental ».

Pour déterminer le sexe d'une personne dans le cadre de la loi sur le mariage, tous les facteurs pertinents doivent être pris en considération. Mon intention n'est pas d'établir une liste exhaustive ou de suggérer que certains facteurs sont plus importants que d'autres. Cependant les facteurs pertinents incluent, à mon avis, les caractéristiques physiques et biologiques de la personne à la naissance (dont les gonades, les organes génitaux et les chromosomes), ses expériences, y compris le sexe selon lequel elle a été élevée et son attitude à cet égard, la propre perception de la personne en tant qu'homme ou en tant que femme, la mesure dans laquelle la personne s'est comportée socialement en tant qu'homme ou en tant que femme,

119. Arrêt du 2 février 1970, *Corbett v. Corbett* (également appelé *Ashley*), § 155, cité dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, requête n°25680/94, § 36.

120. Arrêt du 2 février 1970.

tout traitement hormonal, chirurgical ou médical que la personne a suivi et ses conséquences, et les caractéristiques physiques, psychologiques et biologiques de la personne au moment du mariage »¹²¹.

LGBT est l'acronyme pour personnes « lesbiennes, gaies, bisexuelles et transgenres ». Il couvre l'orientation sexuelle des personnes lesbiennes, gaies et bisexuelles avec une autre catégorie qui ne concerne pas l'orientation sexuelle, à savoir les personnes transgenres. Les questions d'orientation sexuelle, d'identité de genre et d'expression de genre sont abordées comme un tout par les Nations Unies sous l'expression générique de minorités sexuelles. Le Professeur Alice Miller estime que l'emploi de ce terme générique par les experts et les mécanismes des Nations Unies pour aborder les questions de discrimination, d'exclusion et de stigmatisation, crée une confusion quant au fait de savoir quels groupes sont inclus dans les minorités sexuelles et comment le statut est déterminé¹²². Elle note que même si cette catégorisation est utile pour rendre ces questions plus visibles, cela peut prêter à confusion, notamment pour définir les catégories de violations des droits de l'homme concernant la sexualité et le sexe.

121. Arrêt du 12 octobre 2001, Family Court of Australia – At Sidney, dossier n° SY8136 OF 1999, [2001] Fam CA 1074, § 328. Traduction libre.

122. Alice Miller affirme également : « en premier lieu, la question de savoir ce que le terme englobe exactement n'est pas claire et des protestations et des remises en questions apparaissent immédiatement quant au fait de savoir qui est couvert par ce terme [...] et qui est le plus légitime à invoquer le statut de « minorité ». En second lieu, l'amalgame de groupes différents donne l'apparence qu'ils souffrent tous du même genre de discrimination ou de violations et que par conséquent le même type de solutions convient à tous. L'effet *omnium-gatherum* ne permet pas d'éclaircir quels aspects des lois ou des politiques sont en cours de révision en raison de leur effet abusif ou discriminatoire... Remettre en cause la pénalisation des professionnels du sexe ou la réforme de la prostitution est une réponse très différente de l'adoption de lois pour la protection contre la discrimination fondée sur l'identité ou l'expression de genre ». (Alice Miller, « Sexual rights words and their meanings... », *op. cit.*). Traduction libre.

« Il existe un lien indissociable entre le respect et la garantie des droits de l'homme et le principe d'égalité et de non-discrimination. Les Etats ont l'obligation de respecter et de garantir la jouissance pleine et libre des droits et libertés sans discrimination. Le manquement par l'Etat à son obligation générale de respecter et de garantir les droits de l'homme, en raison de tout traitement discriminatoire, engage sa responsabilité internationale ».

— Cour interaméricaine des droits de l'homme¹²³

II. Fondements en droit international public et droit comparé

Tous les êtres humains sont égaux devant la loi, quelle que soit leur orientation sexuelle ou leur identité de genre. Ils bénéficient également de libertés qui découlent de la dignité inhérente à la personne humaine : l'égalité devant la loi, la non-discrimination et l'égale protection de la loi.

1. Relation entre la non discrimination et le droit à l'égalité devant la loi

Le principe de non-discrimination¹²⁴ et le droit à l'égalité devant la loi¹²⁵ sont universellement reconnus et protégés en droit international. Le Comité des droits de

123. Avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, Série A n° 18, § 85. Traduction libre.

124. Article 1 (3) de la Charte des Nations Unies, article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, articles 2, 4 (1) et 26 du Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, article 7 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 3 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, Protocole n°12 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 3 de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant, article II de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, article 1 de la Convention américaine des droits de l'homme, articles 3 et 11 de la Charte arabe des droits de l'homme, et article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

125. Article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, article 26 du Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article II de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, article 24 de la Convention américaine des droits de l'homme, Protocole n°12 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 11 de la Charte arabe des droits de l'homme, et article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

l'homme des Nations Unies a déclaré que :

« *La non-discrimination est un principe fondamental et général en matière de protection des droits de l'homme, au même titre que l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi* »¹²⁶.

La relation étroite et d'interdépendance entre le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité devant la loi est mise en évidence par l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP), qui prévoit que « [t]outes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. (...) [L]a loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »¹²⁷.

2. Champ d'application et portée du principe de non-discrimination et du droit à l'égalité devant la loi

Le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité devant la loi implique que l'Etat doit protéger les individus contre toute discrimination due non seulement à des agents de l'Etat, mais aussi à des entités et personnes privées. D'après le Comité des droits de l'homme, le principe de non-discrimination implique l'interdiction de « toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics »¹²⁸.

Pour donner effet au principe de non-discrimination et au droit à l'égalité devant la loi, le Comité des droits de l'homme a indiqué que « le terme discrimination (...) doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁹. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples¹³⁰ et la Cour européenne des droits de l'homme¹³¹ ont adopté la même approche. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a pour sa part déclaré que « le principe d'éga-

126. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 18, Non-discrimination*, § 1.

127. Article 26 du PIDCP.

128. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 18, Non-discrimination*, § 12.

129. *Ibid.*, § 7.

130. Voir notamment *Legal Resources Foundation c. Zambie*, communication 211/98 (7 mai 2000), §§ 63 et 70.

131. Voir notamment arrêt du 23 juillet 1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », requête n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

lité et de non-discrimination relève du domaine du droit international des droits de l'homme, (...) qui imprègne la totalité de son *corpus juris*. (...) [L]a discrimination est définie comme toute distinction, exclusion, restriction ou limitation, ou privilège, au détriment des droits de l'homme qu'il protège. L'interdiction de la discrimination couvre la totalité de ces droits au niveau substantiel ainsi que les conditions de leur exercice au niveau procédural »¹³².

La non-discrimination et l'égalité devant la loi entraînent également des obligations positives ainsi mises en évidence par le Comité des droits de l'homme :

« les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives (...) de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné. Il est rappelé aux États qu'il existe un lien entre les obligations positives découlant de l'article 2 et la nécessité de prévoir des recours utiles en cas de violation, conformément au paragraphe 3 de l'article 2 »¹³³.

S'agissant de la question de la non-discrimination et des minorités, le Comité des droits de l'homme a souligné que la faculté de jouir des droits protégés par le PIDCP sans discrimination aucune (article 2.1) « appartient à tous les individus se trouvant sur le territoire ou relevant de la compétence de l'État, que ceux-ci appartiennent ou non à une minorité. En outre, l'article 26 consacre un droit distinct à l'égalité devant la loi et à l'égalité de protection de la loi et garantit une protection contre toute discrimination en ce qui concerne les droits reconnus et les obligations imposées par les États. Il régit l'exercice de tous les droits, énoncés ou non dans le Pacte, que l'État partie reconnaît de par la loi à tous les individus se trouvant sur son territoire ou relevant de sa compétence, qu'ils appartiennent ou non aux minorités visées à l'article 27 »¹³⁴.

132. Avis consultatif n° OC-18/03, *op. cit.*, § 59. Traduction libre.

133. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États au Pacte*, § 8.

134. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°23, Le droit des minorités (article 27)*, § 4.

Le Comité des droits de l'homme considère que, même si les droits à la non-discrimination et à l'égalité devant la loi (article 26 du PIDCP) ne figure pas au nombre des dispositions non susceptibles de dérogation prévues à l'article 4 (2) du Pacte, « il y a des éléments ou aspects du droit à la non-discrimination auxquels aucune dérogation n'est possible, quelles que soient les circonstances »¹³⁵. La Cour interaméricaine des droits de l'homme va plus loin et conclut que « le principe d'égalité devant la loi, d'égle protection devant la loi et de non-discrimination relève du *jus cogens*, dans la mesure où toute la structure juridique des ordres national et international repose dessus et qu'il s'agit d'un principe fondamental qui imprègne toutes les lois. Aucun acte contrevenant à ce principe fondamental n'est acceptable aujourd'hui. Le traitement discriminatoire de toute personne sur le fondement en raison de son genre, sa race, sa couleur, sa langue, sa religion ou croyance, ses opinions politique ou autre, son origine nationale, ethnique ou sociale, sa nationalité, son âge, sa situation économique, sa propriété, son statut civil, sa naissance ou tout autre statut est inacceptable ».

3. Non-discrimination et droit à l'égalité devant la loi

Le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité devant la loi ne sont pas incompatibles avec les distinctions et le traitement différent de certaines catégories d'individus telles que les peuples indigènes, les étrangers ou encore les non-citoyens concernant certains droits et libertés¹³⁶. Comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme, « le droit à l'égalité devant la loi et à l'égle protection de la loi sans discrimination ne rendent pas toute différence de traitement discriminatoire »¹³⁷ et « la jouissance des droits et des libertés dans des conditions d'égalité n'implique pas dans tous les cas un traitement identique »¹³⁸. Pour autant, les différences de traitement ne sont acceptables que si elles sont fondées sur des critères raisonnables et objectifs¹³⁹. Elles doivent poursuivre un but légitime¹⁴⁰.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi décrit la façon dont elle discerne les situations : « il peut y avoir des inégalités de fait qui entraînent légitimement des inégalités de traitement juridique sans pour autant ne constituer de violation des principes de la justice. En fait, elles peuvent contribuer à rendre justice ou à protéger ceux qui se trouvent dans une position faible. [...] Il s'ensuit que le traitement différent d'individus par un Etat n'est pas discriminatoire si les

135. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°29, Etats d'urgence (article 4)*, § 8.

136. Voir par exemple les articles 10 (3), 13 et 25 du PIDCP.

137. Constatations du 9 avril 1987, *S. W. M. Brooks c. Pays-Bas*, communication n°172/1984, §13, CCPR/C/29/D/172/1984. Voir également, entre autres, constatations du 9 avril 1987, *Zwaan-de-Vries c. Pays-Bas*, communication n°182/1984; constatations du 3 avril 1989, *Ibrahima Gueye et autres c. France*, communication n°196/1985; et constatations du 19 juillet 1995, *Alina Simunek c. République tchèque*, communication n°516/1992.

138. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°18, Principe d'égalité*, § 8.

139. *Idem*, § 13.

140. *Ibid.*

classifications opérées sont fondées sur des différences factuelles et s'il existe un rapport de proportionnalité raisonnable entre ces différences et les objectifs de la règle juridique en question »¹⁴¹. La Cour interaméricaine a souligné qu'une « distinction sans justification objective et raisonnable est discriminatoire »¹⁴² et a indiqué que, lorsqu'une limite est apportée à un droit, la restriction devrait être proportionnelle à ce but¹⁴³.

4. Non-discrimination, égalité devant la loi et orientation sexuelle et identité de genre

Un certain discours positiviste radical consiste à affirmer qu'aucune protection de l' « orientation sexuelle » ou l' « identité de genre » n'existe en droit international des droits de l'homme dans la mesure où aucune de ces catégories n'est énumérée spécifiquement dans les principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Cependant, les listes énumérées dans les instruments internationaux n'étaient pas destinées à être exhaustives et la référence à « ou de toute autre situation » constitue l'indication la plus claire de l'intention d'englober la protection d'autres catégories. L'acceptation d'une norme relative à la non-discrimination en droit international implique par conséquent une ouverture inhérente à d'autres catégories qui n'ont pas été nommées, à l'instar de l' « orientation sexuelle » et de l' « identité de genre ».

Ainsi, concernant l'article 26 du PIDCP relatif à l'égalité devant la loi et au droit de ne pas subir de discrimination, l'absence de référence à l' « orientation sexuelle » et à l' « identité de genre » ne les exclut pas pour autant de la protection de cet article. L'inclusion de la catégorie « ou de toute autre situation » par les rédacteurs visait clairement des fondements de discrimination qui soit n'était pas énumérés, soit évolueraient avec la société. L'Observation générale n°18 du Comité des droits de l'homme explique que l'article 26 du PIDCP prévoit un droit autonome et vise à assurer l'égalité devant la loi¹⁴⁴.

Il existe une tendance récente à intégrer dans les nouveaux instruments et standards des droits de l'homme l' « orientation sexuelle » et l' « identité de genre » aux autres fondements de discrimination. Ainsi, l'Assemblée générale des Nations Unies a exhorté tous les Etats à assurer la protection effective du droit à la vie et de mener une enquête rapide et approfondie concernant tous les meurtres commis pour quelque raison que ce soit, y compris l'orientation sexuelle¹⁴⁵. L'Assemblée

141. Avis consultatif OC-4/84, *Amendements proposés aux dispositions de la Constitution. du Costa-Rica relatives à la naturalisation*, 19 janvier 1984, Série A n°4, §§ 56-57. Traduction libre.

142. Arrêt du 23 juin 2005, *Yatama c. Nicaragua*, Série C n° 127, § 185.

143. *Idem*, § 206.

144. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°18, Principe d'égalité*, § 12.

145. Voir les résolutions relatives aux exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires 61/173 du 19 décembre 2006, 59/197 du 20 décembre 2004 et 57/214 du 18 décembre 2002.

parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté plusieurs résolutions sur la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre¹⁴⁶. Récemment, l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains a adopté sa première résolution sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre¹⁴⁷. En outre, de nouveaux instruments ont explicitement intégré l'orientation sexuelle et l'identité de genre à la liste des fondements de discrimination interdits¹⁴⁸.

L'œuvre législative de l'Union européenne a vu certains progrès pour combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'article 13 du Traité d'Amsterdam de 1997 a donné aux Etats membres de la Communauté européenne le pouvoir de « 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 »¹⁴⁹. Cela a conduit à la directive relative à l'emploi de 2000¹⁵⁰ qui oblige tous les Etats membres à adopter une législation en décembre 2003 au plus tard, interdisant la discrimination en matière d'emploi sur plusieurs fondements, dont l'orientation sexuelle. La directive 2004/58/EC du parlement européen¹⁵¹ énumère l'orientation sexuelle parmi les fondements de discrimination interdits. Le règlement relatif au statut des fonctionnaires des Communautés européennes prévoit que « [l]es fonctionnaires ont droit dans l'application du statut à l'égalité de traitement sans référence, directe ou indirecte, à (...) l'orientation sexuelle, sans préjudice des dispositions statutaires pertinentes requérant un état civil déterminé »¹⁵². Le préambule du Mandat d'arrêt européen¹⁵³ énonce : « La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne(7), notamment son

146. Voir, notamment, recommandation de l'Assemblée parlementaire 924 (1981) relative à la *discrimination à l'égard des homosexuels* ; recommandation 1470 (2000), *Situation des gays et « lesbiennes » et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe* ; recommandation 1635 (2003) sur *les lesbiennes et les gays dans le sport*.

147. Résolution AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) du 3 juin 2008.

148. Voir notamment, les Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques, approuvés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en 2008, la Convention ibéro-américaine des droits des jeunes (entrée en vigueur en 2008), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 21.1), et la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres adoptée par le conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002.

149. <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0001010001>.

150. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

151. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

152. Règlement (CE, CECA, Euratom) n° 781/98 du Conseil du 7 avril 1998 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés en matière d'égalité de traitement, Article premier, 1), 1.

153. Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres adoptée par le conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002.

chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son (...) orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons »¹⁵⁴. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*¹⁵⁵ prévoit à son article 21 (1) relatif à la non-discrimination que « [e]st interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Ces instruments scellent les normes énoncées dans la *Convention européenne des droits de l'homme* et prévoient que les Etats qui souhaitent adhérer à l'Union européenne doivent adopter une législation interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. En outre, cela renforce la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au sein du système européen des droits de l'homme.

Le système interaméricain des droits de l'homme a également vu sa législation progresser. Les *Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques*, adoptés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en mars 2008 « [e]n aucune circonstance les personnes privées de liberté ne font l'objet de discrimination fondée sur (...) l'orientation sexuelle »¹⁵⁶. La *Charte andine pour la promotion et la protection des droits de l'homme*¹⁵⁷ énonce l'orientation sexuelle au nombre des fondements de discrimination interdits. La *Convention ibéro-américaine des droits des jeunes*, adoptée en 2005 et entrée en vigueur en 2008, en fait de même et protège le droit des jeunes d'avoir leur propre identité et personnalité, y compris leur orientation sexuelle¹⁵⁸. Dans le cadre du processus de préparation de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 2001), les Etats Américains ont adopté une Déclaration et un Plan d'action à Santiago, au Chili des 5 au 7 décembre 2000, qui réaffirme l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et exhorte les Etats « à donner la priorité à la promotion et à la protection de la jouissance pleine et égale de tous les droits de l'homme et

154. Préambule, § 12.

155. Telle qu'elle a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil, et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.

156. Principe II, Egalité et non-discrimination.

157. Article 10 de la Communauté andine (intégrée par la Bolivie, la Colombie, l'Equateur, le Pérou et le Venezuela). La Charte andine pour la promotion et la protection des droits de l'homme a été adoptée et signée le 26 juillet 2002 par les présidents des cinq pays.

158. Articles 5 (Principe de non-discrimination) et 14 (1) (Droit à l'identité et à la personnalité).

libertés fondamentales par les hommes et les femmes sans aucune distinction [telle que] l'orientation sexuelle »¹⁵⁹.

L'évolution du droit international des réfugiés illustre l'évolution de l'orientation sexuelle en tant que catégorie protégée par le droit international. L'orientation sexuelle est de plus en plus utilisée comme base pour trouver un « groupe social particulier » que le droit des réfugiés protégerait¹⁶⁰. Le Professeur James C. Hathaway a proposé une relation d'interdépendance entre les cinq fondements de discrimination reconnus et la notion de droits civils et politiques, et la justification pour distinguer d'autres catégories de protection :

« La définition moderne du réfugié a permis de mettre en lumière ce postulat en s'éloignant de la protection sur le fondement de groupes nommés et marginalisés, et en se rapprochant d'une formulation plus générique du principe d'appartenance. Etant donné, la primauté prédominante des droits civils et politiques, il était logique dans ce contexte que la marginalisation soit définie par référence à des normes de non-discrimination : un réfugié était défini comme une personne étant menacée en raison de sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un groupe social ou ses opinions politiques. La justification de cette limitation n'était pas que d'autres personnes étaient moins menacées, mais plutôt que, au moins dans le contexte de ce moment historique, les personnes touchées par ces formes d'incapacité socio-politique avaient moins de chances de se trouver dans une position leur permettant de demander une réparation effective à l'Etat »¹⁶¹.

4.1 Les organes de traité sur les droits de l'homme et les procédures spéciales des Nations Unies

Les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies ont identifié l'orientation sexuelle comme catégorie de protection contre la discrimination et l'égalité devant la loi.

Le Comité des droits de l'homme a affirmé que la référence à « une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » à l'article 26 du PIDCP comprend la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle¹⁶².

159. Document des Nations Unies WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev.4 du 20 décembre 2000, uniquement disponible en langues espagnole et anglaise. Traduction libre.

160. Voir, de manière générale, le chapitre VIII sur le droit d'asile.

161. James C Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworth's, Toronto, 1991, p.136. Traduction libre.

162. Comité des droits de l'homme, constatations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n°488/1992, §§ 8.2-8.7. Voir aussi constatations du 6 août 2003, *Edward Young c. Australie*, communication n°941/2000, § 10.4; et constatations du 30 mars 2007, *X c. Colombie*, communication n°1361/2005, § 7.2.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué que « [e]n vertu du paragraphe 2 de l'article 2 et de l'article 3, le Pacte [international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] proscrie toute discrimination dans l'accès aux soins de santé et aux éléments déterminants de la santé ainsi qu'aux moyens et titres permettant de se les procurer, qu'elle soit fondée sur (...) l'état de santé (y compris l'infection par le VIH/sida), l'orientation sexuelle (...) dans l'intention ou avec pour effet de contrarier ou de rendre impossible l'exercice sur un pied d'égalité du droit à la santé »¹⁶³.

Le Comité contre la torture a considéré que l'orientation sexuelle est l'un des fondements de discrimination interdits par le principe de non-discrimination¹⁶⁴. Le Comité des droits de l'enfant a énuméré l'orientation sexuelle parmi les fondements de discrimination interdits dans son observation générale sur le VIH/SIDA et les droits de l'enfant¹⁶⁵.

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme s'est progressivement ouverte à l'utilisation de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en vertu de l'article 26 du PIDCP au sens « de toute autre situation ». Auparavant, le Comité évitait de se prononcer sur le fondement de l'article 26, lorsqu'il pouvait prendre une décision relative à la discrimination sur le fondement de l'article 2.1 relatif à la jouissance des droits sans discrimination.

En 1994, dans l'affaire *Toonen c. Australie*¹⁶⁶, le Comité des droits de l'homme a estimé que les lois qui pénalisent l'homosexualité constituaient une ingérence illécite dans le droit à la vie privée protégé et garanti par l'article 17 du PIDCP, et la garantie de la jouissance du droit protégé par l'article 2.1. M. Toonen était un citoyen australien homosexuel qui résidait dans l'Etat de Tasmanie. Il faisait valoir que les sections 122¹⁶⁷ et 123¹⁶⁸ du code pénal de Tasmanie qui pénalisaient les relations sexuelles et les pratiques indécentes entre hommes violaient ses droits à ne pas subir de discrimination (article 2.1 du PIDCP), à la vie privée (article 17 du PIDCP) et à l'égalité de protection de la loi sans discrimination (article 26 du PIDCP). Le Comité

163. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (Article 12)*, § 18. Voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°15, Le droit à l'eau*, § 13.

164. Comité contre la torture, *Observation générale n°2, Application de l'article 2 de la Convention par les Etats parties*, §§ 21-22.

165. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°4, Santé des adolescents*, § 6 et *Observation générale n°3, VIH/SIDA et droits de l'enfant*, § 8.

166. Constatations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n°488/1992, document CCPR/C/50/D/488/1992 du 4 avril 1994.

167. La section 122 prévoyait que « Toute personne masculine qui a) a une relation sexuelle contre nature avec une autre personne (...) c) consent à avoir des relations sexuelles contre nature est coupable d'un crime ». Traduction libre.

168. La section 123 prévoyait que « Toute personne qui, en public ou en privé, commet tout acte indécent avec une autre personne de sexe masculin ou permet à une autre personne de sexe masculin de commettre tout acte indécent sur sa personne ou sur tout autre personne du même sexe est coupable d'un crime ». Traduction libre.

conclut à une violation des articles 2.1 et 17.1 mais ne considéra pas nécessaire de se prononcer sur une violation du principe de non-discrimination en vertu de l'article 26. Le Comité décida que la jouissance du droit à la vie privée était garantie par l'article 2.1 du PIDCP et interpréta le terme « sexe » visé à l'article 2.1 pour y inclure l'orientation sexuelle. Sur la question de savoir s'il s'agissait d'une discrimination, le Comité conclut :

« [l]'Etat partie a fait appel au Comité pour savoir si l'orientation sexuelle pourrait être considérée comme une « autre situation » au sens de l'article 26. La même question pourrait se poser s'agissant de l'article 2, paragraphe 1 du Pacte. Le Comité se limite cependant à noter que, à son avis, la référence au « sexe » aux articles 2, paragraphe 1 et 26, doit être entendue comme incluant l'orientation sexuelle »¹⁶⁹.

Pour évaluer le caractère raisonnable des lois concernées, le Comité rejeta les arguments du gouvernement australien en vertu desquels les questions de morale relèvent uniquement des affaires internes. Le Comité nota à la fois le fait que la Tasmanie était le seul Etat australien qui maintenait de telles lois et que l'Etat partie avait concédé que l'homosexualité était tolérée dans le reste de l'Australie, et le défaut de « critère objectif et raisonnable » des dispositions concernées du code pénal de Tasmanie.

Il a été avancé que le recours à l'expression « toute autre situation » aux articles 2.1 et 26 du PIDCP aurait été plus satisfaisant que l'interprétation de la définition du terme « sexe » qui inclut l'orientation sexuelle¹⁷⁰. La formulation retenue par le Comité a peut-être donné une certaine prééminence à l'homosexualité et aux préoccupations particulières auxquelles sa protection par le PIDCP donne lieu. Le traitement distinct des notions de « sexe » et d'« orientation sexuelle » dans d'autres instruments¹⁷¹ indique que ces dernières se sont vues donné des significations diffé-

169. Constatations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, *op. cit.*, § 8.7. Traduction libre.

170. Voir Sarah Joseph, « Gay Rights under the ICCPR-Commentary on Toonen v. Australia », dans *University of Tasmania Law Review*, Vol. 13, n° 2, 1994; Anna Funder, « The Toonen Case », dans *Public Law Review*, Vol. 5, 1994; Wayne Morgan, « Identifying Evil for What it is: Tasmania, Sexual Perversity and the United Nations », in *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, 1994.

171. Voir le rapport explicatif du Protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, préparé par le CDDH et adopté par le Comité des Ministres le 26 juin 2000, qui évoque l'orientation sexuelle en tant que catégorie interdite : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm>. Le paragraphe 20 du rapport se lit comme suit : « La liste des motifs de discrimination figurant à l'article 1 est identique à celle de l'article 14 de la Convention. Cette solution a été jugée préférable à d'autres, comme celle consistant à inclure expressément certains motifs supplémentaires (par exemple, le handicap physique et psychique, l'orientation sexuelle, l'âge), non par méconnaissance du fait que ces motifs ont pris, dans les sociétés actuelles, une importance particulière par rapport à l'époque de la rédaction de l'article 14 de la Convention, mais parce qu'une telle inclusion a été considérée comme inutile d'un point de vue juridique, puisque la liste des motifs de discrimination n'est pas exhaustive et que l'inclusion de tout motif supplémentaire particulier pourrait engendrer des interprétations a contrario indésirables concernant la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés. Il est rappelé que la Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà appliqué l'article 14 à l'égard de motifs de discrimination qui ne sont pas mentionnés dans cette disposition (voir par exemple, en ce qui concerne le motif de l'orientation sexuelle, l'arrêt du 21 décembre 1999 dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*) ». La catégorie « sexe » constitue une catégorie différente dans la CEDH.

rentes en droit international. Il convient de noter que le Comité n'a pas trouvé de discrimination sur le fondement de l'article 26 du Pacte, ce qui aurait pu confirmer le fait que l'orientation sexuelle fait l'objet d'une protection contre la discrimination.

La jurisprudence subséquente des organes des Nations Unies en matière d'orientation sexuelle s'est détachée de la formulation retenue dans l'affaire *Toonen* pour faire valoir la protection de l'orientation sexuelle en droit international des droits de l'homme en termes de « sexe » plutôt que de « toute autre situation ». Dans l'affaire *Young c. Australie*¹⁷², M. Young avait demandé une pension due aux anciens combattants. La Commission en charge de l'examen du dossier (*Repatriation Commission*) avait rejeté sa demande au motif que son partenaire depuis 38 ans était aussi un homme. La loi en question prévoyait en effet que pour être « membre d'un couple », les personnes devaient être « du sexe opposé ». M. Young se plaignait d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle. Le Comité des droits de l'homme conclut que l'Etat partie avait commis une violation de l'article 26 du Pacte en refusant à l'auteur le versement d'une pension pour des motifs fondés sur le sexe ou l'orientation sexuelle¹⁷³. Le Comité rappela sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'interdiction de la discrimination en vertu de l'article 26 comprend également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Tout en notant que toute distinction ne constitue pas une discrimination interdite par le PIDCP, le Comité observa que l'Etat partie n'avait pas expliqué en quoi la différence de traitement entre les partenaires homosexuels, auxquels la loi n'accorde aucune prestation de retraite, et les partenaires hétérosexuels non mariés, qui peuvent prétendre à de telles prestations, était raisonnable et objective et aucun élément tendant à prouver l'existence de facteurs justifiant cette distinction n'avait été avancé. Par conséquent, le Comité conclut à une violation de l'article 26 du Pacte par l'Etat partie.

Le Comité des droits de l'homme confirma cette jurisprudence dans l'affaire *X c. Colombie*¹⁷⁴. Le Comité indiqua que « la discrimination énoncée à l'article 26 du Pacte concerne également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle [et que] les différences entre les prestations versées aux couples mariés et celles versées aux couples non mariés, hétérosexuels, étaient raisonnables et objectives dans la mesure où ces derniers pouvaient choisir de se marier ou non, avec toutes les conséquences que cela supposait »¹⁷⁵. Le Comité conclut que la « victime d'une violation de l'article 26, a droit à un recours utile, et notamment au réexamen de sa demande de pension sans discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle »¹⁷⁶.

172. Constatations du 6 août 2003, *Edward Young c. Australie*, communication n°941/2000, document . CCPR/C/78/D/941/2000, 18 septembre, 2003.

173. *Idem*, § 10.4.

174. Constatations du 13 janvier 2001, *X. c. Colombie*, communication n° 1365/2001, document CCPR/C/89/D/1361/2005 du 14 mai 2007.

175. *Idem*, § 7.2.

176. *Idem*, § 9.

Les procédures spéciales relatives aux droits de l'homme des Nations Unies se sont prononcées sur la question de la non-discrimination et de l'égalité devant la loi par rapport à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Ainsi, le Groupe de travail sur la détention arbitraire, au sujet d'homosexuels étant détenus ou condamnés à des peines d'emprisonnement pour la simple raison de leur orientation sexuelle, a retenu que « leur détention était arbitraire pour violation des articles 2 (par. 1) et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantissent l'égalité des citoyens devant la loi et le droit à une égale protection de la loi contre toute discrimination, notamment fondée sur le sexe »¹⁷⁷. Le Groupe a fondé son avis sur celui émis par le Comité des droits de l'homme selon lequel « la référence au «sexe» au paragraphe 1 de l'article 2 et à l'article 26 du Pacte doit être considérée comme recouvrant les préférences sexuelles »¹⁷⁸. Dans un avis concernant 55 personnes arrêtées sur le fondement de leur orientation sexuelle, le Groupe de travail a considéré que la « détention des personnes (...) poursuivies au motif que par leurs orientations sexuelles elles auraient provoqué des « dissensions sociales » constitue ou a constitué une privation arbitraire de liberté car elle est contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que du paragraphe 1 de l'article 2 et du paragraphe 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »¹⁷⁹. Dans un avis ultérieur relatif à 11 personnes détenues en raison de leur orientation sexuelle et poursuivies sur le fondement d'une loi anti-sodomie, le Groupe de travail a estimé que :

« Le Groupe de travail s'en tient désormais à la voie tracée dans les constatations du Comité des droits de l'homme à propos de l'affaire Toonen c. Australie et dans son avis 7/2002 (Egypte). Cela signifie que l'existence de lois qui criminalisent les relations homosexuelles privées et consenties entre adultes, ainsi que l'application de sanctions pénales contre les personnes accusées de tels actes, est incompatible avec les droits à la protection de la vie privée et à la non-discrimination garantis dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le Groupe de travail considère que la criminalisation de l'homosexualité établie dans la législation pénale camerounaise n'est pas compatible avec les articles 17 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que le Cameroun a ratifié »¹⁸⁰.

177. Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, document E/CN.4/2004/3 du 15 décembre 2003, § 73.

178. *Ibid.* Voir également Groupe de travail sur la détention arbitraire, Avis n° 7/2002 (Egypte), § 27, document E/CN.4/2003/8/Add.1.

179. Groupe de travail sur la détention arbitraire, Avis n° 7/2002 (Egypte) du 21 juin 2002, § 28, document E/CN.4/2003/8/Add.1.

180. Avis n°22/2006 (Cameroun) du 31 août 2006, § 19, document A/HRC/4/40/Add.1.

4.2 Cour européenne des droits de l'homme et non-discrimination

Dans la période correspondant à l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*¹⁸¹, la Cour européenne des droits de l'homme ne semblait pas vouloir formuler un champ d'application des droits des homosexuels s'étendant au-delà des lois pénales qui étaient remises en cause sur le fondement du droit à la vie privée¹⁸². C'est en 1999 que la Cour européenne a accordé un rôle plus large au droit à la vie privée et à la non-discrimination dans les affaires *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*¹⁸³ et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*¹⁸⁴. Dans l'affaire *Smith et Grady*, la Cour européenne a estimé que « [l]a question pour la Cour est de savoir si les attitudes négatives susmentionnées constituent une justification suffisante aux ingérences litigieuses. La Cour remarque, sur la foi du rapport du GEPH [*Homosexual Policy Assessment Team*], que ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes »¹⁸⁵. Sur le fondement de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la Cour a condamné des lois qui excluaient les homosexuel(le)s de l'armée et a interprété la vie privée dans un sens qui couvrirait les manifestations publiques de l'homosexualité. La Cour a ainsi construit son raisonnement :

« [l]a Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, les griefs relatifs à la discrimination que les requérants auraient subie en raison de leurs préférences sexuelles de par l'existence et l'application de la politique du ministère de la Défense coïncident en pratique, bien que présentés sous un angle différent, avec la plainte que la Cour a déjà examinée sur la base de l'article 8 de la Convention »¹⁸⁶.

Dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour européenne a expressément fait référence à l'orientation sexuelle en tant que catégorie de discrimination interdite et condamné une décision judiciaire qui privait un père de son droit de

181. Voir section 5, Le mouvement vers la reconnaissance, chapitre 1.

182. La Cour refusait de se prononcer sur le fondement de la discrimination fondée des âges différents de consentement entre homosexuels et hétérosexuels dans les affaires *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1983), *Norris c. Irlande* (1988) et *Modinos c. Grèce* (1993).

183. Arrêt du 27 septembre 1999 (définitif le 27 décembre 1999), requêtes n° 31417/96 et 32377/96.

184. Arrêt du 27 septembre 1999, requêtes n° 33985/96 et 33986/96.

185. *Idem*, § 97.

186. Arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 108.

garde parce qu'il était homosexuel¹⁸⁷. La Cour a observé que « l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale. Cette conclusion est renforcée par le fait que la cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur le droit de visite du requérant, a dissuadé ce dernier d'avoir un comportement permettant à l'enfant, lors des périodes de visite, de comprendre que son père vit avec un autre homme 'dans des conditions similaires à celles des conjoints' »¹⁸⁸. La Cour conclut :

*« qu'il y a eu une différence de traitement (...) qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe 'notamment' »*¹⁸⁹.

Dans l'affaire *S.L. c. Autriche*, le requérant alléguait que le maintien de l'article 209 du code pénal autrichien, qui pénalisait les actes homosexuels entre un homme adulte et un adolescent consentant de 14 à 18 ans, constituait une violation de son droit au respect de la vie privée et était discriminatoire. La Cour européenne nota que le parlement, lors de l'examen de preuves scientifiques en faveur d'un même âge de consentement pour les hétérosexuels et les homosexuels, avait rejeté la notion d'« adolescents étant 'embrigadés' dans l'homosexualité ». La Cour avançait le raisonnement suivant :

*« [d]ans la mesure où l'article 209 du 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 »*¹⁹⁰.

Dans l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a fait sensiblement évoluer la question de l'identité de genre. La requérante alléguait des violations des articles 8 (droit à la vie privée), 12 (droit au mariage), 13 (droit à un recours effectif) et 14 (non-discrimination) de la *Convention européenne des droits de l'homme* concernant le statut juridique des transsexuels au Royaume-Uni et en particulier leur traitement dans les domaines de l'emploi, la sécurité sociale, les pensions et le mariage. Concluant à des violations des articles 8 et 12, la Cour estima qu'aucune question distincte ne se posait au regard de l'article 14 de la Convention¹⁹¹.

187. Arrêt du 21 décembre 1999 (définitif le 21 mars 2000), requête n° 33290/96.

188. *Idem*, § 35.

189. *Idem*, § 28.

190. Arrêt du 9 janvier 2003, requête n° 45330/99, § 44.

191. Arrêt du 11 juillet 2002, requête n° 28957/95, § 108.

De même, dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*¹⁹², la Cour a estimé inutile de considérer une violation des articles 6 et 8 combinés avec l'article 14, au sujet d'une enquête judiciaire intrusive pour vérifier si le requérant avait vraiment besoin d'une opération chirurgicale pour laquelle il aurait pu demander un remboursement. La Cour jugea que les questions devaient être examinées sous le seul angle de l'article 8 de la Convention.

4.3 Le système interaméricain des droits de l'homme

À l'instar d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, les instruments du système interaméricain¹⁹³ ne font aucune référence expresse à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, à l'exception des *Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques*. Néanmoins, dans son avis consultatif sur la condition juridique et les droits des migrants sans papiers, la Cour interaméricaine a indiqué que « [i]l est parfaitement possible, en plus d'être souhaitable, de prêter attention à tous les domaines du comportement humain discriminatoire, y compris ceux qui ont été ignorés ou négligés au niveau international jusqu'à présent (notamment, par exemple, le statut social, les revenus, l'état de santé, l'âge, l'orientation sexuelle entre autres) »¹⁹⁴.

La Commission interaméricaine a commencé à aborder ce problème. Dans la première affaire relative aux droits de l'homme et à l'orientation sexuelle dans le système interaméricain, *Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombie* (au sujet d'une détenue dans une prison pour femmes à qui était nié le droit à des visites privées de sa compagne du même sexe), la Commission interaméricaine a décidé que la requête était admissible parce que « en principe, la plainte de la requérante concerne des faits qui pourrait impliquer une violation de l'article 11(2) de la Convention américaine notamment, dans la mesure où ils pourraient constituer une ingérence abusive ou arbitraire dans sa vie privée »¹⁹⁵. Le Commission interaméricaine a expliqué que la pénalisation de l'homosexualité et la privation de liberté pour la seule raison des préférences sexuelles d'une personne est une pratique « contraire aux dispositions de plusieurs articles de la Convention américaine et doit par conséquent être corrigée »¹⁹⁶. Sur le fondement du principe d'égalité et de non-discrimination et prenant en compte le fait que « les préférences sexuelles constituent une catégorie dans la mesure où elles sont englobées dans le concept même de 'sexe' », le Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille de la Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les politiques en

192. Arrêt du 12 juin 2003, requête 35968/97.

193. Voir notamment, article II de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, articles 1(1) et 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 9 de la Charte démocratique interaméricaine, principe 2 de la Déclaration de principes sur la liberté d'expression.

194. Avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, Série A n° 18, § 63. Traduction libre.

195. Affaire n°11.656, rapport n°71/99 (admissibilité) du 4 mai 1999, § 21. Traduction libre.

196. Commission interaméricaine des droits de l'homme, communiqué de presse n°24/1994. Traduction libre.

matière de migration ne sauraient être discriminatoires en raison des « préférences sexuelles » (orientation sexuelle)¹⁹⁷.

4.4 La Cour de justice des Communautés européennes

La Cour de justice des Communautés européennes (la Cour de justice européenne) a également abordé la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Dans son arrêt *Commission c. République fédérale d'Allemagne*¹⁹⁸, la Cour a déclaré qu'en n'adoptant pas toutes les dispositions nécessaires à l'application de la directive du Conseil 2000/78/EC du 27 novembre 2000 établissant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la République fédérale d'Allemagne avait manqué à ses obligations en vertu de ladite directive concernant la discrimination fondée sur la religion ou la croyance, le handicap et l'orientation sexuelle.

Dans l'affaire *P c. S et Cornwall County Council*¹⁹⁹, la Cour européenne de justice a jugé que la discrimination en raison d'une conversion sexuelle constituait une discrimination sur le fondement du sexe²⁰⁰ et a empêché le licenciement d'un transsexuel en raison de son changement de sexe. La requérante travaillait comme gestionnaire dans un établissement d'enseignement qui dépendait du County Council et le défendeur S était le directeur de l'établissement. P avait été recruté en tant qu'homme et informa plus tard S de son intention de se soumettre à un processus de conversion sexuelle. La requérante écrivit ensuite à S pour lui expliquer qu'elle allait subir une opération pour vivre en tant que femme. Les gouverneurs de l'établissement en furent informés et, pendant l'été, P prit un congé maladie pour subir son opération. En septembre, P reçut un préavis de licenciement et ne fut pas autorisée à reprendre le travail en tant que femme. P alléguait une discrimination fondée sur le sexe, ce que la Cour reconnut. La Cour de justice européenne jugea que :

« lorsqu' une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu' elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l' objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération. Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »²⁰¹.

197. Deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille dans l'hémisphère, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 avril 2001.

198. Arrêt du 23 février 2006, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, affaire C-43-05.

199. Arrêt du 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, affaire C-13/94.

200. Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (directive sur l'égalité de traitement).

201. Arrêt du 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, affaire C-13/94, §§ 21-22. Le Sexual Discrimination Regulations furent adoptées au Royaume-Uni en 1999 pour appliquer cet arrêt de la Cour de justice européenne.

Dans l'affaire *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*²⁰², la requérante est né le 28 février 1942 de sexe masculin d'après son acte de naissance. Souffrant de dysphorie de genre, elle entreprit une opération de conversion sexuelle le 3 mai 2001. Le 14 février 2002, elle présenta sa demande au *Secretary of State for Work and Pensions* pour que sa pension de retraite lui soit versée à compter du 28 février 2002, date de son 60^e anniversaire et âge auquel, en vertu du droit national, une femme née avant le 6 avril 1950 peut demander une telle pension. Par une décision du 12 mars 2002, sa demande fut refusée au motif que la demande avait été faite plus de quatre ans avant que le requérant ait atteint l'âge de 65 ans, âge de la retraite pour les hommes au Royaume-Uni. La Cour a examiné si la Directive du Conseil 79/7/CEE²⁰³ interdisait le refus d'une pension de retraite à un transsexuel homme-à-femme jusqu'à ce que la personne atteigne l'âge de 65 ans et si elle aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme une femme par le droit national.

La Cour cita *P. c. S. et Cornwall County Council* et nota que le droit de ne pas subir de discrimination sur le fondement du sexe est un des droits fondamentaux que la Cour doit assurer²⁰⁴. Pour déterminer la portée de la Directive du Conseil 79/7/CEE, la Cour considéra qu'elle ne pouvait se limiter à expliquer la discrimination fondée sur le fait qu'une personne est d'un sexe ou de l'autre. La portée de la directive était ainsi discriminatoire lorsqu'une personne subissait une opération de conversion sexuelle.

La Cour de justice européenne décida également que le traitement inégal en l'espèce était dû au fait que Mme Sarah Margaret Richards ne pouvait pas faire reconnaître son nouveau genre en droit national et par conséquent recevoir la pension de retraite en vertu du *Pension Act* de 1995. En ne reconnaissant pas son genre lorsqu'elle atteint l'âge de 60 ans, contrairement aux femmes dont le genre n'était pas la conséquence d'une opération de conversion sexuelle, Mme Richards n'avait pas droit à la pension de retraite. La Cour estima que le traitement inégal dont Mme Richards faisait l'objet était discriminatoire et interdit par l'article 4(1) de la Directive du Conseil 79/7/CEE²⁰⁵.

202. Arrêt du 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, affaire C-423/04.

203. Directive du Conseil 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

204. Affaire C-13/94, *op. cit.*, § 19.

205. Affaire C-423/04, *op. cit.*. Voir également l'affaire *K.B. c. NHS Agency* à l'adresse suivante : <http://www.pfc.org.uk/node/361>. Le Professeur britannique Stephen Whittle a observé : « L'affaire Mme *Richards* confirme la jurisprudence *K.B. c. NHS Agency* mais de manière bien plus claire et donc plus certaine. Les deux affaires concernent des pensions de retraite et confirment que toute législation nationale, ou pratique en matière d'emploi, qui accorde des pensions en fonction du sexe ou du statut marital, et qui a pour conséquence de nier ces droits à une personne transsexuelle qui a changé de sexe de façon définitive, est, en principe, incompatible avec les dispositions de l'article 141 CE qui prévoit que : « Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ». (<http://www.pfc.org.uk/files/richards-analysis.pdf>). Traduction libre à l'exception de l'article 141 du Traité CE.

La Cour nota aussi que l'article 4(1) de la directive 79/7/CEE doit être interprété comme excluant toute législation qui nie le droit à une pension de retraite à une personne qui a subi une opération de conversion du sexe masculin au sexe féminin en toute légalité sur le fondement qu'elle n'a pas 65 ans alors qu'elle aurait eu droit à cette pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme une femme en droit national.

Il ressort clairement de ces affaires que la question de l'identité de genre a progressé au sein du système de la Cour européenne de justice en tant que discrimination fondée sur le sexe.

4.5 La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (CADHP) suit un schéma d'égalité devant la loi et d'égalité de protection de la loi similaire à ceux de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et du PIDCP²⁰⁶. La formulation de l'article 28 de la CADHP diffère des instruments précités en ce qu'il évoque le devoir de chaque individu par rapport aux autres, plutôt qu'un « droit » général de ne pas subir de discrimination. Il n'en demeure pas moins que le fondement de tous ces instruments est l'engagement à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination.

Concernant la portée du « droit » à la non-discrimination dans la CADHP, il s'agit d'un droit autonome, comme dans le PIDCP, et il ne couvre pas seulement l'application non discriminatoire de droits prévus par la Charte africaine, mais confère aussi un droit autonome et indépendant de ne pas subir de discrimination. La signification commune et grammaticale de la disposition relative discrimination à l'article 28 envisage des catégories telles que l'orientation sexuelle et l'identité de genre qui ne sont pas par ailleurs énoncées spécifiquement dans la CADHP. L'article 3 de la CADHP, qui prévoit l'égalité devant la loi et l'égalité de protection de la loi, envisage la protection pour toutes les personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle. En outre, l'article 2 de la CADHP assure la protection de l'orientation sexuelle, soit sous la catégorie « autre situation », soit dans la définition de « sexe ».

Il convient également de noter que même si la CADHP reconnaît un droit de ne pas subir de discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle et l'identité de genre, l'affirmation d'un tel droit est susceptible d'être confrontée à l'argument que ce droit est limité par l'article 27(2). Cette disposition prévoit que les droits « s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun ». Lorsqu'une violation *prima facie* est alléguée, il incombe à l'Etat de démontrer qu'un tel droit est limité en vertu de l'article 27(2). La Commission africaine se livre à un examen de proportionnalité selon lequel toute limitation doit

206. L'article 3 de la CADHP prévoit que toutes les personnes « *bénéficient d'une totale égalité devant la loi* » et « *ont droit à une égale protection de la loi* », tandis que l'article 28 énonce que « *[c]haque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproques* ».

être strictement proportionnelle et absolument nécessaire aux avantages recherchés et elle n'interprète pas le droit d'une manière qui le rendrait dépourvu de sens²⁰⁷. Dans leur article de référence sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et la Commission africaine²⁰⁸, Murray et Viljoen citent les valeurs africaines, l'éthique de la majorité et la prévention du VIH comme arguments pouvant être invoqués pour limiter toute construction d'un droit de ne pas subir de discrimination au sein de la CADHP et offrent un raisonnement concernant ces arguments et l'examen de proportionnalité susmentionné.

Par ailleurs, la CADHP apporte les fondations de la construction juridique de droits en référence à d'autres systèmes relatifs aux droits de l'homme. L'article 60 de la CADHP prévoit que :

« [l]a Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte ».

Quant à l'article 61, il énonce :

« [l]a Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

5. Utilisation potentielle de l'impact discriminatoire dans la protection de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre

La question de savoir si une politique *a priori* neutre qui désavantage un groupe spécifique de manière disproportionnée constitue une discrimination inacceptable n'est pas tranchée. Cette question est importante concernant l'orientation sexuelle

207. *Media Rights et autre c. Nigéria*, communications 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96 69-70(1998).

208. Rachel Murray et Frans Viljoen, « Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The Normative Basis and Procedural Possibilities before the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Union », dans *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 86-111.

et l'identité de genre. Des dispositions vagues relatives à la morale sont souvent utilisées contre les minorités sexuelles et les lois anti-sodomie, bien qu'impliquant des relations sexuelles entre un homme et une femme, sont utilisées de manière disproportionnée à l'encontre des hommes homosexuels.

La conception traditionnelle est exprimée clairement dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*²⁰⁹ de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reprend le raisonnement suivi dans l'*affaire linguistique belge*²¹⁰. La Cour ne jugea pas que les lois en question constituaient des violations de l'article 14 sur le fondement de la race et de l'origine nationale. Le simple fait que les lois affectaient les communautés noires et asiatiques « ne constitue pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste: c'est là une conséquence (...) de la prédominance numérique de certains groupes ethniques parmi les personnes souhaitant immigrer »²¹¹. La Cour a également affirmé que rien ne montre que les conséquences de la distinction « aient enfreint le principe de proportionnalité »²¹².

La même logique a été suivie par le Comité des droits de l'homme dans une affaire dans laquelle une personne Sikh invoquait l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la religion pour obtenir une dérogation à une loi canadienne prévoyant le port de casque obligatoire sur les chantiers. Le Comité conclut que « une loi apparemment neutre, en ce sens qu'elle s'applique à toutes les personnes sans distinction »²¹³ est justifiée au sens des dispositions du paragraphe 3 de l'article 18 et « est raisonnable et tend à des fins objectives compatibles avec le Pacte » même si « l'on considère que l'obligation de porter un casque est une discrimination de fait contre les personnes de religion sikh au sens de l'article 26 »²¹⁴.

La jurisprudence européenne a commencé à se détacher de la conception traditionnelle par une série d'affaires en matière d'emploi. Dès 1986, la Cour de justice européenne, dans l'affaire *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz* jugea que l'article 119 du Traité CEE était enfreint par un grand magasin qui excluait les employés à temps partiel de garanties complémentaires de retraite parce que l'exclusion affectait beaucoup plus de femmes que d'hommes, à moins que la mesure ne soit fondée sur des facteurs objectifs sans lien avec la discrimination fondée sur le sexe²¹⁵. Cette conception a été codifiée par le Parlement européen dans les directives du Conseil 97/80/CE de décembre 1997 et 2000/43/CE de juin 2000. La première de ces directives, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimi-

209. Arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, requêtes n°9214/80, 9473/81 et 9474/81.

210. Arrêt du 23 juillet 1968, requêtes n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64.

211. Arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 85.

212. *Idem*, § 88.

213. Comité des droits de l'homme, constatations du 9 novembre 1989, *Karnel Singh Bhinder c. Canada*, communication n°208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986, § 6.1.

214. *Idem*, § 6.2.

215. Arrêt du 13 mai 1986, affaire C-170/84, § 31.

mination fondée sur le sexe, définit la « discrimination indirecte » comme « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre [qui] affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés »²¹⁶. L'autre directive prévoit que les Etats membres de l'UE mettent en œuvre la législation relative à la discrimination en matière d'emploi et peuvent « prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques »²¹⁷.

Pour sa part, la Cour européenne s'est montrée réticente à appliquer les standards de l'UE relatifs à la discrimination indirecte, en particulier en matière d'emploi. Par exemple, dans l'affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, la Cour européenne des droits de l'homme a pris note de la directive du Conseil 2000/43/CE, mais ne l'a pas appliquée à une affaire dans laquelle une veuve de la communauté rom alléguait que le fait que la police militaire avait tué son mari par balles, dans le contexte plus large de la lutte contre la discrimination à l'encontre des roms, était un acte motivé par le racisme, en violation de l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme*²¹⁸. Au lieu de cela, la Cour a jugé que, compte tenu des faits en l'espèce, la preuve du mobile raciste de l'acte d'homicide devait être apportée, malgré la présentation de preuves allant dans ce sens et que la charge de la preuve ne devait pas peser sur l'Etat défendeur²¹⁹.

Cependant, dans une affaire récente, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans ce qui représente certainement un arrêt de principe, *D.H. et autres c. République tchèque*, a retenu un raisonnement en faveur d'une partie qui alléguait une discrimination indirecte²²⁰. Ce jugement suggère que la Cour concède ce principe, tout en faisant preuve de conservatisme dans son application. La Cour a jugé qu'une loi sur le placement dans des écoles spéciales, neutre en apparence, qui avait pour conséquence que les enfants de la communauté rom étaient surreprésentés dans les écoles spéciales était discriminatoire. « La Grande Chambre estime que, lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi (...) de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer »²²¹. Toutefois, *D.H. et autres* est un arrêt important par ses limitations autant que par sa décision. Ainsi,

216. Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, article 2 § 2.

217. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préambule, § 15.

218. Arrêt du 6 juillet 2005, *Nachova et autres c. Bulgarie*, requêtes n°43577/98 et 43579/98, §§ 80, 144-159.

219. *Idem*, § 157.

220. Arrêt du 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, requête n°57325/00.

221. *Idem*, § 194.

sans explication, la Cour a limité sa reconnaissance d'une discrimination ayant un impact différent dans les domaines de l'éducation, de l'emploi et de la prestation de services. En outre, les faits étaient exceptionnels par leur caractère extrême : une différence d'impact trente fois plus importante entre les enfants roms et les autres. A l'avenir, dans des affaires concernant des différences moins importantes, la Cour pourrait continuer de se fonder sur sa jurisprudence antérieure plus conservatrice.

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme en la matière a également évolué ces dernières années, mais sa portée reste imprécise. Dans son observation générale n°18, le Comité note qu'« une discrimination de fait » peut exister même en l'absence de « discrimination en droit » et que les pouvoirs publics doivent s'abstenir de l'une et l'autre²²². Cela laissait ouverte la possibilité de constater qu'un Etat avait enfreint le PIDCP en raison d'une discrimination de fait.

Contrairement à l'approche suivie en Europe et par les organes conventionnels des Nations Unies, la Cour interaméricaine a reconnu l'impact discriminatoire de lois en apparence neutres comme étant une discrimination inacceptable. Dans l'affaire *Yatama c. Nicaragua*, la Cour a ordonné le retrait d'une loi qui exigeait que les candidats aux élections législatives soient affiliés à un parti, parce que les partis politiques sont « une forme d'organisation qui n'est pas caractéristique des communautés autochtones de la côte Atlantique »²²³. La Cour poursuit en notant que « les circonstances de l'espèce (...) ne sont pas comparables avec les circonstances de tous les groupes politiques qui peuvent exister dans d'autres sociétés nationales ou secteurs d'une société nationale »²²⁴. Par conséquent, le jugement de la Cour n'était pas qu'une telle loi constitue en soi une violation de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, mais que la violation résultait de son impact au Nicaragua, étant donné le contexte ethno-culturel unique.

Resume

- Le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité devant la loi sont interdépendants et universellement reconnus et protégés en droit international. Ils découlent de la notion de dignité inhérente à la personne humaine.
- La liste des fondements de discrimination interdits dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme n'est pas exhaustive et l'inclusion de « toute autre situation » par les rédacteurs concerne d'autres fondements tels que l'« orientation sexuelle » et l'« identité de genre ». La jurisprudence relative aux droits de l'homme, universelle et régionale, ainsi que quelques nouveaux instruments internationaux ont reconnu et réaffirmé

222. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°18, op. cit.*, §§ 9 et 12.

223. Arrêt du 23 juin 2005, *Yatama c. Nicaragua*, Série C, n°127, § 214. Traduction libre.

224. *Idem*, §219. Traduction libre.

que l' « orientation sexuelle » et l' « identité de genre » sont des fondements de discriminations interdits.

- Le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité devant la loi impliquent que l'Etat a l'obligation de protéger les personnes contre toute discrimination de la part des agents de l'Etat, mais aussi de la part d'entités et de personnes privées. Le devoir de l'Etat est d'assurer que tous les êtres humains jouissent des droits de manière égale et sans discrimination. L'interdiction de la discrimination raciale est une norme impérative du droit international (*jus cogens*) qui ne souffre aucune dérogation.
- Les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination autorisent des différences de traitement et des distinctions par rapport à certains droits et libertés pour certaines catégories d'individus, telles que les mineurs, les populations autochtones, les étrangers, les non-citoyens, etc. Les différences de traitements sont autorisées seulement si elles sont fondées sur des critères raisonnables et objectifs et si elles poursuivent un but légitime. Toute différence de traitement ou distinction qui est dépourvue de justification raisonnable et objective ou qui ne poursuit pas un but légitime est discriminatoire.

« [L']orientation sexuelle (...) est une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine ».

— Cour européenne des droits de l'homme²²⁵

III. Le droit à la vie privée

1. Nature juridique et portée

Le droit à la vie privée est protégé par de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme²²⁶. Ce droit est enfreint en cas d'ingérence illégale ou d'ingérence légale mais arbitraire dans la vie privée d'un individu. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) interdit les « immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, [et les] atteintes illégales à [l'] honneur et à [l]a réputation » et confère le « droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »²²⁷. Cette norme est également énoncée dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, la *Convention européenne des droits de l'homme*, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la *Charte arabe des droits de l'homme* et la *Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant*²²⁸. La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* est le seul instrument régional qui est silencieux sur la vie privée ou le droit de ne pas subir d'ingérence dans la famille de la part de l'Etat²²⁹.

225. Arrêt du 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, requêtes n°33985/96 et 33986/96, § 127.

226. Outre les instruments cités ci-dessus, ce droit est énoncé dans les instruments suivants : Déclaration universelle des droits de l'homme (article 12), Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (article 5), Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo) (règle 3.11), Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) (règle 8), Principes des Nations Unies pour les personnes âgées (principe 14), Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale (principe 13), Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme (article VI), Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (principe N(h)), Convention européenne pour la protection des données à caractère personnel (article 1), Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 7), et Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam (article 18.b).

227. Article 17.

228. Article 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant, article 14 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 22 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (qui prévoit aussi la protection de la confidentialité des informations personnelles et des informations relatives à la santé et à la réadaptation des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres), article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 11 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 21 de la Charte arabe des droits de l'homme et article 10 la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant.

229. Articles 18, 27 et 28.

Le droit à la vie privée est un terme générique qui couvre notamment l'intégrité du domicile, du corps, de la famille, la détermination et le développement de sa propre personnalité, l'identité personnelle et les relations avec ses semblables. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que « le droit à la vie privée garantit à chaque individu une sphère dans laquelle nul ne peut s'immiscer, une zone d'activité qui n'appartient qu'à soi-même. En ce sens, plusieurs garanties prévues par la Convention [américaine] qui protègent le caractère sacré de la personne créent des zones d'intimité »²³⁰. Une définition exhaustive de la notion de « vie privée » est impossible, comme l'a observé la Cour européenne des droits de l'homme :

*« Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »*²³¹.

La Cour européenne a également indiqué que le droit à la vie privée « peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (...). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 »²³².

Le Comité des droits de l'homme a également dessiné les contours du droit à la vie privée. Le Comité a ainsi estimé que « la notion de vie privée renvoie au domaine de la vie de l'individu où il peut exprimer librement son identité, que ce soit dans ses relations avec les autres ou seul »²³³.

Les organes conventionnels et les juridictions internationales ont conclu à des violations du droit à la vie privée dans de nombreuses situations différentes, y compris des perquisitions illégales ou arbitraires par des militaires²³⁴, l'ingérence de l'Etat dans la liberté des femmes s'agissant de leur procréation²³⁵, les tests forcés ou non consentis du virus VIH²³⁶, le manquement à protéger les femmes contre le viol²³⁷,

230. Rapport n°38/96 du 15 octobre 1996, affaire n°10.506, *X et Y (Argentine)*, § 91. Traduction libre.

231. Arrêt du 16 décembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, requête n°13710/88, § 29.

232. Arrêt du 29 avril 2002, *Pretty c. Allemagne*, requête n°2346/02, § 61.

233. Comité des droits de l'homme, constatations du 31 octobre 1994, *A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas*, communication n°453/1991, § 10.2.

234. Comité des droits de l'homme, constatations du 24 octobre 2002, *Coronel et al. c. Colombie*, communication n°778/1997, document CCPR/C/76/D/778/1997.

235. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28, Egalité des droits entre hommes et femmes (article 3)*, § 20.

236. Cour de justice européenne, arrêt du 5 octobre 1994, *X. Commission des Communautés européennes*, affaire C-404/92-P, §§ 19-21 et 23.

237. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28 (article 3)*, § 20.

l'ingérence dans la correspondance de prisonniers²³⁸, le refus arbitraire d'accorder un changement de nom²³⁹, l'autorisation de construire un complexe touristique sur des lieux de sépulture ancestraux de populations autochtones²⁴⁰, des régulations douanières interdisant l'importation de médicaments prescrits pour un usage personnel²⁴¹, ou encore la destruction de maisons sans mandat au cours d'opérations militaires²⁴² parmi tant d'autres.

2. Obligation des Etats de protéger le droit à la vie privée

Les autorités législatives, administratives et judiciaires de l'Etat ont l'obligation de garantir le droit à la vie privée. Le Comité des droits de l'homme a observé que les « obligations imposées par [l'article 17 du PIDCP] exigent de l'Etat l'adoption de mesures, d'ordre législatif ou autres, destinées à rendre effective l'interdiction d'(...) immixtions et atteintes à la protection de ce droit »²⁴³. Le Comité a également indiqué que « l'obligation positive existe pour les États parties de réglementer les activités de personnes privées, physiques ou morales. Par exemple, le respect de la vie privée garanti par l'article 17 doit être protégé par la loi »²⁴⁴. De plus, « [d]es dispositions doivent également être prises pour permettre à chacun de se protéger contre toute attaque illégale dont il peut être l'objet et d'avoir un moyen de recours contre les responsables »²⁴⁵.

Les juridictions et organes internationaux relatifs aux droits de l'homme ont conclu à plusieurs occasions que, outre l'obligation de s'abstenir d'ingérences arbitraires dans la vie privée des individus, le respect de la vie privée entraîne également des obligations positives. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a ainsi observé :

« [l]es articles 1er et 2 de la Convention établissent l'obligation d'assurer les droits protégés par la Convention et exigent que les Etats parties adoptent toute mesure nécessaire, législative ou autre, pour donner effet à ces droits

238. Comité des droits de l'homme, constatations du 23 mars 1983, *Miguel Angel Estrella c. Uruguay*, communication n°74/1980, § 9.2.

239. Comité des droits de l'homme, *A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas*, op. cit., §§ 10.2-10.5

240. Comité des droits de l'homme, constatations du 29 décembre 1997, *Francis Hopu et Tepoititu Bessert c. France*, communication n°593/1993, § 10.3.

241. Cour de justice européenne, arrêt du 8 avril 1992, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, affaire C-62/90.

242. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 avril 1998, *Selçuk et Asker c. Turquie*, requête n°12/1997/796/998-999, §§ 86-87 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 1er juillet 2006, *Ituango Massacres c. Colombie*, §§ 192-197.

243. Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 16, Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (article 17)*, § 1.

244. Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, § 8.

245. Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 16*, § 11.

(reconnus dans la Convention) ou libertés. (...) Ainsi, tous les Etats parties à la Convention ont l'obligation d'assurer que ces droits sont protégés de manière effective et adéquate par leurs systèmes juridiques internes (...). En vertu de la Convention, l'Etat (...) a l'obligation positive de protéger les personnes qui relèvent de sa juridiction de violations du droit à la vie privée, et, lorsque ce droit est enfreint, d'offrir des recours qui soient rapides, effectifs et adéquats pour réparer tout préjudice causé par une violation de ce droit »²⁴⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la même approche. La Cour a constaté à plusieurs occasions que :

« [s]i l'article 8 (art. 8) tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale, quoique sujettes à la marge d'appréciation de l'État. (...) Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte (...) le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »²⁴⁷.

Les juridictions et les organes de traité semblent parfois réticents à conclure à une violation du droit à la vie privée lorsqu'une violation d'un autre droit du même instrument a déjà été constatée. Par exemple, dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala*, la requérante et sa famille avaient subi la surveillance et le harcèlement de la police avant qu'elle ne devienne prisonnière politique. Par la suite, alors qu'elle était détenue, elle fut victime de violations de sa correspondance et forcée à faire de fausses déclarations. La Cour interaméricaine des droits de l'homme jugea que toutes ces actions violaient les dispositions de la Convention garantissant le droit à un traitement humain en détention et refusa d'aborder la question de la vie privée²⁴⁸. De même, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir jugé que l'expulsion d'un prisonnier porteur du virus HIV vers St. Kitts constituerait un traitement cruel et inhumain sur le fondement de l'article 3, en raison du manque d'équipements médicaux et en l'absence de soutien familial, considéra que son droit à la vie privée et son intégrité corporelle ne soulevaient pas de question distincte et ne l'examina donc pas²⁴⁹.

Le Comité des droits de l'homme a peut-être tenté de délimiter les contours extérieurs du droit à la vie privée lorsqu'il a observé que « [é]tant donné que toutes les personnes vivent en société, la protection de la vie privée est nécessairement relative. Toutefois, les autorités publiques compétentes ne doivent pouvoir réclamer

246. Rapport n°11/96 du 2 mai 1996, affaire 11.330 (Chili), §§ 66 et 67.

247. Arrêt du 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, requête n°9532/81, §§ 35 et 37.

248. Arrêt du 27 novembre 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*.

249. Arrêt du 2 mai 1997, *D. Royaume-Uni*, requête n°146/1996/767/964, § 64.

que celles des informations touchant la vie privée de l'individu dont la connaissance est indispensable à la société, au sens du Pacte »²⁵⁰.

3. Ingérences et limitations illégales ou arbitraires du droit à la vie privée

En droit international des droits de l'homme, le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu. Il est donc susceptible de limitations en temps normal comme en temps d'urgence. Néanmoins, les droits de l'homme qui sont sujets à des limitations légales (y compris en temps d'urgence) ne peuvent jamais disparaître : dérogation ne signifie pas extinction²⁵¹.

En temps normal, toute limitation ou ingérence doit être prévue par la loi et ne pas être arbitraire. Le Comité des droits de l'homme a indiqué que toute limitation ou immixtion ne peut être autorisée que si elle est essentielle dans l'intérêt de la société et si une loi pertinente précise dans le détail les cas précis dans lesquels elle peut être autorisée²⁵². En outre, l'immixtion doit « être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et être raisonnable eu égard aux circonstances de l'espèce »²⁵³.

Le Comité des droits de l'homme considère qu'une « immixtion arbitraire » dans le droit à la vie privée peut être le résultat d'une immixtion prévue par la loi. Le Comité estime que la surveillance, par des moyens électroniques ou autres, l'interception des communications téléphoniques, télégraphiques ou autres, l'écoute et l'enregistrement des conversations devraient être interdits. Les perquisitions domiciliaires doivent être limitées à la recherche des éléments de preuve nécessaires, et ne doivent pas pouvoir donner lieu à des vexations. En ce qui concerne la fouille des personnes et la fouille corporelle, des mesures efficaces doivent assurer qu'il y est procédé d'une manière compatible avec la dignité de la personne qui en est l'objet. Les personnes soumises à une fouille corporelle par des agents de l'Etat ou du personnel médical agissant à la demande de l'Etat ne devraient être fouillées que par des personnes du même sexe. La surveillance des communications téléphoniques, électroniques et télégraphiques, sans supervision d'un organe judiciaire

250. Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 16*, § 7.

251. Nicole Questiaux, Rapporteur spécial de l'ancienne Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, document E/CN.4/Sub.2/1982/15, § 192.

252. Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 16*, § 8.

253. Comité des droits de l'homme, constatations du 1er novembre 2004, *Antonius Cornelis Van Hulst c. Pays-Bas*, communication n°903/1999, document CCPR/C/82/D/903/1999, § 7.3. Voir également Comité des droits de l'homme, constatations du 3 avril 2001, *Rafael Armando Rojas García c. Colombie*, communication n°687/1996, et Comité des droits de l'homme, constatations du 3 avril 1997, *Giosue Canepa c. Canada*, communication n°558/1993, § 11.4.

ou indépendant, soulève de sérieuses questions quant à leur compatibilité avec le droit à un recours effectif et le droit à la vie privée (articles 2(3) et 17 du PIDCP)²⁵⁴.

La Cour européenne a affirmé qu'un Etat a l'obligation de ne pas commettre d'ingérence dans la vie privée des individus, sauf dans des circonstances strictement limitées si l'ingérence est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique²⁵⁵. La Commission européenne des droits de l'homme est allée plus loin en soulignant qu'un Etat n'est susceptible de s'ingérer dans la vie privée seulement lorsque l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou en relation étroite avec d'autres intérêts protégés²⁵⁶. La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme considèrent que concernant les droits tels que le droit à la vie privée, pour lesquels la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* ne définit pas de règles établissant ou limitant la possibilité pour les Etats de les limiter, lesdits droits peuvent faire l'objet de limitations en vertu de l'article 32(2) de la Convention qui prévoit que « [l]es droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique ». La Cour interaméricaine des droits de l'homme a indiqué que les limitations aux droits protégés par la Convention « doivent remplir certaines conditions substantielles qui dépendent de la légitimité du but que de telles limitations sont destinées à atteindre ».²⁵⁷ De même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a précisé que :

« [l']article 11.2 [de la Convention américaine] interdit expressément les 'ingérences arbitraires ou abusives' dans ce droit. Cette disposition indique qu'outre la condition de légalité, qui devrait toujours être observée lorsque une limitation est imposée aux droits de la Convention, l'Etat a l'obligation spéciale de prévenir les ingérences « arbitraires ou abusives ». La notion d' « ingérence arbitraire » fait référence aux éléments d'injustice, d'imprévisibilité et de caractère déraisonnable »²⁵⁸.

254. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Etats-Unis d'Amérique, op. cit.*, § 21.

255. Voir, par exemple, arrêt du 24 avril 1990, *Huvig c. France* ; arrêt du 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* ; arrêt du 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, et arrêt du 17 avril 2003, *Yılmaz c. Allemagne*.

256. Commission européenne des droits de l'homme, *Bruggemann et Scheuten c. République fédérale allemande*, Rapport 1977.

257. Avis consultatif OC-5/85, *Adhésion forcée dans une association prescrite par la loi pour la pratique de journalisme (arts. 13 et 29 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme)*, 13 novembre 1985, Série A n°5, § 37. Traduction libre.

258. Rapport n°38/96 du 15 octobre 1996, *X. c. Y. (Argentine)*, § 92. Traduction libre.

4. Orientation sexuelle et identité de genre et droit à la vie privée

La portée du droit à la vie privée peut être envisagée comme décisionnelle, relationnelle et géographique²⁵⁹. La vie privée décisionnelle fait référence aux choix personnels et intimes dans la vie d'un individu qui sont au centre de sa dignité personnelle et de son autonomie. La vie privée relationnelle évoque les relations développées avec la famille, par le mariage ou la procréation, alors que la vie privée géographique concerne les activités qui ont lieu au sein du foyer. Le Comité des droits de l'homme, dans l'affaire *Toonen c. Australie*, a énoncé une théorie décisionnelle de la vie privée qui englobe la décision intime et privée d'un adulte d'avoir des rapports sexuels avec un partenaire du même sexe. Le Comité a conclu que « [e]n ce qui concerne l'article 17, il est incontestable que la sexualité consentante, en privé, est couverte par la notion de «vie privée» »²⁶⁰. Le Comité des droits de l'homme affirma que la pénalisation des pratiques homosexuelles ne saurait être un moyen raisonnable ou une mesure proportionnelle à l'objectif poursuivi de prévention de la prolifération du virus VIH/SIDA et rejeta l'argument selon lequel il s'agissait de « questions de morale » devant être considérées « comme relevant des affaires intérieures »²⁶¹. Cette décision constitue le fondement de la protection de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans la jurisprudence et la doctrine du système des Nations Unies relatif aux droits de l'homme, en particulier concernant la dépénalisation de l'homosexualité²⁶². En revanche, l'affaire *Toonen* n'aborde pas tous les aspects de la vie privée décisionnelle. La portée plus large de celle-ci a été examinée dans l'affaire *A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas*, dans laquelle le Comité des droits de l'homme a observé que :

*« la notion de vie privée renvoie au domaine de la vie de l'individu où il peut exprimer librement son identité, que ce soit dans ses relations avec les autres ou seul. Il estime que le nom d'une personne constitue un élément important de son identité et que la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée comprend la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans l'exercice du droit de choisir son nom et d'en changer »*²⁶³.

259. Voir l'intervention en tant qu'*amicus curiae* de Mary Robinson dans l'affaire *Lawrence c. Texas* : <http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>.

260. Constatations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n°488/1992, § 8.2, CCPR/C/50/D/1992 du 4 avril 1994.

261. *Idem*, § 8.4.

262. Voir Commission internationale de juristes, *International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity* at http://www.icj.org/news.php3?id_article=3687&lang=en. Voir en particulier les observations finales suivantes: Grèce, CCPR/CO/83/GRC, 31 mars 2005, § 19; Kenya, CCPR/CO/83/KEN, 28 mars 2005, § 27; Namibie, CCPR/CO/81/NAM, 30 juillet 2004, § 22; Egypte, CCPR/CO/76/EGY, 28 novembre 2002, § 19; Royaume-Uni, CCPR/C/79/Add.119, 27 mars 2000, § 14; Pologne CCPR/C/79/Add.110, 29 juillet 1999, § 23; Roumanie CCPR/C/79/Add.111, 28 juillet 1999, § 16; et Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 mars 1999, § 20.

263. Constatations du 31 octobre 1994, *A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas*, communication n°453/1991, § 10.2.

Les juridictions internes ont également développé la notion de vie privée décisionnelle. La Cour Constitutionnelle de Colombie, considérant le PIDCP et la Constitution colombienne, est parvenue à la théorie suivante concernant la vie privée décisionnelle et l'orientation sexuelle :

« la sexualité, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, est un élément essentiel de l'être humain et de sa psyché et s'inscrit par conséquent dans le cadre plus large de la sociabilité. Au cœur de la protection constitutionnelle complète de l'individu, sous la forme des droits de la personnalité, et son libre développement (articles 14 et 16 de la Constitution colombienne) se trouve le processus d'affirmation autonome et la décision s'agissant de sa propre sexualité. Elle serait dépourvue de sens si l'autodétermination sexuelle devait rester hors des limites des droits à la personnalité et de son libre développement, étant donné que la conduite et l'identité sexuelles occupent une place centrale et décisive dans le développement de la personne, de sa liberté et de son autonomie »²⁶⁴.

La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a élaboré une théorie de la sexualité qui inclut des éléments de la vie privée décisionnelle et relationnelle. La Cour a ainsi affirmé :

« [l]a vie privée reconnaît que nous avons tous un droit à une sphère d'intimité privée et l'autonomie qui nous permet d'établir et d'entretenir des relations humaines sans ingérence de la communauté extérieure. La manière dont nous exprimons notre sexualité se trouve au cœur de cette zone de vie privée. Si, en exprimant notre sexualité, nous agissons par consentement et sans porter préjudice à quiconque, toute immixtion dans cette zone constitue une violation de notre vie privée »²⁶⁵.

Le système interaméricain des droits de l'homme n'a pas poussé la question de la vie privée décisionnelle par rapport à l'orientation sexuelle. Toutefois, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré admissible une requête dans une affaire qui, bien que ne marquant pas de progrès, lui a permis de juger qu'une loi interdisant à des personnes de rendre visite à leurs partenaires prisonniers de même sexe alors que les visites étaient autorisées pour les hétérosexuels, « pourrait impliquer, entre autres, une violation de l'article 11(2) de la Convention américaine dans la mesure où elle pourraient constituer une immixtion arbitraire ou abusive dans la vie privée [de la requérante lesbienne] »²⁶⁶. La Commission interaméricaine a développé une conception large du droit à la vie privée, notant que :

264. Arrêt n°C-098/96 du 7 mars 1996. Traduction libre. <http://www.unilibrebaq.edu.co/html/providencias/C-098-96.htm>.

265. Arrêt du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, affaire CCT11/98, § 32.

266. Rapport n°71/99 (admissibilité) du 4 mai 1999, affaire 11.656, *Marta Lucia Álvarez Giraldo (Colombie)*, § 21.

« [l]es conditions de l'article 11 [de la Convention américaine relative aux droits de l'homme] englobent une série de facteurs relatifs à la dignité de l'individu, tels que, par exemple, la possibilité de poursuivre le développement de sa personnalité et de ses aspirations, de déterminer sa propre identité et de définir ses propres relations personnelles »²⁶⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme est l'organe le plus développé concernant la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre et le droit à la vie privée²⁶⁸. La Cour européenne a affirmé à plusieurs reprises que l'orientation sexuelle concerne « un aspect des plus intimes de la vie privée »²⁶⁹. L'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* caractérise l'approche de la Cour européenne concernant l'orientation sexuelle et la vie privée. Dudgeon était un homosexuel de 35 ans qui vivait en Irlande du Nord. La police effectua une perquisition à son domicile dans le cadre d'une enquête relative à une tierce partie et saisit des documents et le journal personnel qui lui appartenaient et décrivaient des activités homosexuelles. Dudgeon alléguait que l'existence, en droit pénal nord-irlandais, de diverses infractions pouvant s'appliquer au comportement homosexuel masculin, constituaient une atteinte à sa vie privée. La Cour jugea sur le fondement de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, que les lois pénalisant la sodomie entre homosexuels (*buggery laws*) constituaient une ingérence dans un aspects des plus intimes de la vie privée. La Cour affirma que :

« [p]ar son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 (...). Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci (...): ou il la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales »²⁷⁰.

Par conséquent, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention. Le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Dudgeon* a été réaffirmé dans les

267. Rapport n°4/01 du 19 janvier 2001, affaire 11.625, *Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, § 46.

268. Voir notamment, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76; arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, requête n° 10581/83; arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, requête n° 15070/89; arrêt du 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99; arrêt du 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, requête n° 31417/96 et 3277/96; arrêt du 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, requête n° 1627/93, 21826/93 et 21974/93; arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95; arrêt du 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, requête n° 35968/97; et arrêt du 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, requête n° 13710/88.

269. Arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n°7525/76, § 52. Voir également arrêt du 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, requête n° 1627/93, 21826/93 et 21974/93, § 36.

270. Arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 41.

affaires ultérieures *Norris c. Irlande*²⁷¹ et *Modinos c. Chypre*²⁷². La Cour a également conclu à une violation du droit à la vie privée combiné avec le droit de ne pas subir de discrimination dans l'affaire *S.L. c. Autriche*²⁷³, dans laquelle la Cour examinait la question des sanctions pénales et un âge de consentement plus avancé pour les relations homosexuelles entre hommes consentants.

La conception de la Cour européenne de la portée normative de la vie privée s'est étendue au-delà des lois anti-sodomie pour intégrer la protection des manifestations publiques de la vie privée. L'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*²⁷⁴ (18 ans après l'affaire *Dudgeon*) relative au droit des homosexuels de servir dans l'armée, marque une évolution importante de l'utilisation du concept de vie privée pour protéger l'orientation sexuelle des personnes, non seulement dans le cercle restreint de leur vie privée, mais aussi dans leurs relations et aspects professionnels de leur vie. Ayant recours à l'article 8 de la Convention européenne, la Cour a condamné des lois qui excluaient les personnes homosexuelles de l'armée et a développé une interprétation de la vie privée qui envisage la vie homosexuelle à la fois en privé et en public. Il convient de noter qu'il a fallu du temps à la Cour pour développer un cadre normatif complet concernant les droits des homosexuels et la portée de la vie privée, au-delà de la dépénalisation des lois anti-sodomie.

S'agissant de l'identité de genre, la Commission européenne des droits de l'homme a jugé dans l'affaire *D. Van Oosterwijk c. Belgique*, relative à un transsexuel qui voulait modifier son acte de naissance, que le droit au respect de la vie privée est le droit de vivre sa vie comme on l'entend, protégé du public. Il comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec ses semblables, en particulier dans le domaine émotionnel, pour développer sa propre personnalité²⁷⁵. La Commission a jugé que le refus de la Belgique de permettre aux registres d'état civil de refléter les changements de sexe constituait une violation du droit à la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH²⁷⁶. Cette jurisprudence annonçait l'approche de la Cour européenne dans les affaires *Dudgeon*, *Norris* et *Modinos* qui ont concrétisé la portée de la vie privée décisionnelle en vertu de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

Les questions liées à l'identité de genre ont progressé dans la jurisprudence de la Cour européenne sur le fondement de l'article 8 de la Convention (droit à la vie privée et familiale). La jurisprudence de la Cour reflète son évaluation d'une « tendance internationale continue » en faveur de la reconnaissance de l'identité

271. Arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, requête n° 10581/83.

272. Arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, requête n° 15070/89.

273. Arrêt du 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99.

274. Arrêt du 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, requête n° 31417/96 et 3277/96.

275. Commission européenne des droits de l'homme, *D. Van Oosterwijk c. Belgique*, requête n°7654/76, 1979.

276. Voir également arrêt du 16 décembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, requête n°13710/88, affaire laquelle la Cour note que le respect de la vie privée comprend le droit « d'établir et de développer des relations », à la fois personnelles et professionnelles, § 29.

de genre. En effet, la Cour a indiqué qu'elle attache « moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »²⁷⁷. Ainsi les arrêts de principe *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *Van Kück c. Allemagne* représentent des progrès importants dans l'application du droit à la vie privée à l'identité de genre. Les deux affaires reprennent la tendance de la vie privée décisionnelle amorcée dans l'arrêt *Dudgeon*, faisant référence aux notions d'aspects intimes de la vie privée et utilisant un vocabulaire qui évoque le développement de la personnalité et l'identité de genre. Cependant, la condition qu'un requérant doive manifester son identité de genre en tant que trouble médical pour prouver son authenticité²⁷⁸ et démontrer la possibilité d'avoir des relations hétérosexuelles pour prouver le changement de sexe, demeure problématique²⁷⁹.

Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la requérante était une citoyenne britannique qui avait eu recours à une opération pour devenir femme²⁸⁰. Elle avait épousé une femme et eu quatre enfants, mais était convaincue que son « sexe cérébral » ne correspondait pas à son physique. Elle avait subi une opération de conversion sexuelle dans un hôpital public, remboursée par le *National Health Service*. La requérante avait divorcé mais continuait d'avoir de bonnes relations avec ses enfants.

Presque immédiatement après son opération, elle commença à connaître des difficultés personnelles et bureaucratiques en raison de son changement de sexe. Elle alléguait qu'entre 1990 et 1992, elle avait subi le harcèlement sexuel de ses collègues de bureau et avait été renvoyée par son employeur pour des raisons liées à sa santé, mais dont elle pensait que la cause en était le fait qu'elle soit transsexuelle. Elle avait trouvé un nouvel emploi, mais comme le *Department of Social Security* refusait de lui donner un nouveau numéro de sécurité sociale, son employeur avait pu utiliser l'ancien numéro pour découvrir son ancienne identité et elle avait commencé à avoir des problèmes au travail. Des collègues avaient arrêté de lui parler et elle était victime de rumeurs. Par ailleurs, elle avait été informée qu'elle ne pourrait pas prendre sa retraite à l'âge de 60 ans, l'âge de la retraite pour les

277. Arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95, § 85.

278. A cet égard, la Cour a considéré qu'« il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer – à l'exclusion de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels (...) Dès lors, la Cour n'est pas convaincue que l'état des connaissances médicales ou scientifiques fournisse un argument déterminant quant à la reconnaissance juridique des transsexuels », arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 82-83.

279. Sur le développement de l'idée selon laquelle l'hétérosexualité va de pair avec le droit à la reconnaissance d'un nouveau genre dans la jurisprudence de la Cour européenne, voir Susan Marks et Andrew Clapham, *International Human Rights Lexicon*, op. cit., p.343.

280. Arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95.

femmes au Royaume-Uni, mais qu'elle devrait cotiser jusqu'à l'âge de 65 ans, âge de la retraite pour les hommes. Ses dossiers étaient classifiés comme « sensibles » pour s'assurer que seul un employé d'un grade particulier y avait accès. En conséquence, elle devait prendre des rendez-vous pour les affaires les plus courantes et le *Department of Social Security* continuait d'utiliser son ancien nom. Elle avait aussi manqué plusieurs opportunités pour lesquelles elle devait présenter un acte de naissance, notamment un emprunt et une allocation de la DSS. Elle n'avait pas déclaré un vol à la police par crainte de devoir révéler son ancienne identité au cours de l'enquête.

La Cour a ainsi décrit la nature de l'ingérence dans la vie privée :

« [l]e stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété.

« Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain (...). Au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu »²⁸¹.

Dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*²⁸², le requérant était un transsexuel homme devenu femme dont la compagnie d'assurance refusait de couvrir les dépenses médicales liées à la conversion sexuelle. Les juridictions allemandes avaient considéré la vie du requérant – y compris son service militaire, son mariage à une femme et l'absence d'identification transgenre dans son enfance – et avaient conclu que la requérante avait elle-même causé sa transsexualité et que par conséquent le refus de couvrir ses dépenses était légitime²⁸³. L'arrêt de la Cour exprime également des doutes quant à la validité médicale et la nécessité de la conversion sexuelle²⁸⁴. Citant l'arrêt *Goodwin* notamment, la Cour européenne a jugé ainsi que « [l]a dignité et

281. *Idem*, §§ 77 et 90.

282. Arrêt du 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, requête n° 35968/97.

283. *Idem*, § 45.

284. *Idem*, § 53.

la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti »²⁸⁵. La Cour poursuit en concluant que cela implique une obligation positive en sus de celle de s'abstenir d'ingérence dans la vie privée²⁸⁶. La Cour conclut que « les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considéré comme l'un des aspects de son droit au respect de sa vie privée », constituent un manquement de l'Etat à ses obligations positives et qu'« il apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée »²⁸⁷. Par conséquent la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention européenne.

La Cour a réaffirmé que l'essence de la Convention européenne est le respect de la dignité et de la liberté de la personne humaine et que le droit des transsexuels au développement personnel et à la sécurité physique et morale est protégé. Dans ce domaine, la Cour a noté que le concept de « vie privée » est un terme large qui n'est pas défini de manière exhaustive et qui couvre l'intégrité physique et psychologique de la personne²⁸⁸. Cela couvre également des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu²⁸⁹, telle que l'identité de genre.

4.1 Droit public comparé et droit à la vie privée

Le Juge Blackmun, dans son opinion dissidente à l'arrêt *Bowers c. Hardwick*²⁹⁰ de la Cour Suprême des Etats-Unis, depuis renversé, avait affirmé que « le droit d'être laissé tranquille » ne devrait pas simplement être perçu comme un droit négatif d'occuper un espace libre de l'intrusion du gouvernement (ou vie privée géographique), mais comme un droit de mener sa vie, d'exprimer sa personnalité et de prendre des décisions fondamentales concernant ses relations intimes sans pénalisation. Les juges de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, discutant cette notion dans l'affaire *National Coalition of Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice*²⁹¹, ont expliqué qu'il n'y a aucune raison pour laquelle le concept de vie privée devrait, (comme il a été suggéré), être limité à ôter du contrôle de l'Etat ce qui se passe dans la chambre, avec le triste sous-entendu que vous pouvez adopter un comportement aussi bizarre et honteux que vous voulez, tant que vous le faites en

285. *Idem*, § 69.

286. *Idem*, § 70.

287. *Idem*, §§ 78 et 82.

288. Arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, § 22.

289. Arrêt du 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, requête n° 53176/99, § 53.

290. Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 30 juin 1986, *Bowers c. Hardwick*, 478 US 186, 1986.

291. Arrêt du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice*, affaire CCT11/98.

privé »²⁹². La Cour a expliqué que la portée de la vie privée implique que nous avons tous une sphère d'intimité et d'autonomie qui nous permet d'établir et d'entretenir des relations humaines sans ingérence de la communauté extérieure. La manière dont nous exprimons notre sexualité se trouve au cœur de cette zone d'intimité. Si, en exprimant notre sexualité, nous agissons avec consentement et sans porter préjudice à quiconque, toute immixtion dans cette zone constitue une violation du droit à la vie privée.

Le Juge Blackmun a également noté que le concept de vie privée n'envisage pas de cadre normatif complet concernant la discrimination à l'égard des homosexuels dans les domaines public et privé. La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a toutefois estimé que ces préoccupations sont fondées sur un débat inutile et artificiel entre vie privée et égalité/non-discrimination et sur un manque d'appréciation de la portée normative de la vie privée.

Premièrement, la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a abordé la question en observant que les droits à l'égalité et à la vie privée étaient violés simultanément par les lois anti-sodomie. Le droit à l'égalité était enfreint à cause de l'immixtion dans la vie privée fondée sur le manque de respect pour les personnes homosexuelles, qui avait pour résultat un traitement inégal. Deuxièmement, la Cour a adopté la conception large de la vie privée émanant de l'opinion dissidente dans l'affaire *Bowers c. Hardwick*²⁹³, qui n'envisageait pas simplement l'individu de manière isolée mais dans la globalité de son expérience vécue, en public et en privé, et la protection de ses choix de vie contre les lubies de la majorité.

Troisièmement, la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a considéré que le principe d'égalité était violé en raison de l'atteinte à la dignité causé par les lois anti-sodomie aux personnes homosexuelles. La Cour Constitutionnelle a estimé que les homosexuels étaient une minorité permanente qui constituait une fraction « distincte bien qu'invisible » de la communauté et dont les caractéristiques combinaient « toutes les anxiétés engendrées par la sexualité avec tous les effets aliénants résultant de la différence ». L'atteinte à la dignité causée par les lois anti-sodomie était le résultat de l'incapacité par rapport à la « citoyenneté morale complète » et était prouvée par le dédain du désir homosexuel et la perversité et la honte attribuées à l'affection physique spontanée entre personnes homosexuelles.

Cette notion intégrée d'égalité affirme la variabilité des êtres humains et rejette l'argument selon lequel le sentiment de la majorité constitue la mesure de ce qui est légal concernant les libertés individuelles et le conflit potentiel avec le contrôle social. Les violations du droit à la vie privée, tout comme les plaintes pour atteinte à la dignité des homosexuels, rendent les revendications liées à la vie privée plus

292. *Idem*, § 116.

293. Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 30 juin 1986, *Bowers c. Hardwick*, 478 US 186, 1986.

fortes et renforcent également les arguments pour la non-discrimination et l'égalité devant la loi.

Plusieurs cours suprêmes ont jugé que des sanctions pénales pour homosexualité violaient les garanties du droit constitutionnel et international de la vie privée et du droit à la jouissance universelle des droits de l'homme. Les décisions suivantes représentent un bref aperçu des décisions rendues :

Equateur : 1997 – La Cour Constitutionnelle juge que l'article 516 du code pénal (relatif à l' « homosexualisme ») viole les garanties du droit constitutionnel et international de la jouissance égale des droits fondamentaux par toutes les personnes ;

Colombie : 1994 – La Cour Constitutionnelle juge que l'homosexualité entre adultes est protégée par la loi. Les homosexuels sont protégés par la règle fondamentale d'égalité devant la loi et ont les mêmes droits fondamentaux que les hétérosexuels. Rien n'autorise la discrimination des homosexuels en raison de leur orientation sexuelle (arrêt n° T-539-94 du 30 novembre 1994. Voir également arrêts n° T-42370 et T-42955) ;

Pérou : 2004 – Une décision du Tribunal Constitutionnel accorde aux militaires gais le droit d'avoir des relations sexuelles et déclare qu'une règle qui rendait de telles relations illégales est anticonstitutionnelle (Jugement du 9 juin 2004, Affaire N°0023-2003-AI/TC).

Chine – Hong Kong : 2006 – La Cour d'appel confirme un arrêt de la Haute Cour condamnant une loi en vertu de laquelle les hommes de moins de 21 ans pratiquant la sodomie étaient passibles de peine d'emprisonnement à vie. Le panel de trois juges de la Cour d'appel confirmait un arrêt d'un tribunal de première instance rendu en août 2005. Les lois étaient remises en cause par William Roy Leung, alors âgé de 20 ans, qui avançait qu'il devrait pouvoir avoir des relations sexuelles avec un autre homme sans craindre d'être emprisonné. Dans l'arrêt du mois d'août, le Juge de la Haute Cour, Michael Hartmann considéra que les lois anti-sodomie enfreignaient les droits à la vie privée et à l'égalité des homosexuels. Alors que les homosexuels de moins de 21 ans pratiquant la sodomie risquaient une peine d'emprisonnement à vie, les couples hétérosexuels pouvaient légalement s'adonner à cette pratique à partir de 16 ans. Dans cette décision du 20 septembre, la Cour d'appel rejeta l'appel du gouvernement ;

Népal : décembre 2007 – la Cour Suprême ordonne au gouvernement de retirer une loi discriminatoire à l'encontre des homosexuels. La Cour juge aussi que les mêmes droits devraient être garantis aux minorités sexuelles qu'aux autres citoyens. Dans leur jugement, deux juges de la Cour Suprême affirmèrent : « le gouvernement du Népal devrait formuler de nouvelles lois et modifier les lois existantes afin de sauvegarder les droits de ces personnes. Les lesbiennes, gays, bisexuels, transsexuels et intersexes sont des personnes naturelles indépendamment de leur sexe masculin ou

féminin et elles ont le droit d'exercer leurs droits et de vivre une vie indépendante dans la société ».

Fiji : 2005 – Dhirendra Nadan, 23 ans et Thomas McCosker, 55 ans, avaient été condamnés à deux ans d'emprisonnement en avril 2005 pour « délits contre nature » et « indécence flagrante ». Le couple n'était pas représenté à leur procès initial et plaïda coupable, mais fit appel de la condamnation. Se prononçant en appel, le Juge Gerard Winter affirma que leur condamnation était invalide parce qu'elle n'était pas compatible avec la protection de la vie privée et de l'égalité en vertu de la Constitution de 1997. L'article 38 de la Constitution fidjienne interdit la discrimination sur le fondement de « circonstances ou caractéristiques personnelles supposées ou avérées, y compris (...) l'orientation sexuelle » et l'article 37 protège également le droit à la vie privée.

Ouganda : décembre 1998 – la Haute Cour d'Ouganda à Kampala (section civile) juge que les droits constitutionnels s'appliquent aux lesbiennes, gais, bisexuels et transgenres, indépendamment de leur orientation sexuelle.

5. Ingérence et limitation de la jouissance du droit à la vie privée dans le domaine de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre

L'obligation de protéger le droit à la vie privée en relation avec l'orientation sexuelle soulève la question du caractère illicite et arbitraire des ingérences. Dans l'affaire *Toonen c. Australie*, le Comité des droits de l'homme a rappelé que :

« l'introduction de la notion d'arbitraire a pour objet de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières (...). [P]our être raisonnable l'immixtion dans la vie privée doit être proportionnée à l'objectif recherché et doit être nécessaire dans les circonstances particulières à chaque cas »²⁹⁴.

Le Comité des droits de l'homme conclut que la pénalisation des pratiques homosexuelles était arbitraire et disproportionnée. La pénalisation constituait une ingérence arbitraire dans le droit à la vie privée, qui couvre la sexualité consentante entre adultes en privé²⁹⁵. Le Comité note que « qualifier les pratiques homosexuelles d'infraction pénale ne peut être considéré comme un moyen raisonnable ou une mesure proportionnée pour empêcher la prolifération du virus du sida »²⁹⁶, en particulier quand « aucune corrélation n'a été établie entre le maintien de l'omo-

294. Constatations du 31 mars 1994, *Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, § 8.3.

295. *Idem*, § 8.2. Voir également les observations finales du Comité des droits de l'homme sur les pays suivants : Chili, CCPR/C/79/Add.104 du 30 mars 1999, § 20; Jamaïque, CCPR/CO/83/KEN du 29 avril 2005, § 27; Pologne, CCPR/C/79/Add.110 du 29 juillet 1999, § 23; et Roumanie, CCPR/C/79/Add.111 du 28 juillet 1999 § 16.

296. *Idem*, § 8.5.

sexualité en tant qu'infraction pénale et l'efficacité de la lutte contre la prolifération du VIH (sida) »²⁹⁷.

La question de l'ingérence et des limitations au droit à la vie privée concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre a été fondamentalement développée par la Cour européenne des droits de l'homme au cours des dernières décennies. Dès 1976, dans son arrêt *Handyside*²⁹⁸, la Cour a déclaré que, pour examiner si la protection de la morale rendait nécessaire les mesures prises, elle devait évaluer « la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de «nécessité» » et que toute limitation imposée dans ce domaine doit être proportionnelle au but légitime poursuivi. La Cour a confirmé cette approche dans l'affaire *Dudgeon*²⁹⁹, dans laquelle elle a estimé que dans la mesure où l'affaire avait trait à un des aspects les plus intimes de la vie privée, il devait exister des raisons particulièrement sérieuses pour que les ingérences soient légitimes en vertu du paragraphe 2 de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. La Cour a cité les principes de tolérance et d'ouverture d'esprit qui caractérisent une société démocratique au sens de la Convention et a expliqué que la notion de mesure « nécessaire dans une société démocratique » était seulement conforme à un droit de la Convention si la mesure était proportionnelle au but légitime poursuivi. La Cour a aussi considéré que, bien que l'Etat bénéficie d'une marge d'appréciation, il lui revenait de déterminer si l'ingérence était proportionnelle au besoin social invoqué.

La Cour observe également la tolérance plus grande à l'égard des homosexuels dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et qu'il n'est plus considéré comme nécessaire de pénaliser les pratiques homosexuelles consenties. S'agissant de la proportionnalité, la Cour considère que les justifications du maintien de la législation litigieuse ne suffisent pas en raison des effets néfastes que son existence aurait pu avoir sur la vie d'une personne homosexuelle comme le requérant. La Cour indique que « [s]ans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme «nécessaire dans une société démocratique». En la matière, le droit pénal a pour fonction globale (...)»de préserver l'ordre et la décence publics [comme] de protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse». Cette nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose (...) de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui »³⁰⁰. Cependant, la Cour souligne que « [l]'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut (...) heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité

297. *Ibid.*

298. Arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, requête n° 5493/72, §§ 46, 48 et 49.

299. Arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, §§ 48s.

300. *Idem*, § 49.

immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »³⁰¹.

Dans l'affaire *Christine Goodwin*, la Cour note qu'elle n'avait pas jugé dans ce sens dans des affaires semblables³⁰², mais explique qu'elle doit prendre en compte l'évolution du contexte dans l'Etat défendeur et dans les Etats membres d'une manière générale. La Cour admet qu'elle ne peut ignorer l'évolution convergente survenue dans les Etats membres quant aux standards à atteindre et reconnaît l'ingérence dans la vie privée qui peut avoir lieu lorsque la législation nationale touche à un aspect important de l'identité personnelle³⁰³. La Cour considère « significatif le fait qu'il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées (par exemple, le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, quatrième édition (DMS-IV) a remplacé le diagnostic de transsexualisme par celui de « trouble de l'identité sexuelle » ; voir également la Classification internationale des maladies, dixième révision (CIM-10) »³⁰⁴.

L'affaire *Müller et autres c. Suisse* démontre que, dans le contexte de la protection de la morale, la Cour continue d'appliquer les mêmes tests pour vérifier ce qui est « nécessaire dans une société démocratique »³⁰⁵. En l'espèce, la Cour examine si les mesures litigieuses, qui poursuivaient le but légitime de la protection de la morale, répondaient à un besoin social impérieux et étaient conformes au principe de proportionnalité³⁰⁶.

La référence à une norme prédominante de tolérance à l'égard de l'homosexualité en Europe, comme dans l'arrêt *Dudgeon* par exemple, met en doute l'applicabilité de l'arrêt à d'autres forums. Le recours en Europe à une norme de comportement raisonnable dans les circonstances particulières à chaque cas est problématique par rapport au sentiment nationaliste très fort qui prévaut dans certaines parties du monde. Le manque de tolérance pourrait ainsi être invoqué dans certains endroits pour justifier le maintien de lois anti-sodomie. Même si l'arrêt fait autorité en Europe, sa force provient des arguments relatifs au dommage aux « aspects des plus intimes de la vie privée » et à l'examen de proportionnalité. Il convient également de noter que l'argument de la vie privée pour dépénaliser les lois anti-sodomie s'est montré efficace en Europe, dans la mesure où il a surmonté les résistances sociales

301. *Idem*, § 60.

302. Voir arrêt du 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, requête n° 9532/81; arrêt du 27 septembre 1999, *Cossey c. Royaume-Uni*, requête n° 10843/84 ; arrêt du 22 avril 1997, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, requête n° 75/1995/581/667 ; arrêt du 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, requête n° 31-32/1997/815-816/1018-1019; arrêt du 25 mars 1992, *B c. France*, requête n° 13343/87.

303. Arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, § 41.

304. Arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95, § 81.

305. Arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, requête n° 10737/84, §§ 31-37 et 40-44.

306. *Idem*, §§ 32, 40 et 43.

(et religieuses) fortes d'Irlande du Nord dans l'arrêt *Dudgeon*, d'Irlande dans l'arrêt *Norris* et de Chypre dans l'arrêt *Modinos*.

6. Droit public comparé et ingérence et limitations au droit à la vie privée

Le raisonnement suivi par la majorité de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Bowers c. Hardwick*, renversé depuis, caractérise la rhétorique relative à la force du sentiment de la majorité employée dans de nombreux pays qui maintiennent des lois anti-homosexuels. En niant au requérant son droit de mettre en cause les lois anti-sodomie de Géorgie, le Juge Bryan, rallié à la majorité, déclara que la Constitution fédérale ne conférerait pas un droit aux homosexuels de pratiquer la sodomie. Il cita les origines historiques des lois anti-sodomie et estima que l'interdiction de cette pratique était « profondément ancrée dans l'histoire et les traditions de la Nation ». Il expliqua le fondement desdites lois sur des notions de moralité et la croyance présumée de la majorité des électeurs en Géorgie que la sodomie homosexuelle était immorale et inacceptable. La Cour ne renversa pas la jurisprudence précédente qui interprétait la Constitution comme protégeant les relations privées dans le cadre du mariage et de la famille, mais refusa d'étendre cette protection aux relations homosexuelles entre adultes consentants.

Le Juge Blackmun, dans son opinion dissidente, envisagea la question sous l'angle du « droit d'être laissé tranquille ». Il considérait que :

« seul l'aveuglement volontaire peut occulter le fait que l'intimité sexuelle est une relation sensible essentielle à l'existence humaine (...). Le fait que les individus se définissent d'une certaine manière par leurs relations sexuelles avec autrui suggère, dans une Nation aussi diverse que la nôtre, qu'il peut y avoir de nombreuses manières « correctes » de mener ces relations, et que la richesse d'une relation vient de la liberté d'un individu de choisir la forme et la nature de ces liens personnels »³⁰⁷.

Le Juge Blackmun fustigea le recours aux anciennes lois de la majorité en déclarant que l'ancienneté des lois ne les rendait pas indiscutables, en particulier quand les fondements sur lesquels elles ont été établies ont depuis disparu. Sa construction du droit à la vie privée n'était pas seulement spatiale, mais assez étendue pour protéger le droit d'exprimer sa personnalité et de développer des relations intimes sans immixtion de l'Etat.

L'écart entre la majorité et les opinions dissidentes dans l'arrêt *Bowers c. Hardwick* reflètent les conceptions différentes de la « Nation » - ou des obligations de l'Etat – parmi les juges. La majorité concevait l'Etat en termes monolithiques qui exprime

307. Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 30 juin 1986, *Bowers c. Hardwick*, 478 US 186, 1986. Les Juges Brennan, Marshall et Stevens joignirent l'opinion dissidente du Juge Blackmun.

le sentiment majoritaire alors que les juges ayant émis l'opinion dissidente envisageaient la Nation comme une entité plurielle qui doit protéger l'individu même quand la majorité s'y oppose. La vie privée est conçue comme un écran entre l'Etat et l'individu. Le Professeur Sheldon Leader pense que le but de la Convention et de la Constitution est de tester la législation par rapport aux normes des deux instruments³⁰⁸. Lorsque les décisions sont rendues pour représenter uniquement l'opinion de la majorité de la communauté, comme c'était le cas de l'arrêt *Bowers c. Hardwick*, le juge a abandonné son rôle de juger et a fait de la communauté un juge de sa propre cause.

Dans l'arrêt *Lawrence c. Texas* qui renverse l'arrêt *Bowers c. Hardwick*, la Cour Suprême des Etats-Unis jugea que malgré les voix puissantes qui avaient condamné l'homosexualité parce qu'étant immorale par le passé, le rôle de la Cour était de définir la liberté pour tous et non de définir son propre code moral³⁰⁹. La majorité considéra que les lois et traditions des cinquante dernières années montraient « l'émergence d'une conscience que la liberté donne une protection substantielle aux adultes pour décider comment mener leur vie privée en matière de relations sexuelles »³¹⁰. La Cour nota que l'arrêt *Bowers c. Harwick* reposait sur des valeurs partagées avec d'autres nations, mais que cet argument avait depuis été rejeté par le système européen des droits de l'homme et que d'autres nations avait pris des mesures visant à protéger le droit des homosexuels d'avoir des relations intimes consenties entre adultes. La majorité se rangea à l'opinion dissidente à l'arrêt *Bowers c. Hardwick* selon laquelle : (1) le fait que la majorité au pouvoir d'un Etat concevait traditionnellement une pratique particulière comme immorale n'est pas une raison suffisante de maintenir une loi qui l'interdit, et (2) les décisions individuelles concernant l'intimité des relations physiques, même si elles ne visent pas à procréer, sont une forme de « liberté » protégée par le droit à un procès équitable. Dans la mesure où l'affaire concernait des adultes consentants et qu'il n'y avait aucune preuve de dommage ou de contrainte, la Cour jugea qu'il n'y avait aucun intérêt gouvernemental légitime à limiter la vie privée d'un individu.

La portée normative du « droit à la vie privée » reconnaît un intérêt gouvernemental orienté vers la « protection ». Ces limitations ont trait aux considérations d'intérêt public courantes et l'examen de proportionnalité ou les intérêts de politique publique sont clairement affirmés. D'aucuns ont avancé qu'il existe trois principes concernant la limitation de ce droit qui peuvent être dégagés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière sexuelle³¹¹ : (a) le principe

308. Sheldon Leader, "The Right to Privacy, the Enforcement of Morals, and the Judicial Function: An Argument", dans *Current Legal Problems*, Roger Rideout & Bob Hepple (eds), Sweet & Maxwell/Stevens/Stevens, 1990.

309. Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 26 juillet 2003, *Lawrence et al. c. Texas* (02-102) 539 U.S. 558, 2003.

310. *Idem*.

311. Intervention en tant qu'*amicus curiae* de Mary Robinson dans l'affaire *Lawrence c. Texas* : <http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>, p. 16.

de préjudice³¹², (b) la limitation d'actes entre adultes consentants³¹³ et (c) et le refus de protection des pratiques sexuelles commerciales, même en privé. Un intérêt gouvernemental semblable a été relevé dans l'arrêt *National Coalition of Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice* et exprimé de la manière suivante :

« *cet intérêt gouvernemental est en jeu en raison d'un préjudice perçu. Dans leur relations privées, les personnes peuvent être pénalisées en raison de pratiques sexuelles intergénérationnelles, intrafamiliales ou entre espèces, en public ou en privé. Les relations sexuelles qui impliquent violence, déception, voyeurisme, intrusion ou harcèlement sont parfois punissables ou passibles de poursuites, où qu'elles aient lieu* »³¹⁴.

Resume

- L'orientation sexuelle et l'identité de genre sont des manifestations essentiellement privées de la personnalité humaine et du droit à la vie privée. Il est généralement admis que les relations sexuelles entre adultes consentants et en privé sont couvertes par le concept de « vie privée » et que l'identité de genre et l'orientation sexuelle ont trait à un aspect intime de la vie privée ;
- Le droit à la vie privée est un terme générique qui couvre notamment l'intégrité du domicile, du corps, de la famille, la détermination et le développement de sa propre personnalité, l'identité personnelle et les relations avec ses semblables. Ce droit est enfreint en cas d'ingérence illégale ou légale mais arbitraire dans la vie privée d'un individu ;
- Les Etats ont l'obligation internationale de garantir le droit à la vie privée. Cela implique le devoir de non ingérence dans la vie privée et l'obligation de prévenir les ingérences de tierces parties. Ces obligations entraînent des obligations positives et négatives ;
- Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu auquel il peut être dérogé en situation d'urgence. Dérogation ne signifie pas extinction du droit ;
- En tant normal, le droit à la vie privée est susceptible de faire l'objet de limitations ou d'ingérences, mais elles doivent être prévues par la loi et ne pas

312. Dans son arrêt du 19 février 1997, dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, op. cit.*, la Cour souligne le principe de préjudice en refusant d'étendre la jurisprudence *Dudgeon* à la protection de relations sexuelles sado-masochistes consentantes en privé. La Cour indique que toute activité sexuelle pratiquée en privé ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'article 8, § 36.

313. Dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour reconnaît que « *la nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose (...) de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale* ».

314. Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt du 9 octobre 1998, affaire *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, affaire CCT11/98. Traduction libre.

être arbitraires. Les limitations ou ingérences sont autorisées, mais seulement si elles :

- sont essentielles dans l'intérêt de la société et nécessaires dans une société démocratique ;
 - poursuivent un but légitime ;
 - sont raisonnables dans les circonstances particulières de chaque cas :
 - sont prévues par la loi, qui précise en détail les circonstances dans lesquelles de telles limitations ou ingérences ont lieu ; et
 - sont compatibles avec et conformes au droit international des droits de l'homme ;
- Les limitations au droit à la vie privée autorisées relèvent des considérations d'intérêt public courantes, des préoccupations de politique publique et du test de proportionnalité. Elles concernent notamment la protection de l'individu contre le préjudice, la limitation d'actes consentants entre adultes et le refus de protection des conduites sexuelles commerciales, même si elles ont lieu en privé. Les principes de tolérance et d'ouverture d'esprit sont des considérations importantes pour évaluer les considérations en jeu concernant la vie privée.

« La détention de (...) personnes persécutées sur le fondement de ce que, par leur orientation sexuelle, ils incitent à la « dissidence sociale » constitue une privation arbitraire de liberté, contraire aux dispositions de l'article 2, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et des articles 2, paragraphe 1 et 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques ».

— Groupe de Travail des Nations Unies sur la détention arbitraire³¹⁵

IV. Privation arbitraire de liberté

1. Nature juridique et champ d'application

Le droit international reconnaît et protège le droit à la liberté et le droit de ne pas être privé de sa liberté³¹⁶. Le concept de privation de liberté revêt différentes formes, y compris l'arrestation³¹⁷ et la détention³¹⁸. Il recouvre également toute sorte de privation de liberté : la détention provisoire, la détention administrative, la garde à vue, l'internement, la maison d'arrêt, parmi d'autres. Le « droit à la liberté » est étroitement lié au « droit à la sécurité de la personne »³¹⁹, protégé par l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, le Comité des droits de

315. Groupe de travail sur la détention arbitraire, avis n° 7/2002 (Egypte), du 21 juin 2002, § 28, E/CN.4/2003/8/Add.1

316. Déclaration universelle des droits de l'homme (articles 3 et 9), Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) (articles 9), Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (article 16), Convention relative aux droits de l'enfant (article 37), Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 17), Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (article 5.1), Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 6), Directives et Principes sur le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique (principe M), Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme (Articles I et XXV), Convention américaine des droits de l'homme (article 7), Charte arabe des droits de l'homme (article 14) et Convention européenne des droits de l'homme (article 5).

317. L'ensemble des principes des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou emprisonnement définit « l'arrestation » de la façon suivante : « le fait d'appréhender une personne pour la commission alléguée d'un crime ou par l'action d'une autorité ».

318. La « détention » signifie la condition d'une personne privée de liberté sauf si elle résulte d'une condamnation pour une infraction (Ensemble de principes des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou emprisonnement, « *Utilisation des termes* »).

319. Voir Comité des droits de l'homme : constatations du 25 octobre 2000, *Rodger Chongwe c. Zambie*, communication n° 821/1998, CCPR/C/70/D/821/1998 ; constatations du 20 mars 2000, *Carlos Dias c. Angola*, communication n° 711/1996, CCPR/C/68/D/711/1996 ; et constatations du 12 juillet 1990, *William Eduardo Delgado Pérez c. Colombie*, communication n° 195/1985, CCPR/C/39/D/195/1985. Voir également Cour européenne des droits de l'homme, arrêts du 12 mars 2003 et du 5 mai 2005 (*Grande Chambre*), *Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99. L'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme renvoie au droit à la vie, au droit à la liberté et au droit à la sécurité de la personne.

l'homme a mis en lumière le fait que « l'article 9(1) du [PIDCP] protège également le droit à la sécurité de la personne en dehors du contexte de privation de liberté formelle. Une interprétation de l'article 9 qui autoriserait un Etat partie à ignorer les menaces envers la sécurité personnelle de personnes non détenues soumises à sa juridiction rendrait totalement ineffectives les garanties du pacte ». ³²⁰ En effet, les Etats ont l'obligation d'adopter et de mettre en place des mesures législatives ou autres afin de garantir le droit à la liberté et de prévenir la détention arbitraire. Pour protéger le droit à la liberté, le droit international a mis en place de nombreuses garanties dont le but est de protéger la population des arrestations ou détentions illégales ou arbitraires.

Selon les traités internationaux des droits de l'homme en vigueur ³²¹, le droit à la liberté peut faire l'objet de dérogations en période d'urgence. Toutefois, de telles dérogations doivent être en accord avec les autres obligations découlant du droit international, notamment le droit international coutumier, en particulier les normes impératives du droit international qui s'étendent bien au-delà de la liste explicite des dispositions non-dérogeables établies dans les traités relatifs aux droits de l'homme. ³²² Dans ce cadre, le Comité des droits de l'homme a souligné le fait qu'une période d'urgence ou de guerre ne peut être invoquée pour justifier une détention non reconnue, priver arbitrairement les personnes de leur liberté ou nier à quiconque privé de sa liberté le droit d'être traité avec humanité et le respect du à la dignité inhérente à l'être humain. ³²³

2. Définir la privation arbitraire de liberté

Dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, l'article 9 énonce que « [n]ul ne doit être soumis à une arrestation arbitraire, une détention ou être contraint à l'exile ». La Déclaration ne définit pas le terme « arbitraire ». Il convient de préciser que l'arrestation et la détention dans la jurisprudence se chevauchent mais sont séparées. Alors que la jurisprudence concernant l'arrestation se préoccupe des raisons invoquées pour la détention d'un individu, la jurisprudence relative à la détention aborde également des problèmes complémentaires ayant trait au fait de maintenir un individu en détention. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a souligné que « pour qu'une arrestation soit conforme aux dispositions du § 1 de l'article 9, [du PIDCP] elle doit non seulement être légale, mais aussi raisonnable

320. Constatations du 12 juillet 1990, *William Eduardo Delgado Páez c. Colombie*, *op. cit.*, § 8.3. Traduction libre.

321. PIDCP (article 4), Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 27) et Convention européenne des droits de l'homme (article 15).

322. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29, Etat d'urgence, Article 4*, § 11.

323. *Ibid.*, §§ 11 et 13.

et nécessaire à tous égards ». ³²⁴ Il a également précisé que « la détention provisoire doit être exceptionnelle et aussi brève que possible ». ³²⁵

Le Comité des droits de l'homme a considéré, dans le cadre de la détention judiciaire temporaire ou provisoire, que :

« [L']origine de l'article 9, paragraphe 1 [du PIDCP], confirme qu'il ne faut pas donner au mot « arbitraire » le sens de « contraire à la loi », mais il faut l'interpréter plus largement pour viser notamment ce qui est inapproprié et injuste. De plus, la détention provisoire est considérée comme arbitraire si elle n'est nécessaire à tous égards, (...) par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves ou ne commette à nouveau une infraction ». ³²⁶

Plusieurs critères généraux du caractère arbitraire peuvent être identifiés dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, bien que chaque cas de privation de liberté suppose des critères spécifiques ou supplémentaires. Ils incluent la légalité, la légitimité, la nécessité, la proportionnalité et la préservation d'autres droits de l'homme, tels que, entre autres, le droit à un recours et le droit à la sécurité.

La Cour européenne des droits de l'homme ³²⁷, la Commission interaméricaine des droits de l'homme ³²⁸ et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ³²⁹ suivent toutes cette logique selon laquelle pour éviter qu'elle ne soit

324. Constatations du 5 novembre 1999, *Aage Spakmo c. Norvège*, communication n° 631/1995, § 6.3, document CCPR/C/67/D/631/1995, 11 novembre 1999.

325. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 8, Droit à la liberté et à la sécurité des personnes, Article 9*, § 3. Voir également, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Argentine*, document CCPR/CO/70/ARG, 3 novembre 2000, § 10.

326. Constatations du 23 juillet 1990, *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, communication n° 631/1995, § 6.3 (CCPR/C/67/D/631/1995) ; constatations du 21 juillet 1994, *Albert Woomah Mukong c. Cameroun*, communication n° 458/1991, § 9(8), (CCPR/C/51/D/458/1991) ; constatations du 3 avril 1997, *A(nom effacé) c. Australie*, communication n° 560/1993, § 9.2 (CCPR/C/59/D/560/1993).

327. La Cour européenne des droits de l'homme précise que la privation de liberté doit protéger les individus contre l'arbitraire dans le respect de l'article 5 de la Convention, voir arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 118, arrêt du 12 mars 2003, *Ócalan c. Turquie*, § 86 ; arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, § 54 ; et arrêt du 27 septembre 1990, *Wassink c. Pays-Bas*, § 24. Dans le même esprit, voir également, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme, *op. cit.*, § 121.

328. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a jugé que bien qu'une arrestation doit être faite dans le respect de la procédure – elle est arbitraire si elle ne poursuit pas un but légitime, voir Rapport n° 43/96, affaire 11.430, *Général José Francisco Gallardo Rodríguez (Mexique)*, §§ 65-70. Elle a également jugé que le droit interne doit confirmer les buts fondamentaux sous-jacents à l'article XXV, c'est-à-dire la protection des individus contre les privations arbitraires de liberté ; voir Rapport n° 51/01, affaire 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al (Etats-Unis)*, § 211.

329. La Commission africaine a souligné le fait que « Ainsi, toute loi interne qui tend à la violation de ce droit doit se conformer aux normes et standards internationaux. (...) L'article 6 de la Charte africaine énonce en outre que personne ne doit être arbitrairement arrêté ou détenu. L'interdiction contre l'arbitraire suppose entre autres que la privation de liberté soit autorisée et supervisée par des personnes compétentes sur le plan procédural et matériel pour le certifier », communication n° 241/2001, affaire *Purohit et Moore c. Gambie*, § 64-65.

arbitraire, la détention doit être prévue par la loi et le droit interne doit être conforme au droit régional et international.

Dès 1962, un Comité des Nations Unies mena une « Etude sur le droit de tout individu à ne pas être arrêté, détenu, ou contraint à l'exile »³³⁰ et conclut qu'« une arrestation ou une détention est arbitraire si elle est (a) fondée ou en accord avec des procédures autres que celles prévues par la loi, ou (b) sous les dispositions d'une loi dont le but est incompatible avec le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne ». ³³¹ D'après ces critères, le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire a développé trois catégories de détention arbitraire :

- lorsqu'il est clairement impossible d'invoquer une base légale justifiant la privation de liberté (Catégorie I) ;
- lorsque la privation de liberté résulte de l'exercice de droits ou libertés garantis par les articles de la Déclaration universelle des droits de l'homme, tels que la liberté d'expression et la liberté de conscience (Catégorie II) ; et
- lorsque le non-respect partiel ou total des normes internationales relatives au droit à un procès équitable, énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et dans les instruments internationaux pertinents acceptés par les Etats concernés est d'une telle gravité qu'elle donne à la privation de liberté un caractère arbitraire (Catégorie III).³³²

3. Les critères de base d'une privation de liberté légale

Toute privation de liberté doit suivre les critères suivants afin de ne pas être arbitraire : légalité substantielle et procédurale, légitimité du but, nécessité, proportionnalité et droits de l'homme garantis.³³³

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, implique un contrôle judiciaire des atteintes de l'exécutif au droit individuel à la liberté, garanti

330. Le Comité a été saisi par l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies dans le but de mener plusieurs études. Ce mandat consistant à mener une étude sur le droit de toute personne de ne pas être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé a été institué dans la résolution 624 B (XXII) du Conseil économique et social.

331. *Etude sur le droit de toute personne de ne pas être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé*, E/CN.4/826/Rev.1, p.7, § 27 1964. Traduction libre.

332. Voir Fiche d'informations n° 26 : *Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe IV « Méthodes de travail révisées », § 8 (<http://www2.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs26.htm>).

333. Voir, entre autres, Cour interaméricaine des droits de l'homme (arrêt du 21 janvier 1994, *Gangaram Panday*, §§ 46-47 ; arrêt du 8 juillet 2004, *Gómez Paquiyauri c. Pérou*, § 83 ; arrêt du 23 novembre 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, § 65, arrêt du 18 septembre 2003, *Bulacio c. Argentine*, § 125 ; et arrêt du 7 juin 2003, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, § 78) et Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, § 48 ; arrêt du 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, § 32, arrêt du 27 septembre 2001, *Günay et autres c. Turquie*, § 22 ; arrêt du 26 novembre 1997, *Murat Sakik et autres c. Turquie*, § 44 ; et arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 118).

par l'article 5 [de la Convention européenne des droits de l'homme] ». ³³⁴ Ils ont en outre déclaré que « la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5.1 [de la Convention européenne] revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition : s'assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté ». ³³⁵

La *Convention européenne des droits de l'homme* requiert également qu'en sus d'être raisonnablement justifiée au regard de l'article 5.1, une arrestation doit être proportionnée à la situation à laquelle elle a pour but de remédier. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que bien que l'article 5.1 de la Convention autorise la détention de personnes « pour prévenir la propagation de maladies infectieuses », l'arrestation et la détention d'un homme séropositif dans cet unique but était arbitraire puisque « d'autres mesures moins sévères n'avaient pas été envisagées auparavant et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public ». ³³⁶ La Cour est parvenue à cette décision malgré le fait que la personne ayant fait l'objet de l'arrestation ne coopérait pas avec le personnel hospitalier et qu'il avait une préférence sexuelle pour les adolescents. Ici, la Cour a effectué un test de proportionnalité en mettant en balance les risques de propagation du VIH et la sévérité des circonstances que l'arrestation et de la détention étaient censées éviter. ³³⁷

La Cour interaméricaine des droits de l'homme est venue préciser le fait que même en adhérant aux procédures prévues par la loi et en s'assurant que ces lois sont en accord avec les principes établis par la Convention, une détention n'est arbitraire que si elle est « déraisonnable, manquant de prévoyance ou de proportionnalité ». ³³⁸

3.1 Légalité

Tous les grands traités relatifs aux droits de l'homme exigent que les arrestations ou la détention aient lieu selon une procédure établie par la loi. Le PIDCP énonce, « [n]ul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est (...) conformément à la procédure prévue par la loi », ³³⁹ la Convention américaine des droits de l'homme interdit les arrestations « si ce n'est (...) dans des conditions déterminées à l'avance par les constitutions des Etats parties ou par les lois promulguées conformément à

334. Arrêt du 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, § 48. Voir également, arrêt du 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, § 32 ; arrêt du 27 septembre 2001, *Günay et autres c. Turquie*, § 22 ; et arrêt du 26 novembre 1997, *Murat Sakik et autres c. Turquie*, § 44.

335. Arrêt du 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, § 170. Dans la même optique, voir arrêt du 22 mars 1995, affaire *Quinn c. France*, § 42 ; et arrêt du 25 mai 1998, affaire *Kurt c. Turquie*, § 122.

336. Arrêt du 25 janvier 2005, *Enhorn c. Suède*, requête n° 56529/00, § 55.

337. *Ibid.*, § 48.

338. Arrêt du 21 janvier 1994, *Gangaram Panday*, §§ 46-47. Voir également : arrêt du 8 juillet 2004, *Gómez Paquiyauri c. Pérou*, § 83 ; arrêt du 23 novembre 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, § 65 ; arrêt du 18 septembre 2003, *Bulacio c. Argentine*, § 125 ; et arrêt du 7 juin 2003, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, § 78. Traduction libre.

339. Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, article 9.1.

celles-ci », ³⁴⁰ la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples requiert que les arrestations soient réalisées seulement « (...) dans des conditions préalablement déterminées par la loi », ³⁴¹ la Convention européenne des droits de l'homme requiert que les arrestations soient faites « selon les voies légales », ³⁴² et la Charte arabe des droits de l'homme stipule que « nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Tout individu arrêté ou détenu devrait être traduit dans le plus court délai devant les tribunaux » ³⁴³. La privation de liberté qui ne respecte pas ces exigences procédurales est arbitraire.

Les détentions arbitraires procédurales peuvent être réparties en deux grandes catégories : celles dans lesquelles aucune procédure n'est suivie, et celles dans lesquelles la procédure n'est pas correctement suivie. La première, « lorsqu'il est clairement impossible d'invoquer une base justifiant la privation de liberté » et qu'aucune procédure ne peut par conséquent s'appliquer, est la plus facile à reconnaître. Par exemple, lorsque la Cour européenne a jugé dans une affaire dans laquelle la police arrêta neuf personnes et les expulsa du pays, « qu'on ne les a pas informés des raisons de leur arrestation, qu'on ne leur a notifiés ni ordonnance ni jugement d'un tribunal et que leur arrestation s'est effectuée en l'absence de tout mandat, et qu'il était donc facile de conclure que leur arrestation était arbitraire » ³⁴⁴.

L'autre catégorie d'arrestation arbitraire procédurale survient lorsque les autorités chargées de l'arrestation ne suivent pas la procédure établie par la loi pour une arrestation. Dans l'affaire *Gusinskiy c. Russie*, l'homme d'affaire Gusinskiy a été arrêté et interrogé dans le cadre de l'enquête criminelle pour fraude qu'il était supposé avoir commis. ³⁴⁵ Gusinskiy était détenteur d'une décoration de l'Etat ; quelques semaines avant son arrestation, le parlement russe avait voté une loi garantissant aux détenteurs de telles décorations une amnistie les soustrayant à n'importe quel emprisonnement et au fait d'être l'objet d'enquêtes criminelles. La Cour européenne des droits de l'homme considéra que « dès lors que tout manquement au droit interne constitue une violation de la Convention [européenne] », le manquement de la police au respect de cette loi d'amnistie a fait de l'arrestation de Gusinskiy une arrestation arbitraire. Un autre cas d'invalidité procédurale peut survenir lorsque l'autorité qui ordonne la privation de liberté n'est pas compétente pour le faire. ³⁴⁶ La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est penchée sur l'affaire d'un Equatorien arrêté suite à un ordre donné par la police nationale. ³⁴⁷

340. Convention américaine relative au droits de l'homme, article 7.2.

341. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 6.

342. Convention européenne des droits de l'homme, article 5.1.

343. Charte arabe des droits de l'homme, article 14.

344. Arrêt du 23 mai 2001, *Denizci et autres c. Chypre*, requête n° 25316-25321/94 et 27707/95, §§ 389-393.

345. Arrêt du 11 octobre 2004, *Gusinskiy c. Russie*, requête n° 70276/01.

346. Voir par exemple, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 73/00, affaire 11.784, *Marcelino Henríquez et a. (Argentine)*.

347. Arrêt du 12 novembre 1997, *Suárez Rosero*, § 34.

Etant donné que la loi équatorienne prévoit que seul un tribunal peut délivrer un mandat d'arrêt, l'ordre de la police était juridiquement insuffisant pour autoriser l'arrestation. Par conséquent, la Cour considéra que l'arrestation était illégale et de ce fait arbitraire.³⁴⁸

3.2 But légitime

Même lorsqu'une arrestation est réalisée dans le respect de la procédure, elle est arbitraire si elle ne poursuit pas un but légitime. Au-delà du respect du droit interne, les Tribunaux doivent également se préoccuper du droit international des droits de l'homme, du droit international coutumier et des principes généraux du droit international pour déterminer si le but de l'arrestation est légitime.

Le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire considère comme étant arbitraire toute privation de liberté résultant de l'exercice de droits ou de libertés protégés par les articles de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Par exemple, le Groupe de travail a considéré comme étant arbitraire la détention de personnes « pour avoir pacifiquement exercé leurs droits à la liberté d'opinion et d'expression garantis par les articles 18, 19 et 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les articles 18, 19, 21 et 22 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* ». ³⁴⁹ De la même manière, le Comité des droits de l'homme a déterminé qu'alors que l'article 19.3 du PIDCP l'autorise, l'« objectif légitime de sauvegarder et même de renforcer l'unité nationale dans des circonstances politiques difficiles ne peut pas être atteint en tentant de museler un plaidoyer en faveur de la démocratie multipartite, des valeurs démocratiques et des droits de l'homme ». ³⁵⁰ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont également considéré que lorsque la loi est utilisée dans un but illégitime, tel que la poursuite des opposants politiques ou le fait de réduire au silence les défenseurs des droits de l'homme, toute privation de liberté résultant de l'application de telles lois serait arbitraire. ³⁵¹

348. *Idem*, §§ 44-45.

349. Groupe de travail sur la détention arbitraire : avis n° 30/2001 (République islamique d'Iran), du 4 décembre 2001, § 11, in document E/CN.4/2003/8/Add.1.

350. Constatations du 21 juillet 1994, affaire *Albert Womah Mukong c. Cameroun*, communication n° 458/1991, § 9.7, CCPR/C/51/D/458/1991.

351. Voir *inter alia* : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda/Nigeria* ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 241/2001, *Purohit et Moore/Gambie* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 43/96, affaire 11.430, *Général José Francisco Gallardo Rodríguez (Mexique)* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, résolution n° 33/82, affaire 7824 (Bolivie).

4. Privation de liberté pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Fréquemment, les personnes LGBT sont privées de leur liberté sur le seul fondement de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Ce cas de privation de liberté peut inclure la poursuite judiciaire et le procès, la détention administrative, la privation de liberté sur un fondement médical et l'arrestation pour harcèlement, parmi d'autres. Il a déjà été démontré que dès lors que l'orientation sexuelle et l'identité de genre font partie du droit au respect de la vie privée et à la non-discrimination, la privation de liberté pour des motifs liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre peut conduire à une privation arbitraire de liberté.

L'existence de lois criminalisant certaines manifestations de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, même dans les circonstances dans lesquelles ces lois ne sont pas effectivement appliquées, réduit le champ de liberté des personnes d'orientation homosexuelle ou d'identité transsexuelle.³⁵² Les Etats ont donc l'obligation d'abroger ces lois puisqu'elles conduisent inévitablement à une privation arbitraire de liberté. Par exemple, les lois sur la sodomie, même si elles impliquent en théorie des adultes consentants, sont principalement associées à l'homosexualité masculine ; leur application affecte donc de façon disproportionnée les hommes gais. La cible de ces lois est fréquemment les hommes d'orientation homosexuelle, indépendamment du fait qu'ils aient ou non commis l'acte de sodomie lui-même. Le poids de l'Etat imposant une atmosphère de culpabilité au travers de ces lois stigmatise la communauté entière du signe de la perversité.³⁵³ En accord avec ce point de vue, le Juge Sachs de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a précisé dans l'affaire *National Coalition of Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice* :

« [i] est important de commencer par se demander ce qui est véritablement puni par les lois anti-sodomie. Est-ce un acte ou une personne ? En dehors du contrôle régulier, tout comportement déviant de la norme publiquement établie est habituellement punissable seulement lorsqu'il est violent, malhonnête, dangereux ou qu'il porte atteinte à la paix publique ou qu'il provoque des blessures. Cependant, dans le cas de l'homosexualité masculine, la déviance est simplement punie parce qu'il s'agit d'un comportement déviant. Il est réprimé pour le symbole qu'il représente plutôt que pour le mal qu'il provoque. Preuve en est, il est établi que la pénétration anale consentie d'une femme n'est pas criminalisée. Dès lors, ce n'est pas l'acte de sodomie qui est dénoncé par loi mais la personne qui la pratique ; il n'y a pas de prejudice social, mais il y a une crainte que la relation homosexuelle

352. Ryan Goodman, "Beyond the Enforcement Principle : Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics", dans *California Law Review*, N° 89, 2001, p. 643.

353. Voir K. Thomas, "Beyond the Privacy Principle", dans *After Identity* ; éditeurs, D. Danielson et K. Engle, Routledge, New York, 1995.

en elle-même soit perçue comme représentative face à la suprématie hétérosexuelle ». ³⁵⁴

Les dispositions légales qui entraînent une perte de liberté en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre peuvent avoir lieu plus indirectement. La détention ou la poursuite peut être expressément basée sur des raisons autres que celles de l'identité ou du statut, mais ces raisons peuvent simplement constituer un prétexte pour agir contre l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les détentions réalisées sous l'empire de lois considérant la sexualité homosexuelle consentie ou les manifestations d'identité sexuelle comme étant une maladie mentale nécessitant une hospitalisation forcée sont arbitraires. ³⁵⁵ De vagues codes de moralité, et des lois entourant la santé publique, la moralité et la décence publique sont également souvent utilisées pour justifier des détentions arbitraires sur le fondement de l'orientation, l'identité ou la manifestation sexuelle.

La question de la privation arbitraire de liberté et de l'orientation sexuelle a été portée pour la première fois devant le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire (WGAD) dans un avis concernant l'arrestation de 55 hommes au Caire, en Egypte, durant une opération de police dans une discothèque en 2001. ³⁵⁶ Le WGAD a considéré qu'il y avait un certain nombre d'éléments accusant la police d'avoir pris pour cible des hommes qui leur étaient apparus comme étant homosexuels ou qui n'étaient pas accompagnés de femmes. Dans sa défense, le gouvernement égyptien invoqua le fait que la loi égyptienne ne prévoyait pas la poursuite d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. Dès lors, d'autres charges criminelles ont été retenues à la place, telles que « le mépris de la religion » et « l'engagement invétéré dans des actes immoraux avec des hommes ». Selon le gouvernement, l'infraction de chaque détenu résidait dans la perpétration d'actes immoraux et d'outrages à la bienséance publique, et l'orientation sexuelle n'était pas un élément de ces infractions.

Dans l'avis précité, le WGAD considéra l'affaire en deux temps. D'abord, il examina si la poursuite ou la condamnation des personnes accusées sur le fondement de l'orientation sexuelle était justifiée et, le cas échéant, si ce fondement constituait une discrimination au regard de l'article 2, paragraphe 1, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et du *PIDCP*, qui conférerait à leur détention un caractère arbitraire. Cette information était destinée à savoir s'il y avait une privation de liberté de Catégorie II.

354. Jugement du 9 octobre 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and others c. Minister of Justice*, affaire CCT11, § 108. Traduction libre.

355. Dans son *Observation générale n° 8, Droit à la liberté et à la sécurité des personnes (Article 9)*, le Comité des droits de l'homme « fait observer que le § 1 s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas tels que, par exemple les maladies mentales, le vagabondage, la toxicomanie, les mesures d'éducation, le contrôle de l'éducation etc » (§ 1).

356. Avis n° 7/2002 (Egypte), du 21 juin 2002, document E/CN.4/2003/8/Add.1.

Le WGAD conclut que les hommes avaient été en réalité poursuivis en raison de leur homosexualité. Le Groupe de travail considéra que l'examen légal ordonné par le bureau du Procureur, comprenant un « examen anal », était en fait une enquête sur leur orientation sexuelle, afin de déterminer si les personnes arrêtées étaient homosexuelles, et de ce fait coupables d'avoir commis le crime de « dissidence sociale » réprimé à l'article 98, paragraphe 1, du Code pénal égyptien.

Le WGAD examina alors si la discrimination pour des motifs liés à l'orientation sexuelle était couverte par le *PIDCP*, auquel l'Égypte est partie, et de ce fait interdite par le droit international en vigueur. Le WGAD examina en particulier si la référence au « sexe » dans le *PIDCP* pouvait être regardée comme comprenant « l'orientation ou l'affiliation sexuelle ». Si oui, la détention des défendeurs pouvait être considérée comme étant arbitraire puisqu'elle avait été ordonnée sur la base d'une disposition législative interne (à savoir l'article 98, paragraphe 1, du Code pénal égyptien) contraire aux standards internationaux énoncés à l'article 2, paragraphe 1, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et aux articles 2, paragraphe 1, et 26 du *PIDCP*. Le WGAD décida que l'approche adoptée par les organes de traités relatifs aux droits de l'homme³⁵⁷ et Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés³⁵⁸ au regard de cette question pencherait pour une réponse affirmative. Le WGAD considéra que la détention des hommes poursuivis pour « dissidence sociale » constituait une privation arbitraire de liberté. Il s'agissait d'une poursuite et d'une détention fondées sur l'orientation sexuelle, contraires aux dispositions de l'article 2, paragraphe 1, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, et des articles 2, paragraphe 1, et 26 du *PIDCP*.³⁵⁹

Dans un autre cas impliquant le Cameroun,³⁶⁰ le WGAD adopta un raisonnement similaire à celui tenu dans l'avis égyptien. Une différence importante résidait dans le fait que le droit à l'intimité reconnu à l'article 17 du *PIDCP* était présenté comme une détention arbitraire de Catégorie II selon l'avis du Groupe de travail. Bien que le Groupe de travail justifia sa position en retenant une discrimination sur le fondement

357. Le WGAD s'est référé au Comité des droits de l'homme, (Constatations du 31 mars 1994, *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, § 8.7, document CCPR/C/50/D/488/1992- et *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Pologne*, CCPR/C/79/Add.110, § 23) ; au Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14* (2000), § 18 ; et au Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*Observations finales sur le Kirgystan* (A/5438), §§ 127 et 128).

358. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, considérant « la persécution sur le fondement de l'orientation sexuelle », a considéré : « [l]orsque dans une société donnée l'homosexualité est illégale, le fait d'encourir de lourdes peines judiciaires en raison d'un comportement homosexuel peut constituer une persécution, de la même façon que peut l'être le fait de refuser le port du voile pour une femme dans certaines sociétés. Même lorsque les pratiques homosexuelles ne sont pas considérées comme un délit, un demandeur pourrait malgré tout établir une demande justifiée si l'Etat tolère des pratiques discriminatoires ou l'existence d'un préjudice ou encore si l'Etat n'est pas en mesure de protéger efficacement le demandeur contre un tel préjudice. ». (Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1 A (2) de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, HCR/GIP/02/01, § 17, du 7 mai 2002).

359. Avis n° 7/2002, *op. cit.*, § 28.

360. Avis n° 22/2006 (Cameroun) du 31 août 2006, document A/HRC/4/40/Add.1.

de l'article 26 du PIDCP, l'extension du champ de la Catégorie II au droit à l'intimité doit être saluée.

Dans l'affaire camerounaise, 11 hommes avaient été arrêtés dans un bar réputé pour être un lieu de rencontre pour homosexuels. Ils avaient été accusés d'avoir violé l'article 347 (Bis) du code pénal prévoyant une peine d'emprisonnement de 6 mois à 5 ans et une amende pour quiconque entretient des relations sexuelles avec une personne du même sexe.

Le WGAD a considéré que l'existence de lois pénalisant les relations homosexuelles intimes entre adultes consentants, ainsi que l'application de peines contre ces personnes, viole la protection de la vie privée et le droit à la non-discrimination établis par le *PIDCP*. Par conséquent, il a considéré que la pénalisation de l'homosexualité prévue par la législation pénale camerounaise était incompatible avec les articles 17 et 26 du *PIDCP*. Le WGAD conclut que la privation de liberté appliquée dans cette affaire était arbitraire.³⁶¹

Aux termes de l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, les personnes « aliénées » doivent être détenus légalement, dans le respect de la loi. Les gais et les lesbiennes ont été historiquement soumis au traitement « médical » forcé afin de modifier leur orientation sexuelle, avec des méthodes d'électrochoc, d'autres formes de « conditionnement négatif » ou l'utilisation de drogues psychotiques.³⁶² Le traitement continu de l'homosexualité et de la transsexualité en tant que maladie mentale soulève des questions sur les privations de liberté justifiées pour des raisons fondées sur la maladie mentale.

Selon la jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme, trois conditions minimums doivent être satisfaites pour qu'un individu soit considéré comme étant « aliéné » et privé de liberté :

*« [p]remièrement, son aliénation doit avoir été établie de manière probante ; deuxièmement, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement ; troisièmement, l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble ».*³⁶³

L'opportunité d'enquêter pour savoir si l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de quelqu'un est le fondement réel de sa privation de liberté survient dans l'enquête pour savoir si une personne est en réalité d'esprit malsain. La Cour européenne des droits de l'homme a clarifié le fait que « la nature même de ce qu'il faut démontrer

361. *Idem*, § 22.

362. Amnesty International, *Breaking the silence : Human Rights Violations based on sexual orientation*, London, 1995 ; Voir généralement, Goodman, Ryan, "The Incorporation of International Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims : cases of involuntary "medical" intervention", dans *Yale Law Journal*, Vol. 105, 1995.

363. Arrêt du 5 octobre 2000, *Varbanov c. Bulgarie*, requête n° 31365/96, § 45.

devant l'autorité nationale compétente – un trouble mental réel – appelle une expertise médicale objective ».³⁶⁴

La confiance aveugle dans le savoir médical quant à la preuve de ces questions a été historiquement problématique. Cependant, on peut noter une avancée progressive dans le fait de cesser de traiter l'orientation homosexuelle et l'identité transsexuelle comme des troubles mentaux.

Le WGAD s'est également intéressé à la situation des personnes vulnérables telles que les mutilés, les personnes adonnées à la drogue et les personnes souffrant du SIDA qui sont en détention pour des motifs liés à leur santé.³⁶⁵ Il a recommandé que « s'agissant des personnes privées de liberté pour des raisons de santé, le Groupe de travail considère qu'en tout état de cause, toute personne concernée par ce genre de mesures doit pouvoir disposer d'un recours judiciaire pour contester sa privation de liberté ».³⁶⁶ Cette faculté devrait servir aux personnes qui sont détenues pour des motifs liés à leur orientation sexuelle, leur expression ou identité sexuelle, puisque les raisons formelles qui leur sont reprochées sont la « santé » ou « l'instabilité mentale ». Le WGAD n'a pas traité ce type de situation et est d'avis³⁶⁷ que chaque scénario devrait être traité « au cas par cas » et non « dans l'abstrait ». Il a considéré dans le cadre de communications individuelles couvertes par son mandat :

*« Il convient d'éviter qu'une décision d'internement psychiatrique suive automatiquement l'avis émis par les spécialistes de l'établissement où se trouve le patient, ou le rapport et recommandation du psychiatre qui le suit. Une véritable procédure contradictoire doit permettre au patient ou à son représentant légal de contester les conclusions du psychiatre ; (...) L'internement psychiatrique ne doit pas être utilisé comme un moyen de porter atteinte à la liberté d'expression d'une personne donnée ou de la punir ou de la discréditer en raison de ses opinions, convictions ou activités politiques, idéologiques ou religieuses ou de la dissuader d'avoir ces opinions, convictions ou activités ».*³⁶⁸

Ces lignes directrices sélectives témoignent de l'appréciation des éléments d'intérêt public inhérents à la détention fondée sur la maladie mentale, tout en étant vigilant par rapport à la protection de ces détenus contre toute forme de discrimination.

Etant donné que la situation dans laquelle les lois incriminent la pratique homosexuelle entre adultes est utilisée pour accréditer la privation de liberté, il peut

364. Arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, requête n° 6301/73, § 39.

365. *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, document E/CN.4/2004/3, du 15 décembre 2003, § 74.

366. *Idem.*, § 87.

367. *Délibération n° 7 relative à l'internement psychiatrique*, in *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, document E/CN.4/2005/6, du 1er décembre 2004.

368. *Idem.*, § 58.

être également soutenu que les détentions fondées sur l'identité homosexuelle ou transsexuelle en tant que « troubles mentaux » sont « arbitraires » et constituent une violation du droit à la liberté. Le fondement de cette affirmation réside dans le fait que de telles lois ou dispositions sont basées sur une discrimination injustifiable liée à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

5. Considérations particulières concernant les personnes LGBT privées légalement de leur liberté

Une détention basée sur le seul fondement de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre peut conduire à une détention arbitraire, bien que les personnes LGBT puissent être privées légalement de leur liberté, lorsqu'elles ont commis un crime par exemple. Dans tous les cas, leur privation de liberté doit suivre certains critères pour éviter qu'elle ne soit arbitraire : légalité procédurale et matérielle, légitimité du but, nécessité, proportionnalité et garantie des droits de l'homme. Les personnes LGBT privées de leur liberté doivent avoir les mêmes droits et garanties que les autres détenus, tels que : le droit d'être informé des raisons de leur arrestation et des charges retenues contre elles ; le droit d'être informé de leurs droits et comment se servir de ces droits ; le droit à un recours afin de contester la légalité de leur détention et ordonner leur libération si leur détention n'est pas légale ; le droit d'être présenté rapidement devant un juge ou devant un autre officier de justice ; le droit d'avoir un accès rapide à un avocat ; le droit d'avoir accès au monde extérieur ; et le droit au traitement humain durant leur détention.³⁶⁹

L'orientation sexuelle ou l'identité de genre ne devrait pas être invoquée pour nier ou restreindre ces droits ou garanties. La prohibition de la discrimination a été clairement exprimée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans ses *Principes de bonnes pratiques en matière de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques* : « En aucune circonstance, les personnes privées de liberté ne font l'objet de discrimination fondées sur (...) leur orientation sexuelle (...). En conséquence, une quelconque distinction, exclusion, ou restriction ayant pour effet de compromettre ou d'annuler la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits des personnes privées de liberté reconnus sur le plan international, est interdite ». ³⁷⁰ Le Comité des droits de l'homme a également noté que

369. Standards minimums des règles pour le traitement des prisonniers (règle 93), Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (principes 17 et 18), Principes de base relatifs au rôle du barreau (principes 1, 5, 6, 7 et 8), Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 17), Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires (principe 6), Directives et Principes sur le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique (principe M.2.). Voir également Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20, op. cit.* 24, § 11.

370. Principe II des Principes de bonnes pratiques en matière de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques, traduction libre. Ces principes ont été approuvés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme durant sa 131^{ème} session, tenue en mars 2008.

l'état d'urgence ne peut être invoqué pour justifier une dérogation au principe de non-discrimination.³⁷¹

Les personnes LGBT détenues, comme toute personne privée de sa liberté, doivent « être traitées avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». ³⁷² Ce droit s'applique à toute personne privée de liberté en vertu des lois et de l'autorité de l'Etat et détenue dans des prisons, dans des hôpitaux – en particulier dans des hôpitaux psychiatriques – des camps de détention ou des institutions correctionnelles ou ailleurs.³⁷³ L'obligation de protéger et de préserver ce droit impose aux Etats une obligation positive envers les personnes qui sont particulièrement vulnérables du fait de leur statut de personnes privées de liberté.³⁷⁴ Les Etats ont l'obligation d'organiser leur système de détention et leurs services pénitentiaires dans le but de protéger les détenus de n'importe quelles menaces et actes de torture, de traitement ou de peine cruel, inhumain ou dégradant, de peine corporelle, de punition collective, d'intervention forcée ou de traitement coercitif, et de n'importe quelle méthode destinée à effacer leur personnalité ou diminuer leur capacité physique ou mentale.³⁷⁵

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a souligné le fait que l'état d'urgence ne peut être invoqué pour justifier une dérogation au droit d'être traité avec humanité pendant la privation de liberté.³⁷⁶ Dans certains pays, les personnes LGBT sont détenues selon un régime d'isolement total prolongé. Le Comité des droits de l'homme a constaté que l'isolement total prolongé d'un détenu de sa famille « constitue un traitement inhumain au sens de l'article 7 et est incompatible avec l'obligation de traiter toute personne privée de sa liberté avec humanité énoncée au § 1 de l'article 10 du [PIDCP] ». ³⁷⁷ Deux Rapporteurs spéciaux contre la torture ont noté que « la détention au secret devrait être le facteur déterminant permettant

371. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29, op. cit.*, § 8.

372. Voir : article 10 (1) du PIDCP ; article 17 (1) de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 37 (c) de la Convention relative aux droits de l'enfant ; article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; et article 20 de la Charte arabe des droits de l'homme.

373. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 21, Traitement humain des personnes privées de liberté, article 10, § 2.*

374. *Idem.*, § 3 ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 14 juin 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 464777/99 ; et Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 2 septembre 2004, *affaire de l'Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, § 58.

375. Voir *inter alia* : Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 21, op. cit.* ; Principe I des Principes de bonnes pratiques en matière de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques ; Principe M (7) des Directives et Principes sur le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 2 septembre 2004, *affaire de l'Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*.

376. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29, op. cit.*, § 13(a). Dans le même sens, voir le Principe I des Principes de bonnes pratiques en matière de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques.

377. Constatations du 6 novembre 1997, communication n° 577/1994, *Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, § 8.6, CCPR/C/61/D/577/1994, 9 janvier 1998.

d'établir si un individu est exposé ou non au risque de torture ». ³⁷⁸ Le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont tous noté que le confinement solitaire prolongé ou la détention non reconnue d'une personne détenue ou emprisonnée peuvent conduire à des actes prohibés tels que la torture ou les mauvais traitements. ³⁷⁹

Le Principe 7 des *Principes de base relatifs au rôle du barreau* des Nations Unies énonce que « toute personne arrêtée ou détenue, qu'elle fasse ou non l'objet d'une inculpation pénale, pourra communiquer promptement avec un avocat et en tout cas dans un délai de 48 h à compter de son arrestation ou de sa mise en détention ». Le Comité des droits de l'homme a considéré que « toutes les personnes qui sont arrêtées doivent immédiatement avoir accès à un conseil » ³⁸⁰ et craint que « le recours à la détention prolongée sans possibilité de consulter un avocat ou de communiquer avec d'autres personnes de n'extérieur ne constitue une violation des articles du Pacte (articles 7, 9, 10 et 14, para. 3, b) » ³⁸¹. Le Comité a recommandé que « nul ne soit détenu pendant plus de 48 h sans avoir accès à un avocat » ³⁸² et que tous les détenus, y compris ceux qui sont soumis à une détention administrative, se voient accorder un accès rapide à un avocat. ³⁸³ Le Rapporteur spécial des Nations Unies contre la torture a souligné que « conformément au droit international et comme le confirme la pratique des Etats, les garanties légales fondamentales énumérées ci-après devraient faire partie de toute législation régissant l'arrestation et la détention, y compris tout type de législation anti-terroriste : (...) le droit à communiquer avec un avocat dans un délai de 48 h à compter de l'arrestation ». ³⁸⁴ Afin de faciliter l'accès aux avocats, et de permettre la communication avec les membres de la famille ou d'autres personnes, les détenus doivent être maintenus dans des lieux de détention officiels et les autorités doivent conserver un enregistrement de leur identité. ³⁸⁵ Les disparitions sont absolument interdites, tout comme la détention non reconnue prolongée et le confinement solitaire prolongé.

378. Rapports du Rapporteur spécial A/57/173, 2 juillet 2002, § 16, E/CN.4/2004/56, § 37, et A/57/173, 2 juillet 2002, § 16.

379. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20, Prohibition de la torture, ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 7*, § 6 ; Comité contre la torture (Rapports A/54/44, §§ 121 et 146 ; A/53/44, § 135 ; et A/55/44, § 182) et Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez Rodríguez* (§ 156) et arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero* (§§ 90-91).

380. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Géorgie*, CCPR/C/79/Add.75, 5 mai 1997, § 27.

381. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël*, CCPR/CO/78/ISR, § 13.

382. *Ibid.*

383. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël*, CCPR/CO/78/ISR, § 13 et *Suisse*, CCPR/C/79/Add. 70, § 26, et constatations du 27 juillet 1993, communication n° 326/1988, *Henry Kalenga c. Zambie*, CCPR/C/48/D/326/1988, § 6.3.

384. Rapport du Rapporteur spécial, A/57/173, 2 juillet 2002, § 18. Voir également, E/CN.4/2004/56, § 32.

385. Article 10.1 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 17 de la Convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, règle 7 des Règles standards minimums pour le traitement des prisonniers, principes 20 et 29 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 6 des Principes relatifs à la protection efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires, article XI de la Convention interaméricaine sur les disparitions

Le droit d'avoir un accès rapide au personnel et à l'assistance médicale est reconnu universellement.³⁸⁶ La Commission interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que ce droit est tellement fondamental pour la protection des détenus qu'il ne peut être suspendu même dans les situations autorisant une dérogation fondée sur l'urgence.³⁸⁷ Le manquement au fait d'apporter des soins médicaux appropriés peut constituer une violation de l'obligation de l'Etat de s'abstenir de toute torture ou traitement cruel, inhumain ou dégradant.³⁸⁸

L'expérience démontre que si les personnes LGBT sont dans une position de vulnérabilité dans la société, leur vulnérabilité s'accroît de façon dramatique lorsqu'elles se retrouvent détenues. En effet, les détenus perçus comme étant gais, lesbiennes, bisexuels ou transsexuels sont soumis à un plus grand risque de violence, de viol, et d'agression sexuelle que le reste de la population en détention.³⁸⁹ Cela résulte de nombreux facteurs : la haine et les préjugés contre ces personnes, la stigmatisation sociale qui les rend moins aptes à entretenir toute forme de relations personnelles les mettant en garde contre de tels actes et la perception – souvent rendu réelle par la discrimination officielle et non officielle – que ceux qui sont responsables d'une telle violence ne subiront pas de conséquences.³⁹⁰ Les fonctionnaires du système judiciaire sont obligés de prendre des mesures pour réduire ce risque de violence.³⁹¹

Le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), après avoir visité une prison allemande dans laquelle « les homosexuels apparaissaient comme risquant particulièrement d'être attaqués par les autres prisonniers », a observé que « l'obligation de soins des autorités pénitentiaires inclut la responsabilité de protéger les détenus des autres détenus qui risqueraient de leur faire du mal. Cela est

forcées de personnes, règles 7 et 8 des règles pénitentiaires européennes et Principe M(6) des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique.

386. Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (principe 24), Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 10) et Règles standards minimums pour le traitement des prisonniers (règles 37 et 92).
387. *Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme, op. cit.*, §§ 127 et 139 et recommandation n° 7.
388. Par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, § 151 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *International Pen c. Nigeria*, communication n° 137/94, 139/94, 154/96 et 161/97 (1998), § 80, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 27 novembre 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, §§ 77-78.
389. Par exemple, Comité européen pour la prévention de la torture, *Rapport de visite Allemagne 2005*, CPT/Inf (2007) 18, § 109 ; *Rapport du Spécial rapporteur sur la question de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, E/CN.4/2002/76/Add.1, 14 mars 2002, § 829 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, rapport intérimaire*, A/56/156, 3 juillet 2001.
390. Comité européen pour la prévention de la torture, *Rapport de visite Ukraine 2000*, CPT/Inf (2002) 23, § 65 ; et *Observations finales du Comité contre la torture : Brésil*, A/56/44, 16 mai 2001, § 119 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, rapport intérimaire*, A/56/156, 3 juillet 2001, § 23.
391. Comité européen pour la prévention de la torture, *Rapport de visite Allemagne 2005*, CPT/Inf (2007) 18, § 112 ; Comité européen pour la prévention de la torture, *Rapport de visite Ukraine 2000*, CPT/Inf (2002) 23, § 65 ; *Farmer c. Beannan*, 511 U.S. Cour suprême des Etats-Unis, 825, 847 (1994).

d'autant plus important lorsqu'un groupe est particulièrement vulnérable ». ³⁹² La Cour suprême des Etats-Unis, dans une affaire concernant un transsexuel homme devenu femme violé deux semaines après avoir été transféré dans une prison de haute sécurité pour hommes, a jugé que l'obligation du personnel pénitentiaire de fournir « des conditions humaines d'emprisonnement » inclut de prendre des mesures raisonnables afin de faire cesser tout risque substantiel de viol ou d'agression sexuelle auquel les détenus doivent faire face. ³⁹³ Le manquement dans le fait de prendre de telles mesures préventives, qui peut être prouvé par l'indifférence face aux pratiques de viols et d'agressions sexuelles répétés dans les toilettes publiques, viole plusieurs normes internationales des droits de l'homme, y compris l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que l'esclavage. ³⁹⁴

Resume

- Le droit à la liberté personnelle et le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté sont reconnus et protégés universellement par le droit international des droits de l'homme ;
- Les personnes LGBT privées de leur liberté ont les mêmes droits et garantis que les autres détenus, tels que : le droit d'être informé des raisons de leur arrestation et des charges retenues contre eux ; le droit d'être informé de leurs droits et comment se servir de ces droits ; le droit à un recours afin de contester la légalité de leur détention et ordonner leur libération si leur détention n'est pas légale ; le droit d'être présenté rapidement devant un juge ou devant un autre officier de justice ; le droit d'avoir un accès rapide à un avocat ; le droit d'avoir accès au monde extérieur ; le droit au traitement humain durant leur détention et le droit d'avoir un accès rapide au personnel et à l'assistance médicale. L'orientation sexuelle ou l'identité de genre ne doit pas être invoquée pour nier ou restreindre ces droits et garanties ;
- La privation de liberté sur le seul fondement de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre peut conduire à une détention arbitraire. Les Etats ont l'obligation d'abroger les lois et les pratiques légales pénalisant certaines manifestations d'orientation sexuelle ou d'identité de genre, puisqu'elles conduisent nécessairement à la privation arbitraire de liberté. Cela inclut l'utilisation de dispositions vagues relatives à la « moralité » et de pratiques administratives expressément établies, y compris dans le cadre de normes relatives à la santé mentale.

392. Comité européen pour la prévention de la torture, *Rapport de visite Allemagne 2005*, CPT/Inf (2007) 18, §§ 109, 12.

393. *Farmer c. Brennan*, 511 U.S. Cour suprême des Etats-Unis, 825, 847 (1994). Traduction libre.

394. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 2 septembre 2004, *Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay* ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 14 juin 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99.

- Le concept de privation de liberté revêt différentes formes, incluant l'arrestation, la détention, la détention provisoire, la détention administrative, l'emprisonnement politique, l'internement, la maison d'arrêt, parmi d'autres ;
- La notion d'« arbitraire » ne doit pas être confondue avec celle de « contraire à la loi », mais doit être interprétée plus largement afin d'inclure des éléments tels que le fait d'être inapproprié, d'être injuste et de ne pas pouvoir être prédit ;
- Pour qu'une privation de liberté ne soit pas arbitraire, elle doit respecter les critères suivants ; légalité matérielle et procédurale, légitimité du but, nécessité, proportionnalité et respect des droits de l'homme, en particulier le droit à un recours et à la sécurité de la personne ;
- Les personnes LGBT peuvent être privées légalement de leur liberté, mais cette privation de liberté doit respecter les critères précités pour qu'elle ne soit pas arbitraire ;
- Une privation de liberté est arbitraire :
 - Lorsqu'il est clairement impossible d'invoquer une base légale justifiant la privation de liberté ;
 - Lorsque la privation de liberté résulte de l'exercice de droits ou libertés garantis par les articles de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du PIDCP ; ou
 - Lorsque le non-respect total ou partiel des normes internationales relatives au droit à un procès équitable est d'une telle gravité qu'il confère à la privation de liberté un caractère arbitraire ;
- Les Etats ont l'obligation légale de protéger les détenus de toute sorte de menaces et d'actes de torture, de mauvais traitement ou de punition, de violence sexuelle, de peine corporelle et d'autres actes inhumains.

« [l]e droit suprême de l'être humain ».

— Comité des droits de l'homme³⁹⁵

v. Le droit à la vie

1. Nature juridique et champ d'application

Le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa vie est un droit universel protégé par plusieurs instruments internationaux³⁹⁶ et son exercice est essentiel pour tous les autres droits de l'homme. S'il n'est pas respecté, tous les autres droits sont dépourvus de sens.³⁹⁷ Tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme soulignent la nature fondamentale du droit à la vie. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a indiqué que « c'est le droit suprême pour lequel aucune dérogation n'est autorisée même dans les cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la Nation ».³⁹⁸ La Cour interaméricaine des droits de l'homme, a de plus mis en exergue que « [l]e droit fondamental à la vie inclut, non seulement le droit de tout être humain de ne pas être privé de sa vie arbitrairement mais également le droit d'avoir accès à des conditions garantissant une existence digne ».³⁹⁹ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples considère le droit à la vie comme « le centre de tous les autres droits [et] la fontaine à travers laquelle tous les autres droits coulent ».⁴⁰⁰

Le droit à la vie doit toujours être interprété d'une manière extensive et toute limitation doit être interprétée restrictivement. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a énoncé que « [e]n raison de sa nature même, toute approche restrictive

395. Comité des droits de l'homme, constatations du 31 mars 1982, *Suarez de Guerrero c. Colombie*, communication n° 45/1979, § 13.1.

396. Article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; article 6 du PIDCP ; article 9 de la Convention sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille ; article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant ; article 10 de la Convention sur les droits des personnes handicapées ; principe 1 des Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires ; article 7 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ; et article 5 de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ; article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; article 5 de la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant ; article 1 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme ; article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; article 5 de la Charte arabe des droits de l'homme ; article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

397. Arrêt du 19 novembre 1999, affaire des « enfants de la rue » (*Villagran-Morales et a.*) c. *Guatemala*, § 144.

398. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 6 : Le droit à la vie (Article 6)*, § 1 et *Observation générale n° 14 : Les armes nucléaires et le droit à la vie (Article 6)*, § 1.

399. Arrêt du 19 novembre 1999, affaire des « enfants de la rue » (*Villagran-Morales et a.*) c. *Guatemala*, § 144. Traduction libre.

400. *Affaire Forum of Conscience c. Sierra Léone*, communication n° 223/98 (2000), § 19. Traduction libre.

de ce droit est inadmissible ».401 En se référant à ses limitations, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'elles devaient être « interprétées de façon étroite ».402 Selon le Comité des droits de l'homme, « [l]’expression « le droit à la vie inhérent à la personne humaine » ne peut pas être entendue de façon restrictive ».403

2. Obligation des Etats de protéger le droit à la vie

En droit international des droits de l'homme, l'obligation de protection relative au droit à la vie est absolue et compte parmi les obligations auxquelles l'Etat ne peut déroger en toutes circonstances.404 Par conséquent, un Etat ne peut pas, même en temps de guerre, de danger public ou d'autre danger405 menaçant son indépendance ou sa sécurité, prendre des mesures suspendant l'obligation de protéger le droit à la vie. La protection du droit à la vie s'applique à toute personne se trouvant sous la juridiction de l'Etat et, en conséquence, « les agissements de la personne considérée, aussi indésirables et dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte ».406

Le droit à la vie ne sous-entend pas seulement que nul ne peut être privé arbitrairement de sa vie (obligation négative), il requiert également que les Etats prennent toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver le droit à la vie (obligation positive). La Cour interaméricaine a souligné que les Etats doivent « adopter toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver le droit à la vie des personnes se trouvant sous leur juridiction. (...) Les Etats doivent adopter toutes mesures nécessaires pour créer un cadre légal qui détourne toute menace possible au droit à la vie ; pour établir un système judiciaire effectif afin d'enquêter, de punir et de réparer la privation de la vie par les agents de l'Etat et les personnes privées ; et pour garantir le droit à un accès libre à des conditions de vie dignes ».407

L'obligation de protéger le droit à la vie implique l'interdiction de renvoyer, de déporter, d'extrader, d'expulser, de transférer ou d'envoyer quiconque dans un pays

401. Arrêt du 6 avril 2006, *Baldeon garcia c. Pérou*, § 82. Traduction libre. Voir également, affaire des « *enfants de la rue* » (*Villagran-Morales et a.*) *c. Guatemala*, *op. cit.*, § 144.

402. Arrêt du 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 17/1994/464/545, § 147.

403. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 6, Le droit à la vie (Article 6)*, *op. cit.*, § 5.

404. Article 4 du PIDCP ; article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 27 de la Convention américaine relative des droits de l'homme ; et article 5 de la Charte arabe des droits de l'homme. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne contient aucune disposition autorisant des dérogations en période d'urgence. En l'absence d'une telle clause, tous les droits énoncés dans la Charte africaine sont considérés comme étant non-dérogeables et les limitations à ces droits ne peuvent jamais être justifiées par l'urgence ou des circonstances spéciales. Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Media Rights Agenda et projet de défense des droits constitutionnels c. Nigéria*, communication n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 1998, §§ 67-68.

405. Cour européenne des droits de l'homme, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 147 ; et arrêt du 14 décembre 2000, *Gül c. Turquie*, requête n° 22676/93, § 78. Voir également *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme international, Les Directives du Conseil de l'Europe*, Mars 2005, Ligne directrice XV.

406. Voir, *mutatis mutandis*, arrêt du 25 octobre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, § 80.

407. Arrêt du 6 avril 2006, *Baldeon-Garcia c. Pérou*, §§ 82-85. Traduction libre.

dans lequel il ou elle risque une privation arbitraire de sa vie.⁴⁰⁸ En particulier, les Etats qui ont déjà aboli la peine de mort ont à la fois l'obligation de ne pas l'appliquer et de ne pas « exposer une personne à la menace réelle de son application ».⁴⁰⁹

Le Comité des droits de l'homme a considéré que « la protection contre la privation arbitraire de la vie, qui est expressément requise dans la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 6 est une d'importance capitale. Le Comité considère que les Etats parties doivent prendre des mesures, non seulement pour prévenir et réprimer les actes criminels qui entraînent la privation de la vie, mais également pour empêcher que leurs propres forces de sécurité ne tuent des individus de façon arbitraire. La protection de la vie par les autorités de l'Etat est une question extrêmement grave. La législation doit donc réglementer et limiter strictement les cas dans lesquels une personne peut être privée de la vie par ces autorités ».⁴¹⁰

Le droit à la vie requiert en outre que les Etats prennent des mesures raisonnables pour protéger les citoyens d'une privation arbitraire de leur vie. Elles impliquent, au niveau de l'intérêt public, l'obligation de lutter contre le crime violent, et au niveau de l'action par les forces de sécurité, l'obligation de prévenir les actes de violence prévisibles.

Le droit à la vie de tout individu est également violé dans les affaires dans lesquelles « les autorités connaissaient ou auraient dû connaître (...) une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris les mesures (...) qui auraient pallié ce risque ».⁴¹¹ Dans une affaire dans laquelle un prisonnier souffrant de maladie mentale, Christopher Edwards, a été tué par son voisin de cellule, Richard Linford, dont les autorités pénitentiaires savaient qu'il s'agissait d'un schizophrène paranoïaque violent, la Cour a trouvé une violation de l'obligation de l'Etat de protéger la vie d'Edwards, puisque « des informations étaient disponibles, dont il ressortait que (...) Linford (...) présentait un risque réel et sérieux (...) pour Christopher Edwards, lorsqu'on le plaça dans la cellule de ce dernier ».⁴¹² L'affaire Edwards montre également l'obligation croissante de l'Etat de protéger le droit à la vie des personnes qui sont exceptionnellement incapables de défendre leur droit elles-mêmes.⁴¹³ Cela inclut les prisonniers, les malades mentaux

408. Voir *inter alia* : les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires (principe 5) et la Convention américaine des droits de l'homme (article 22.8).

409. Comité des droits de l'homme, constatations du 5 août 2003, *Roger Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, § 10.4, traduction libre et constatations du 28 juillet 1997, *A.R.J. c. Australie*, communication n° 692/1996, § 6.11, document CCPR/C760/D/692/1996.

410. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 6, op. cit.*, § 3.

411. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 octobre 2002, *Mastromatteo c. Italie*, requête n° 37703/97, § 68. Voir également, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 28 octobre 1998, affaire *Osman c. Royaume-Uni*, requête n° 23452/94, § 116 ; arrêt du 14 juin 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99, § 55, et arrêt du 23 novembre 1999, *Bromiley c. Royaume-Uni*, requête n° 33747/96.

412. Arrêt du 14 juin 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99, § 60.

413. *Idem*, § 56.

et les enfants. Il pourrait être envisagé d'étendre cette catégorie aux minorités sexuelles.

Les personnes en détention sont uniquement dépendantes de l'Etat pour protéger leurs droits ; dès lors, l'Etat a une obligation renforcée de les protéger. La Cour interaméricaine a noté que l'Etat a l'obligation de « maintenir à un minimum absolu » les restrictions « collatérales » aux droits de l'homme résultant de la privation légale de liberté.⁴¹⁴ Ainsi, un Etat a violé le droit à la vie de jeunes prisonniers détenus dans une prison dépourvue d'alarme incendie, d'extincteurs et de plans d'évacuation, et périrent dans le feu.⁴¹⁵

3. Privation arbitraire de la vie et menaces de mort

Les violations du droit de ne pas être privé arbitrairement de sa vie peuvent être regroupées en trois catégories :

- Les exécutions sommaires : la base de ce concept est l'application de la peine de mort dans des conditions interdites par le droit international ;
- les exécutions arbitraires : ce sont les privations de la vie liées à l'utilisation excessive ou illégale de la force par les forces de l'ordre, dans des conditions contraires à celles prévues par le droit international ; et
- les exécutions extrajudiciaires : elles sont liées à la catégorie de meurtre ou d'homicide volontaire en droit pénal. Par exemple, les assassinats politiques et les morts causées par les attaques ou les meurtres perpétrés par les forces de sécurité étatiques, les groupes paramilitaires, les escadrons de la mort ou d'autres forces privées coopérant avec le gouvernement ou tolérées par lui rentrent dans cette définition.

L'interdiction des exécutions extrajudiciaires, arbitraires ou sommaires est une norme impérative du droit international (*jus cogens*).⁴¹⁶

414. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 2 septembre 2004, affaire de l'*Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, §§ 152 et 154. Traduction libre.

415. *Idem*, § 178.

416. Sixième Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants (1980), résolution n° 5 sur les exécutions extrajudiciaires, §§ 2 et 5, A/CONF.87/14/Rev.1 (1981) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et a. c. Pérou)* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Recommandation sur l'asile et les crimes internationaux* ; et Nigel Rodley, *The Treatment of prisoners under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, Second Edition, p. 192.

3.1 Exécutions extrajudiciaires

Les exécutions extrajudiciaires sont des violations graves des droits de l'homme⁴¹⁷ et constituent un crime relevant du droit international coutumier⁴¹⁸. Ainsi, une opération guatémaltèque de « nettoyage social » dans laquelle des enfants des rues ont été enlevés et tués par des policiers en habit civil est un exemple clair de la violation de ce droit⁴¹⁹. L'interdiction des exécutions extrajudiciaires par l'Etat inclut également les meurtres commis par les acteurs non-étatiques agissant pour le compte ou avec l'accord de l'Etat⁴²⁰. Par exemple, la Cour interaméricaine a jugé que lorsque les paramilitaires colombiens se sont engagés dans le meurtre de civils avec « l'accord ou la tolérance » de l'Etat, même en l'absence d'ordres directs ou même s'ils ne pouvaient savoir que les meurtres auraient lieu, le gouvernement colombien a violé le droit à la vie⁴²¹.

3.2 Exécutions arbitraires

Le droit international des droits de l'homme permet implicitement ou explicitement l'utilisation de la force létale par les forces de l'ordre, mais avec des restrictions impératives. La majorité des traités fonde leur logique sur l'interdiction des exécutions arbitraires. C'est le raisonnement suivi par le *PIDCP*, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et la *Charte arabe des droits de l'homme*. La *Convention européenne des droits de l'homme* est une exception puisqu'elle énonce expressément les situations dans lesquelles la force peut être utilisée seulement lorsque cela est « absolument nécessaire » : « (a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; (b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; (c) pour réprimer conformément à la loi une émeute ou une insurrection ». ⁴²²

Les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application de la loi des Nations Unies apportent des indications

417. Voir *inter alia*, Comité des droits de l'homme, constatations du 29 mars 1982, communication n° 30/1978, *Bleier Lewhoff et Valiño de Bleier c. Uruguay* ; constatations du 31 mars 1982, communication n° 45/1979, *Pedro Pablo Carmargo c. Colombie* et Observations finales sur le Burundi, du 3 août 1994, CCPR/C/79/Add.41, § 9.

418. Voir notamment la définition « *B. Crimes graves de droit international* » de l'*Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* (document E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005). L'Ensemble de principes a été recommandé par l'ancienne Commission des droits de l'homme, résolution E/CN.4/RES/2005/81 du 21 avril 2005 et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Recommandation sur l'asile et les crimes internationaux, du 20 octobre 2000. Voir également, Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International law*, *op. cit.*, p. 192.

419. Arrêt du 19 novembre 1999, affaire « *des enfants de la rue* » (*Villagran-Morales et a.*) c. *Guatemala*, §§ 137-147.

420. Arrêt du 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, § 139 et arrêt du 1er juillet 2006, *Massacres de Ituango c. Colombie*, § 132.

421. Voir *Massacres de Ituango c. Colombie*, *op. cit.* Traduction libre.

422. Convention européenne des droits de l'homme, article 2(2).

claires quant à l'utilisation de la force et des critères pour savoir si une privation de la vie est arbitraire ou non. En outre, la jurisprudence fournit de nombreux critères pour évaluer la légitimité de l'utilisation de la force et le caractère arbitraire d'une privation de la vie. Par exemple, le Comité des droits de l'homme a souligné que l'utilisation de la force létale doit être utilisée avec un avertissement préventif et en donnant aux victimes l'opportunité de se rendre et elle doit être nécessaire pour « leur propre défense ou celle des autres ou (...) pour effectuer une arrestation ou prévenir l'évasion des personnes concernées ». ⁴²³ La Cour européenne des droits de l'homme a ajouté que les seuls fondements autorisés de l'utilisation de la force sont ceux envisagés par la Convention et qu'« un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est « nécessaire dans une société démocratique ». (...) La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts » ⁴²⁴ énoncés dans la Convention.

3.3 Exécutions sommaires et peine de mort

Même si le droit international des droits de l'homme établit la nature non-dérogeable du droit de ne pas être privé arbitrairement de sa vie, il admet le phénomène de la peine capitale dans des conditions précises et restrictives. Le PIDCP et la Convention américaine relative aux droits de l'homme limitent la peine de mort aux « crimes les plus graves » ⁴²⁵ et il existe un accord croissant selon lequel cette norme constitue une norme internationale coutumière. ⁴²⁶ Les garanties des Nations Unies pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort énoncent que « la peine de mort ne peut être imposée que pour les crimes les plus graves, étant entendu qu'il s'agira au moins de crimes intentionnels ayant des conséquences fatales ou d'autres conséquences extrêmement graves ». ⁴²⁷ Le Comité des droits de l'homme a noté que les crimes de nature économique, de corruption, d'adultère ou les crimes qui n'entraînent pas la perte de vies humaines, l'apostasie, le fait de commettre un acte homosexuel à trois, et le détournement de fonds par des fonctionnaires ne peuvent pas être caractérisés comme « les crimes les plus graves ». ⁴²⁸ L'ancienne Commission des droits de l'homme a considéré que « la notion de « crimes les plus graves » ne s'entend que des crimes intention-

423. Constatations du 31 mars 1982, *Suarez de Guerrero c. Colombie*, communication n° 45/1979, §§ 13.1 et 13.2, document CCPR/C/15/D/45/1979. Traduction libre.

424. *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 148-149.

425. Voir l'article 6 du PIDCP et l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Voir également la Charte arabe des droits de l'homme, articles 5, 6 et 7.

426. Voir par exemple, UNOG, *Human Rights Council Discusses the Death Penalty, Institution Building and Other Issues*, Press Release, 29 mars 2007 (remarques de la Slovénie, des Etats-Unis et de Singapour) ; Franck Gaffney, *Right of Reply on the Death Penalty*, Compte rendu des Etats-Unis, Mission à l'OSCE, 9 octobre 2003.

427. Article 1 des Garanties des Nations Unies pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort.

428. Voir notamment, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : République islamique d'Iran*, document CCPR/C/79/Add.25, 3 août 1993, § 8 et *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Soudan*, document CCPR/C/79/Add.85, 19 novembre 1987, § 8.

nels ayant des conséquences fatales ou extrêmement graves et la peine de mort n'est pas imposée pour des actes non violents comme les infractions financières, la pratique religieuse ou l'expression de conviction et les relations sexuelles entre adultes consentants, ou à titre de peine obligatoire ». ⁴²⁹ L'imposition et l'exécution de la peine de mort pour des crimes qui ne sont pas les crimes les plus sérieux, peut conduire à une exécution sommaire et viole le droit à la vie.

Le Comité des droits de l'homme a souligné s'agissant de l'article 6 du *PIDCP* que « l'abolition est exprimée dans cet article en des termes qui suggèrent sans ambiguïté (...) que l'abolition est souhaitable (...). [T]outes les mesures prises pour abolir la peine de mort doivent être considérées comme un progrès vers la jouissance du droit à la vie ». ⁴³⁰ La Cour interaméricaine a jugé que « les règles conventionnelles concernant la peine de mort doivent être interprétées de manière à imposer des restrictions pour délimiter strictement son application et son étendue, afin de réduire l'application de la peine de mort jusqu'à parvenir à sa disparition progressive ». ⁴³¹ La *Convention sur les droits de l'enfant* (article 37 (a)) et la *Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant* (article 5.3) interdisent la peine capitale pour les crimes commis par les personnes de moins de 18 ans. Fermement affirmée dans les traités tant au niveau universel ⁴³² que régional ⁴³³, l'interdiction de la peine de mort intègre progressivement le droit international général.

Les standards internationaux et la jurisprudence requièrent que ces peines soient seulement prononcées à la suite d'un jugement rendu par un tribunal indépendant, impartial et compétent après un procès équitable respectant toutes les garanties judiciaires, y compris le droit de faire appel. Le Comité des droits de l'homme a indiqué que « [l]es garanties d'ordre procédural prescrites dans le Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, les garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure ». ⁴³⁴ Concernant les garanties devant être accordées aux personnes devant faire face à la peine de mort, les garanties des Nations Unies pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de

429. Résolution 2005/59, *Question de la peine de mort*, du 20 avril 2005, § 6.f.

430. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 6, op. cit.*, § 6.

431. Arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin et a. c. Trinité et Tobago*, § 99. Traduction libre. Voir également, avis consultatif OC-3/83, *Restrictions à la peine de mort (Articles 4(2) et 4(4) de la Convention américaine des droits de l'homme)*, du 8 septembre 1983, § 57.

432. Protocole additionnel II au PIDCP et Convention relative aux droits de l'enfant (article 37).

433. Au sein du Conseil de l'Europe, voir les Protocoles 6 et 13 à la *Convention européenne des droits de l'homme* et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*l.e.* : arrêt du 12 mars 2003, affaire *Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99). Au sein de l'Union européenne, voir l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Aussi loin que le système interaméricain est concerné, voir la Convention américaine des droits de l'homme (article 4.1) et le Protocole à la Convention américaine abolissant la peine de mort. Déjà, en 1969, lorsque la Convention américaine des droits de l'homme a été adoptée, quatorze des vingt-neuf délégations présentes déclaraient leur « espoir résolu de voir l'application de la peine de mort éradiquée » (OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 467).

434. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 6, Le droit à la vie (Article 6)*, § 7.

mort⁴³⁵ sont un guide important en droit déclaratoire. De plus, certaines catégories de personnes sont exclues de l'application de la peine de mort d'après le droit international : les personnes qui, à l'époque de la commission du crime étaient âgées de moins de 18 ans, les femmes enceintes, les jeunes mères ou les personnes mentalement atteintes.⁴³⁶

3.4 Menaces de mort

Les menaces de mort ne portent pas seulement atteinte au droit à la vie mais aussi au droit à la sécurité protégé par l'article 9 du *PIDCP* et l'article 3 de la *Déclaration des droits de l'homme*. Concernant les menaces de mort, le Comité des droits de l'homme a observé que :

*« Le fait que l'article 9 fasse état du droit de tout individu à la sécurité de sa personne ne prouve nullement qu'on ait voulu ainsi limiter la portée de ce droit aux cas de privation formelle de liberté (...). Or, les Etats ne sauraient s'acquitter de leurs obligations s'il leur est juridiquement possible d'ignorer les menaces qui pèsent sur la vie des personnes relevant de leur juridiction, uniquement parce qu'elles ne sont pas en état d'arrestation ou soumises à une autre forme de détention. Les Etats parties sont tenus de prendre toutes les mesures de protection raisonnables et appropriées et les garanties prévues par le pacte seraient entièrement inefficaces si l'on pouvait interpréter l'article 9 comme autorisant un Etat partie à ignorer les menaces qui pèsent sur la sécurité d'un individu sous prétexte qu'il n'est pas détenu ».*⁴³⁷

Le Comité des droits de l'homme et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont considéré que l'inaction de l'Etat vis-à-vis des menaces de mort constitue une violation du droit à la vie.⁴³⁸

435. Garanties des Nations Unies pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, approuvées par le Conseil économique et social, résolution 1984/50 du 25 mai 1984.

436. Voir notamment: *PIDCP* (article 6.5) ; Convention relative aux droits de l'enfant (article 37.a) ; Garanties des Nations Unies pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort (article 3) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 4.5) ; Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant (article 5.3) ; et Protocol à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (article 4).

437. Comité des droits de l'homme, constatations du 12 juillet 1990, *William Eduardo Delgado Páez c. Colombie*, communication n° 195/1985, § 5.5 document CCPR/C/39/D/195/1985. Voir également, constatations du 20 mars 2000, *Carlos Dias c. Angola*, communication n° 711/1996, § 8.3, document CCPR/C/68/D/711/1996 ; constatations du 25 octobre 2000, *Rodger Chongwe c. Zambie*, communication n° 821/1998, § 5.3, document. CPR/C/70/D/821/1998 ; et constatations du 25 mars 2002, *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca c. Colombie*, communication n° 859/1999, § 7.1.

438. Comité des droits de l'homme, constatations du 25 mars 2002, *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca c. Colombie*, communication n° 859/1999, § 7.3 et Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport n° 32/90, affaire 10.222 (Pérou).

4. Orientation sexuelle et identité de genre et droit à la vie

Le fait qu'un Etat ne devrait pas priver une personne de sa vie pour des motifs liés à son orientation sexuelle et son identité de genre est un axiome. La mise en place de la peine capitale pour avoir commis un acte sexuel à trois ou pour avoir eu des relations sexuelles entre adultes consentants, les exécutions extrajudiciaires ou les meurtres en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre constituent une violation flagrante du droit à la vie.⁴³⁹ L'Assemblée Générale des Nations Unies a réaffirmé l'obligation des Etats de « garantir la protection du droit à la vie de toutes les personnes relevant de leur compétence et a demandé aux gouvernements concernés d'enquêter promptement et de manière approfondie sur tous les cas de crimes (...) inspirés par des motifs discriminatoires quels qu'ils soient, y compris l'orientation sexuelle (...), d'en traduire les auteurs en justice devant des magistrats compétents, indépendants et impartiaux et de veiller à ce que ces crimes, y compris lorsqu'ils sont commis par les forces de sécurité, des groupes paramilitaires ou des forces privées, ne soient ni tolérés ni sanctionnés par des fonctionnaires ou autres agents de l'Etat ».⁴⁴⁰

Il convient de rappeler que d'après l'article 6 du *PIDCP* et de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la peine de mort peut seulement être appliquée pour les crimes les plus importants, ce qui exclut les questions d'orientation sexuelle. Le Comité des droits de l'homme a affirmé que l'homosexualité ne peut être considérée comme faisant partie des « crimes les plus graves »,⁴⁴¹ et l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU a jugé que la peine de mort ne devrait pas être appliquée pour des relations sexuelles entre adultes consentants.⁴⁴² Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions arbitraires, sommaires ou extrajudiciaires a explicitement jugé que l'application de la peine de

439. Voir *inter alia*, Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Soudan*, document CCPR/C/79/Add. 85, 19 novembre 1997, § 8 ; Ancienne Commission des droits de l'homme, résolution n° 2005/59, *Question de la peine de mort*, du 20 avril 2005, § 6.f et résolution 2003/67, *Question de la peine de mort*, du 24 avril 2003, § 4.d ; Assemblée générale des Nations Unies, résolution sur les « exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires » n° 61/173 du 19 décembre 2006, n° 59/197 du 20 décembre 2004 et n° 57/214 du 18 décembre 2002 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Mr Philip Alston, Addendum : Mission au Nigéria*, document E/CN.4/2006/53/Add.4 du 7 janvier 2006 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Mr Philip Alston, Addendum : Mission au Guatemala*, A/HRC/4/20/Add.2, 19 février 2007 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, E/CN.4/2000/3*, 25 janvier 2000, § 116.

440. Assemblée générale, résolution 57/214, *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, du 18 décembre 2002, § 6. Voir également résolution 61/173, *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, 16 décembre 2006, § 5(b).

441. Voir notamment, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : République islamique d'Iran*, document CCPR/C/79/Add.25, 3 août 1993, § 8 et *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Soudan*, document. CCPR/C/79/Add.85, 19 novembre 1997, § 8.

442. Résolution n° 2005/59, *La question de la peine de mort*, du 20 avril 2005, § 6.f.

mort pour une pratique sexuelle privée, telle que la sodomie, est une violation du droit international.⁴⁴³

Le droit à la vie fait peser sur l'Etat une obligation négative de prévenir l'action de ses agents qui priverait une personne de sa vie pour des motifs liés à son orientation sexuelle ou son identité de genre. De même, l'obligation qui pèse sur l'Etat est positive et l'oblige à prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher, prévenir et punir aussi bien les coupables que ceux qui par leur attitude ou leur situation dans la société encouragent ou facilitent de tels crimes, qu'ils soient employés par l'Etat ou non. Cela impliquerait d'établir des dispositions de droit pénal effectives afin d'empêcher la commission des crimes contre la personne, renforcées par les forces de l'ordre pour la prévention, la suppression et la répression de violations de telles dispositions.⁴⁴⁴

Cette obligation positive ne devrait pas être négligée dans la mesure où une large part des violations du droit à la vie commises en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ne trouve pas seulement son origine dans l'action des agents de l'Etat, mais également dans leur inaction ou dans leur manquement, à prendre des mesures positives pour protéger la vie.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a en outre considéré que :

*« Cette protection active du droit à la vie par l'Etat n'implique pas seulement ses législateurs, mais aussi toutes les institutions de l'Etat et celles qui doivent assurer la sécurité, même s'il s'agit de ses forces de police ou de ses forces armées. Par conséquent, l'Etat doit adopter les mesures nécessaires, non seulement aux niveaux législatif, administratif et judiciaire par la question de normes pénales et la mise en place d'un système judiciaire afin de prévenir, éliminer et réprimer la privation de la vie résultant d'actes criminels, mais aussi de prévenir et de protéger les individus d'actes criminels commis par d'autres individus, et d'enquêter effectivement sur de telles situations ».*⁴⁴⁵

Il y a également la condition selon laquelle ce type d'action doit être poursuivi avec rapidité et dans un délai raisonnable.⁴⁴⁶ Ces questions sur le droit à la vie dans le respect de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre obligent l'Etat à s'engager

443. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Mr Philip Alston, Addendum : Mission au Nigéria*, document E/CN.4/2006/53/Add.4 du 7 janvier 2006, § 37.

444. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 juillet 2007, *Angelova et Iliev c. Bulgarie*, requête n° 55523/00, § 93 ; et arrêt du 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, requête n° 87/1997/871/1083, § 115. Il est ainsi accepté par ceux qui se présentent devant la Cour que l'article 2 de la Convention peut également impliquer dans certaines circonstances bien définies une obligation positive pesant sur les autorités de prendre des mesures opérationnelles préventives pour protéger un individu dont la vie est en danger du fait des agissements criminels d'un autre individu.

445. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 1er juillet 2006, *Massacre de Ituango c. Colombie*, § 131. Traduction libre.

446. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Pérou*.

plus avant par des mesures législatives, judiciaires et administratives. Cela suppose également une volonté politique de garantir à la fois l'existence de ces mesures et leur efficacité. Afin de garantir le droit à la vie, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a mis en lumière le fait que : « Les meurtres et les menaces de mort devraient faire l'objet d'enquêtes rapides et approfondies [par les autorités] quelle que soit l'orientation sexuelle de la ou des victimes. Il faudrait adopter des mesures et des programmes destinés à venir à bout de la haine et des préjugés à l'égard des homosexuels et à sensibiliser les agents de la fonction publique et la population aux crimes et aux actes de violence visant des membres des minorités sexuelles ». ⁴⁴⁷

Les préjugés pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre sont la base d'une stigmatisation sociale. ⁴⁴⁸ Les personnes LGBT et les minorités sexuelles sont plus vulnérables quant à la violence et aux abus relatifs aux droits de l'homme, notamment les menaces de mort et les violations du droit à la vie, qui sont souvent commis dans un climat d'impunité. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a noté que les personnes d'orientation homosexuelle appartenaient à une catégorie particulièrement vulnérable, en raison de leur orientation sexuelle, en étant la cible d'exécutions extrajudiciaires ou en étant exposées à ces exécutions extrajudiciaires ou à des menaces de mort. ⁴⁴⁹ Les couvertures de la presse à sensation sur les questions relatives à l'orientation sexuelle contribuent à nuire et à créer une atmosphère d'impunité et d'indifférence concernant les crimes commis contre les membres des minorités sexuelles. L'impunité pourrait être le résultat d'un système judiciaire faible et inadéquat, lequel est réticent ou incapable d'enquêter et de poursuivre dans les affaires de violation des droits de l'homme, y compris des violations du droit à la vie. ⁴⁵⁰

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires a conclu que :

« la dépénalisation de faits liés à l'orientation sexuelle serait un excellent moyen d'empêcher que les membres des minorités sexuelles soient mis au ban de la société et partant de mettre un frein à l'impunité dont jouissent les auteurs de violations des droits de l'homme à l'encontre de ces personnes.

447. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2002/74, 9 janvier 2002, § 148. Voir également *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2001/9, 11 janvier 2001, § 118.

448. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2001/9, 11 janvier 2001, § 50.

449. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2002/74, 9 janvier 2002.

450. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2000/3, 25 janvier 2000, §§ 57, 89 et 116.

L'orientation sexuelle ne doit en aucun cas exposer la personne à la peine mort ». ⁴⁵¹

Resume

- Une personne ne doit pas être privée de sa vie en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre ;
- L'établissement de la peine capitale pour avoir commis un acte homosexuel ou pour avoir eu des relations sexuelles entre adultes consentants est une violation flagrante du droit à la vie et peut s'apparenter à une exécution sommaire ;
- Le droit à la vie et le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa vie est universellement reconnu et protégé par le droit international des droits de l'homme. L'étendue de la protection du droit à la vie doit être interprétée de façon extensive tandis que ses limites doivent être interprétées restrictivement ;
- L'obligation de l'Etat de protéger le droit de l'individu de ne pas être privé arbitrairement de sa vie est absolue et figure parmi les obligations auxquelles les Etats ne peuvent déroger en toutes circonstances ;
- Le droit à la vie n'implique pas seulement que nul ne peut être privé arbitrairement de sa vie (obligation négative), il requiert également que les Etats prennent toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver le droit à la vie (obligation positive), y compris des agissements des acteurs non-étatiques ;
- Les Etats ont l'obligation de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour protéger les personnes des menaces de mort ;
- L'obligation de protéger le droit à la vie implique l'interdiction de renvoyer, de déporter, d'extrader, d'expulser, de transférer ou d'envoyer quiconque dans un pays dans lequel il ou elle risque une privation arbitraire de sa vie, y compris lorsque la privation de la vie est fondée sur son orientation sexuelle ou son identité de genre.

451. *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, E/CN.4/2000/3, 25 janvier 2000, § 116.

« [L]e caractère absolu de la prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (...) ne peut être dérogé en aucune circonstance. Ces traitements ne peuvent jamais être justifiés au nom d'un équilibre entre les intérêts de la société et les droits de l'individu »

— Comité des droits de l'homme⁴⁵²

VI. Torture et mauvais traitements

1. Nature et portée de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonce que « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Tous les traités relatifs aux droits de l'homme, tant régionaux qu'internationaux, interdisent de façon absolue la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.⁴⁵³ En outre, plusieurs normes internationales confirment cette interdiction.⁴⁵⁴

452. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 15.

453. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 7), Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Convention relative aux droits de l'enfant (article 37a), Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (article 10), Convention sur les droits des personnes handicapées (article 15.1), Convention européenne des droits de l'homme (article 3), Convention américaine relatives aux droits de l'homme (article 5), Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, Convention interaméricaine sur la prévention, la punition et l'éradication de la violence contre les femmes (article 4,c), Charte arabe des droits de l'homme (article 8), Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 5), Charte africaine sur les droits et du bien être de l'enfant (article 16), et Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (article 4).

454. Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (Principe 6) ; Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; Principes relatifs aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour établir la réalité des faits ; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois (article 5) ; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (principe 16) ; Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (article 6) ; Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (principe 11) ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 4) ; Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique (principe M.7) ; Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (IV) ; Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques (principe 1) .

L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (mauvais traitements) est absolue et il ne peut en aucun cas y être dérogé.⁴⁵⁵ La nature absolue de la prohibition de la torture et des mauvais traitements, protégée par le droit conventionnel et coutumier, ne fait aucun doute.⁴⁵⁶ Le Comité des Nations Unies contre la torture a jugé que « [l]es obligations énoncées aux articles 2 [de la Convention contre la torture] (selon lequel « aucune circonstance exceptionnelle quelle qu'elle soit (...) ne peut être invoquée pour justifier la torture »), 15 (interdiction que les aveux obtenus par la torture soient invoqués comme élément de preuve, si ce n'est contre la torture) et 16 (interdiction de tous actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) sont trois dispositions qui ne sont pas susceptibles de dérogations et qui doivent être respectées en toutes circonstances ».⁴⁵⁷ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a considéré également qu'« il ne peut être dérogé au droit de ne pas être soumis à la torture ni à un traitement cruel, inhumain ou dégradant quelle que soit la raison et en toutes circonstances ».⁴⁵⁸ L'interdiction de la torture est une norme de jus cogens,⁴⁵⁹ comme l'a souligné la Cour interaméricaine des

455. Voir *inter alia* : PIDCP (article 4.2) ; Article 3 commun aux Conventions de Genève ; Convention européenne des droits de l'homme (article 15.2) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 27.2) ; et Charte arabe des droits de l'homme (article 8).

456. Voir *inter alia* : PIDCP (articles 4 et 7) ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 2) ; Convention relative aux droits de l'enfant (article 37) ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (article 10) ; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (règle 31) ; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (principe 6) ; Déclaration sur l'élimination de la violence à l'encontre des femmes (article 3) ; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois (article 5) ; Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (article 6) ; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (principe 16) ; Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 15 ; Assemblée générale des Nations Unies, résolution A/RES/59/183 ; Commission des droits de l'homme des Nations Unies, résolution E/CN.4/RES/2005/39 ; et Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture (E/CN.4/1986/15, § 3, 19 février 1986 ; E/CN.4/2002/137, 26 février 2002, § 8). Voir également : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 5) ; Charte africaine sur les droits et le bien être de l'enfant (article 16) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (articles 5 et 27) ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (articles 1 et 5) ; Convention interaméricaine pour la prévention, la punition et l'éradication de la violence à l'encontre des femmes (article 4), Convention européenne des droits de l'homme (article 3) et Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (IV). Voir également : Article 3 commun aux Conventions de Genève ; Convention de Genève III (articles 49, 52, 87(3), 89, 97) ; Convention de Genève IV (articles 40, 51, 95, 96, 100, 119) ; Protocole I aux Conventions de Genève (article 75) et Protocole II aux Conventions de Genève (article 4).

457. Déclaration du Comité contre la torture, adoptée le 22 novembre 2001, document. CAT/C/XXVII/Misc.7. Voir également, Comité contre la torture, *Observation générale n° 2, La mise en œuvre de l'article 2 par les Etats parties*, § 6.

458. Communication 275/2003, affaire *Article 19 c. Erythrée*, § 99. Traduction libre.

459. Comité contre la torture, *Observation générale n° 2*, § 1. Voir Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie : arrêt du 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundija*, n° IT-95-17/1-T, § 154 ; arrêt du 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, § 454 ; et arrêt du 22 février 2000, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T. Voir également, Cour interaméricaine des droits de l'homme (arrêt du 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, § 143 ; Arrêt du 8 juillet 2004, *Les frères Gomez Paquiyauri c. Pérou*, § 112 ; Arrêt du 27 novembre 2003, *Mariiza Urrutia c. Guatemala*, § 92 ; et Arrêt du 18 août 2000, *Cantoral Benavides c. Pérou*, §§ 102 et 103), Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture (E/CN.4/2006/6, §

droits de l'homme, « [l]'interdiction absolue de la torture, physique et mentale, fait désormais partie du jus cogens international ».⁴⁶⁰

2. Torture et mauvais traitement

2.1 Torture : champ de la définition et crimes d'ordre sexuel

En droit international, différentes définitions de la torture ont été proposées. En effet, la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,⁴⁶¹ la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,⁴⁶² le Statut de Rome de la Cour pénale internationale,⁴⁶³ et la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture⁴⁶⁴ proposent différentes définitions de la torture. Le droit international humanitaire interdit également la torture mais sans en donner de définition.

Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY), en définissant son champ de compétence a examiné la torture, comme un crime commis d'une manière systématique (crime contre l'humanité) et comme un crime commis en temps de guerre (crime de guerre), dans le cadre de la « définition de la torture en droit international coutumier ».⁴⁶⁵ En premier lieu, le TPIY a considéré que la définition prévue dans la Convention des Nations Unies contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants « traduit un consensus que la Chambre de 1^{ère} instance considère comme représentatif du droit international coutumier ».⁴⁶⁶ Ensuite, le TPIY a clarifié sa position selon laquelle, en droit coutumier, trois éléments caractérisent la torture : a) infliger par acte ou omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ; b) l'acte ou l'omission doit être délibérée ; c) l'acte doit servir un autre but, c'est-à-dire que la douleur doit être infligée afin d'atteindre un certain but.⁴⁶⁷ Le TPIY a de plus conclu que « [l]e droit

17) et Commission interaméricaine des droits de l'homme (*Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme*, op. cit., § 155).

460. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité-et-Tobago*, § 271. Traduction libre.

461. Article 1(1). Voir également le commentaire de l'article 5 du Code de conduite des Nations Unies pour les responsables de l'application des lois.

462. Article 1(1).

463. Article 7(2, e).

464. Article 2.

465. Chambre d'instance, arrêt du 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, affaire IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, § 468. Voir également des arrêts antérieurs : *Le procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, et *Le Procureur c. Delalic et autres*, 16 novembre 1998, n° IT-96-21-T.

466. Arrêt du 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, § 459. Voir également arrêt du 10 décembre 1998, *Le procureur c. Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 160-161.

467. Arrêt du 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, affaire IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 483 et Chambre d'appel, arrêt du 12 juin 2002, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-T, § 148.

international coutumier n'exige pas que la conduite soit exclusivement motivée par l'un des buts défendus [par la Convention des Nations Unies contre la torture]. (...) Il suffit que le but défendu ait constitué l'un des mobiles de l'acte et il n'est pas nécessaire qu'il ait été le seul but visé ou le principal ». ⁴⁶⁸

Dans ce contexte, le TPIY a jugé que « [l]es violences sexuelles causent nécessairement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales et justifient ainsi leur qualification d'actes de torture ». ⁴⁶⁹ Le TPIY a énoncé que « même si le mobile de l'auteur du crime est d'ordre purement sexuel, il ne s'ensuit pas qu'il n'avait pas l'intention de commettre un acte de torture ou que son comportement ne cause pas à la victime une douleur ou des souffrances aiguës, qu'elles soient physiques ou mentales puisque pareil douleur ou souffrance sont les conséquences probables et logiques de son comportement. Au vue de cette définition, il importe de déterminer si l'auteur de l'acte entendait agir d'une manière, qui, dans le cours normal des choses, causerait à ses victimes une douleur ou des souffrances aiguës qu'elles soient physiques ou mentales ». ⁴⁷⁰ En réponse à l'argument selon lequel le but du plaisir sexuel n'est pas compris dans la définition de la torture, le TPIY a conclu qu'« il n'est pas nécessaire que les actes aient été commis uniquement dans l'un des buts prohibés par le droit international. Si l'un des buts prohibés est atteint à travers le comportement en question, il importe peu que ce comportement visait également à atteindre un but non énuméré dans la définition (y compris un but d'ordre sexuel) ». ⁴⁷¹

La Cour européenne des droits de l'homme et la Commission des droits de l'homme ont également conclu que le viol pouvait être assimilé à de la torture. ⁴⁷² La Cour européenne a noté que « le viol commis sur un détenu par un agent de l'Etat doit être considéré comme une forme particulièrement grave de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur a pu abuser de la vulnérabilité de sa victime ou de sa fragilité ». ⁴⁷³

Ces considérations du TPIY, de la Cour européenne et de la Commission interaméricaine sont particulièrement pertinentes concernant les questions d'identité de genre et d'orientation sexuelle, puisqu'elles prennent en compte le fait que les personnes LGBT sont souvent victimes de viol et de violence sexuelle, en particulier lorsqu'elles

468. Arrêt du 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, affaire IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 486. Voir également, arrêt du 16 novembre 1998, affaire *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, § 470.

469. Chambre d'appel, arrêt du 12 juin 2002, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-T, § 150.

470. *Ibid.*.

471. *Idem*, § 155.

472. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, requête n° 57/1996/676/866 et Commission des droits de l'homme, rapport n° 5/96 du 1er mars 1996, affaire n° 10.970, *Raquel Martin de Mejia c. Pérou*.

473. *Aydin c. Turquie*, *op. cit.*, § 81.

sont privées de liberté, par les fonctionnaires de l'Etat ou d'autres personnes du fait de l'inaction de l'Etat.

La Convention des Nations Unies contre la torture décrit « la torture » [comme] tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës physiques ou mentales sont intentionnellement infligées (...) pour tout motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit (...) ». ⁴⁷⁴ Cet aspect de la définition est pertinent quant aux questions d'identité de genre et d'orientation sexuelle, et le Comité des Nations Unies contre la torture note cette possibilité concernant un projet de fondements de discrimination parmi lesquels figure l'orientation sexuelle. ⁴⁷⁵

2.2 Peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Bien qu'aucune définition absolue n'existe, le Code de conduite des Nations Unies pour les responsables de l'application des lois propose l'interprétation suivante : « [l]'expression « peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant » doit être interprétée de façon à assurer une protection aussi large que possible contre tous abus, qu'ils aient un caractère physique ou mental ». ⁴⁷⁶ En fait, les mauvais traitements semblent fondamentalement définis par la négation en relation avec la torture. Cela se manifeste par des actes qui ne tombent pas sous le coup de la définition de la torture énoncée par la Convention des Nations Unies contre la torture en raison de l'absence de l'élément intentionnel, ou qui ne sont pas exécutés dans le but spécifique indiqué. ⁴⁷⁷ Les actes, qui sont considérés comme des mauvais traitements par la jurisprudence internationale et/ou par les organes internationaux comprennent : la détention non reconnue prolongée ; ⁴⁷⁸ l'isolement répété ; le fait d'être soumis au froid ; le fait d'être constamment transféré dans une nouvelle cellule ; ⁴⁷⁹ les femmes pendues nues par des menottes ⁴⁸⁰ et certaines « techniques » d'interrogation. ⁴⁸¹

474. Article 1.1 de la *Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

475. Comité contre la torture, *Observation générale n° 2*, *op. cit.*, § 22.

476. Commentaire (§ c.) de l'article 5 du Code de conduite pour les responsables de l'application des lois.

477. Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, E/CN.4/2006/6, § 35. Dans le même sens, voir Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Clarendon Press, 2nd Edition, 1999, p. 98 et 123.

478. Voir notamment, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20*, *op. cit.*, § 6 ; *Observations finales : Etats-Unis d'Amérique*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 du 18 décembre 2006, § 12 ; constatations du 4 juillet 2006, *Ali Medjnoune c. Algérie*, communication n° 129/2004 ; constatations du 24 juillet 1994, *Mukong c. Cameroun*, communication n° 458/1991 ; constatations du 23 mars 1994, *El-Mgreisi c. Libye*, communication 440/1990. Voir également, ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies, résolutions n° 1997/38 (§ 10) et n° 2005/39 (§ 9) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez Rodríguez* (§ 156) et arrêt du 12 novembre 1997, affaire *Suarez Rosero* (§§ 90 et 91).

479. Comité des droits de l'homme, constatations du 17 juillet 1985, *Conteris c. Uruguay*, communication n° 37/1978.

480. Voir Comité des droits de l'homme, constatations du 27 mars 1981, *Isoriano de Bouton c. Uruguay* et constatations du 1er novembre 1985, *Arzuaga Gilbao c. Uruguay*, communication n° 147/1983.

481. Par exemple, voir : *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Etats-Unis d'Amérique*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 du 18 décembre 2006, § 13, et Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport sur*

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a considéré que l'exercice disproportionné des pouvoirs de police⁴⁸² et l'impuissance de la victime⁴⁸³ sont des éléments inhérents aux mauvais traitements.

L'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants a été utilisée pour limiter l'application de la peine de mort dans un certain nombre de circonstances. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'exposer un prisonnier au « couloir de la mort »⁴⁸⁴ constitue un traitement cruel, inhumain ou dégradant, interdisant de manière effective les extraditions lorsqu'une condamnation à la peine de mort est possible.⁴⁸⁵ Le Comité des droits de l'homme a jugé que les sursis de dernière minute répétés constituent un traitement cruel et inhumain.⁴⁸⁶

3. Obligations des Etats

En droit international, les Etats ont l'obligation de prévenir, d'enquêter et de punir la torture et les mauvais traitements. Ils ont trois obligations positives au regard de la torture et des mauvais traitements : a) ils doivent prendre des mesures telles que former leurs forces de l'ordre pour s'assurer que l'interdiction de la torture et des mauvais traitements est respectée ; b) ils doivent enquêter rapidement et de manière approfondie sur les allégations raisonnables de torture et de mauvais traitements qui ont lieu sur leur territoire, poursuivre les auteurs présumés, et, s'ils sont jugés coupables par un tribunal indépendant, impartial et compétent, les punir par des peines appropriées en prenant en compte la gravité de leurs actes ; et c) ils doivent fournir un recours effectif ainsi qu'une réparation aux victimes de tels actes.⁴⁸⁷ Le Comité contre la torture a considéré que l'obligation allait jusqu'à exiger « des mesures positives pour s'assurer que des personnes ou des entités privées n'infligent des tortures ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à d'autres personnes sous leur autorité ». ⁴⁸⁸ Alors que

le terrorisme et les droits de l'homme, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/11.116, Doc. 5 rev. 1 corr, §§ 211 et 213.

482. Document E/CN.4/2006/6, § 38.

483. *Idem*, § 39.

484. Au fond, la dégradation de la santé mentale qui résulte de la détention infinie prenant fin avec l'exécution attendue.

485. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88.

486. Constatations du 7 avril 1989, *Pratt et Morgan c. Jamaïque*, communications n° 210/1986 et 225/1987, § 13.7.

487. Voir notamment, Comité contre la torture, *Observation générale n° 2, La mise en œuvre de l'article 2 par les Etats parties*, §§ 24 et 7 ; Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au pacte*, § 16 ; et Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005), recommandé par la Commission des droits de l'homme, résolution 2005/81 du 21 avril. Pour de plus amples explications sur ces questions, voir : Commission internationale de juristes, *Le droit au recours et à la réparation pour les violations graves des droits de l'homme : guide à l'usage des praticiens*, Guide pratique n° 2, CIJ, Genève, 2006.

488. Comité contre la torture, *Observation générale n° 2, op. cit.*, § 11. Traduction libre.

toute forme de traitement interdit requiert des obligations positives de prévenir, de punir, et de mettre en place des recours, l'interdiction de la torture exige des Etats qu'ils remplissent deux obligations supplémentaires : une obligation *erga omnes* d'extrader ou de poursuivre les tortionnaires présumés et l'obligation de non-refoulement.

L'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements met à la charge de l'Etat l'obligation de ne pas utiliser des méthodes d'interrogation, des conditions de détention ou des peines, pouvant s'apparenter à ces actes interdits. Le châtiment corporel – tel que des coups sur le corps ou la mutilation, la flagellation, la correction, le fait de fouetter, l'amputation et le fait de brûler – imposé par l'ordre judiciaire ou en tant que sanction administrative est prohibé par les standards internationaux.⁴⁸⁹ Dans plusieurs pays, la loi punit les relations consenties entre personnes du même sexe et le comportement transsexuel par le châtiment corporel.

Concernant l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de mauvais traitements, le Comité contre la torture, « met en lumière que le fait d'engager des poursuites pour mauvais traitement seulement alors qu'il existe des éléments constitutifs de la torture serait une violation de la Convention ».⁴⁹⁰ Le Comité a réitéré que dans les affaires de mauvais traitements, les Etats ont l'obligation de mener une enquête pénale.⁴⁹¹ Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme a jugé que « les Etats parties doivent veiller à ce que les responsables soient traduits en justice. Comme dans le cas où l'Etat s'abstient de mener une enquête, le fait de ne pas traduire en justice les auteurs de telles violations pourrait donner en soi lieu à une violation distincte du Pacte ».⁴⁹²

Les Etats ne doivent pas exposer les individus au risque de torture ou de mauvais traitements s'ils retournent dans un autre pays du fait de leur extradition, expulsion ou refoulement. Le principe de non-refoulement, interdisant aux Etats de renvoyer, déporter, extradier, expulser, transférer, autrement dit d'envoyer quelqu'un vers un pays où il ou elle encourt un risque réel de violations graves des droits de l'homme, y compris la torture et les mauvais traitements, est un des principes les plus fondamentaux du droit international général. Il trouve son origine dans le droit des

489. Voir notamment, résolution n° 2001/62 du 25 avril 2001, § 5, de l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

490. Comité contre la torture, *Observation générale n° 2, La mise en œuvre de l'article 2 par les Etats parties.*, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, § 10.

491. Constatations du 14 mai 1998, *Encarnación Blanco Abad c. Espagne*, communication n° 59/1996 ; constatations du 21 novembre 2002, *Hajrizi Dezemajl et a. c. Yougoslavie*, communication n° 161/2000.

492. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au pacte*, § 18.

réfugiés⁴⁹³ et dans la réglementation internationale relative à l'extradition⁴⁹⁴ et fait désormais partie intégrante du droit international des droits de l'homme, applicable à tous les individus. Ce principe est clairement affirmé par plusieurs instruments universels et régionaux⁴⁹⁵ ainsi qu'en droit international coutumier, lequel s'impose à tous les Etats. Bien que le *PIDCP* ne contienne aucune disposition explicite sur le sujet, le Comité des droits de l'homme considère que le principe de non-refoulement est inhérent à l'article 7.⁴⁹⁶ Cela a été également confirmé par plusieurs organes universels et régionaux des droits de l'homme.⁴⁹⁷

Le Comité des droits de l'homme a rappelé aux Etats qu'« il ne peut être dérogé en aucune circonstance au caractère absolu de l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (...). Aucun individu sans exception, même quelqu'un soupçonné de représenter un danger pour la sécurité nationale et la sécurité d'autrui et même pendant un état d'urgence, ne peut être expulsé vers un pays où il risque d'être soumis à la torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant ». ⁴⁹⁸ Le principe de non-refoulement est une norme de *jus cogens* et il est en lui-même absolu et ne peut faire l'objet de dérogations ou de restrictions en aucune circonstance.⁴⁹⁹

-
493. Convention de 1951 sur le statut des réfugiés (article 33), Convention de l'Organisation des Etats Américains sur l'asile territorial (article IV) et Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (article II(3)).
494. Voir, parmi d'autres, la Convention internationale contre la prise d'otages (article 9), la Convention européenne sur l'extradition (article 3), la Convention européenne sur la suppression du terrorisme (article 5), la Convention interaméricaine sur l'extradition (article 5), Le modèle de traité des Nations Unies sur l'extradition (article 3).
495. Voir, parmi d'autres, Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 3.1), Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 16), Déclaration sur l'asile territorial (article 3.1), la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 8), les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires (principe 5), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 22.8), la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (article 13.4), la Charte arabe des droits de l'homme (article 28) et la Convention européenne des droits de l'homme (article 3).
496. Voir, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20, op. cit.*, § 9. Voir également, *inter alia*, les constatations du Comité des droits de l'homme dans les affaires : *Chitat Ng c. Canada*, communication n° 469/1991 ; *Mohammed Alzery c. Suède*, communication n° 1416/2005 ; *Cox c. Canada*, communication n° 539/1993 ; et *G.T. c. Australie*, communication n° 706/1996.
497. Comité contre la torture, constatations du 20 mai 2005, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède*, communication n° 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003, *Khan c. Canada*, communication n° 15/1994, A/50/44 à 46 (1994) ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêts dans les affaires *Soering c. Royaume-Uni*, *Cruz Varas et a. c. Suède*, *Vilvarajah et a. c. Royaume-Uni*, *Alan c. Suisse*, *Aemei c. Suisse*, *Mutombo c. Suisse*, *Tada c. Suède*, *Falakaflaki c. Suède*, *A c. Pays-Bas*, *Ayas c. Suède*, *Haydin c. Suède*, et *H.D. c. Suisse* ; et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 97/93, *Modisse c. Botswana*.
498. *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 15.
499. Voir, parmi d'autres, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture, Mr Theo Van Boven*, E/CN.4/2002/137 du 26 février 2002, § 14 et Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1984-1985*, document OEA Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1, 1er octobre 1985.

La différence entre les formes de traitements interdits (torture et traitement cruel, inhumain ou dégradant) n'est pas pertinente : étant donné que leur interdiction est absolue et non-dérogeable, le principe de non-refoulement s'y applique sans distinction.⁵⁰⁰ Le Comité contre la torture a également mis en lumière le risque selon lequel la torture peut provenir d'acteurs non-étatiques qui, *de facto*, exercent des fonctions relevant normalement des autorités.⁵⁰¹

Le principe de non-refoulement s'applique à chaque fois qu'il y a un risque de violations sérieuses des droits de l'homme. C'est ce risque qui doit attirer l'attention, et la nature du déplacement ou les activités de la personne concernée ne sont pas importantes. Ce principe couvre n'importe quel déplacement involontaire d'un individu d'un pays à un autre, quelle que soit la forme qu'il prend ou le nom qui lui est donné (déportation, expulsion, renvoi, extradition, transfert, etc) et indépendamment du fait de savoir si les procédés suivis sont légaux (i.e., *de facto* ou *de jure*). La traditionnelle distinction en droit international public entre l'extradition, l'expulsion, le renvoi, etc, est ici sans objet.⁵⁰² A la différence de la *Convention relative au statut des réfugiés*, tout test de proportionnalité qui affecterait l'application de ce principe pour des raisons telles que la sécurité nationale ne peut être utilisé.

4. Torture et mauvais traitements pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

4.1 Torture et mauvais traitements résultant des préjugés et de la discrimination

En tant que groupe minoritaire, les personnes LGBT sont placées dans une position de vulnérabilité dans la société, ce qui augmente leur prédisposition à la torture. Le Rapporteur spécial sur la torture a constaté que les attitudes et les croyances issues des mythes et des peurs associés au genre, à la sexualité et au VIH/SIDA, ont contribué à les stigmatiser et à les discriminer. Son rapport répertorie des manifestations de mauvais traitements résultant spécialement de l'hostilité dirigée contre une orientation sexuelle et une identité de genre particulières. Par exemple, « des transsexuelles avaient été intentionnellement frappées à la poitrine et au visage ce qui avait entraîné une rupture de leurs implants de silicone et la diffusion du contenu toxique de ces implants dans le corps. Des violences auraient également été commises contre des minorités sexuelles notamment pour forcer des prostitués

500. Voir, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20, op. cit.*, dans laquelle le Comité reconnaît explicitement l'application du principe en cas de « torture ou de peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant », § 9.

501. Décision du 14 mai 1999, *Sadiq Shek Elmec c. Australia*, communication n° 120/1998, CAT/C/22/D/120/1998, 25 mai 1999, § 6.5.

502. Voir, parmi d'autres, Comité contre la torture, constatations du 5 juin 2000, *Josu Arkauz Arana c. France*, communication n° 063/1997, et *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Royaume-Uni*, CAT/C/CR/33/3, 25 novembre 2004, § 5(e). Voir également *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/59/324, 1er septembre 2004, § 34.

à quitter certaines zones – dans le cadre de campagnes de « nettoyage social » ou pour empêcher ces minorités de se rencontrer dans certains lieux, comme discothèques et cafés ». ⁵⁰³

Le Rapporteur spécial sur la torture a conclu que la discrimination systématique contre les membres des minorités sexuelles accroît leur vulnérabilité face à la torture. Il a noté que « [a]u fil des ans, [il] s’est aperçu que dans un certain nombre de ces cas, les victimes de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants étaient des personnes appartenant à des minorités sexuelles. Il note que l’examen de la plupart des affaires de torture donne à penser que les personnes appartenant à des minorités sexuelles victimes de torture subissent le plus souvent des violences de nature sexuelle, comme le viol ou les agressions sexuelles, à titre de « punition » pour avoir osé transgresser les tabous sexuels ou remettre en question la différence entre les sexes tels que les envisage la société ». ⁵⁰⁴ Et il a ajouté que :

« il semble que les minorités sexuelles sont plus souvent victimes de tortures et d’autres formes de sévices, parce qu’elles n’entrent pas dans le schéma sexuel habituel de la société. En fait, la discrimination fondée sur la préférence ou l’identité sexuelle contribue souvent au processus de déshumanisation de la victime qui précède généralement les actes de torture et les sévices. (...) Les minorités sexuelles forment un groupe particulièrement vulnérable face à la torture pour des différentes raisons et leur différence peut encore jouer contre elles lorsqu’elles souhaitent porter plainte ou recevoir des soins dans les hôpitaux d’Etat, s’exposant alors à d’autres types de persécution, ou lorsque les sévices dont elles ont été victimes ne sont pas sanctionnés comme ils le devraient ». ⁵⁰⁵

Concernant la discrimination pour des motifs liés à l’orientation sexuelle ou à l’identité de genre, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a mis en lumière le fait que « les comportements discriminatoires à l’égard des minorités sexuelles font que parfois les forces de l’ordre les jugent moins crédibles ou indignes de la même protection que le reste de la population, notamment en cas de violences commises par des particuliers ». ⁵⁰⁶

503. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/56/156, 3 juillet 2001, § 18.

504. *Idem*, § 17, voir également *Rapport du Rapporteur spécial*, E/CN.4/2004/56, 23 décembre 2003.

505. *Idem*, § 19.

506. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, E/CN.4/2002/76, 27 décembre 2001, Annexe III, p. 11.

4.2 Torture et mauvais traitements résultant des « traitements » imposés aux minorités sexuelles

La médecine ou l'application de « traitements » a parfois été le fondement d'actes de torture ou de traitement dégradant des personnes LGBT. Le Professeur Ryan Goodman a décrit « le prétexte curatif » utilisé comme le précurseur du « nettoyage social » ou du mauvais traitement systématique des personnes LGBT. Le Professeur Goodman a cité l'intervention médicale « involontaire » contre les personnes LGBT telle que les chocs électriques, les formes de « conditionnement négatif » et l'utilisation de drogues psychotiques : « même si la pratique de l'orientation sexuelle n'était pas de l'expérimentation, l'utilisation par un Etat étranger de certaines technologies médicales constitue une expérimentation pour les tribunaux américains. La nature expérimentale de la procédure elle-même peut combler le fossé allégué entre les lois d'expérimentation spécifiques de Nuremberg et les « cures » liées à l'orientation sexuelle. De plus, les membres et les praticiens devraient considérer la technique spécifique plutôt que la seule tentative médicale d'altérer l'orientation sexuelle par la force. L'administration de drogues antipsychotiques, pour l'instant, peut classer la pratique comme une expérimentation, en raison de la nature « exploratrice » de l'utilisation de telles drogues pour la « thérapie » d'orientation sexuelle (...). Troisièmement, la distinction supposée entre le traitement et l'expérimentation ne tient pas au regard de la manipulation de l'orientation sexuelle ».⁵⁰⁷

Le contexte du développement de ce phénomène curatif a été mis en place par la pathologisation des expressions homosexuelles et des identités transsexuelles. Cette approche existe encore dans de nombreux pays et a été seulement récemment écartée comme pathologie des cercles médicaux.

Les systèmes internationaux et régionaux des droits de l'homme n'ont pas encore examiné de requête ou de communication individuelle concernant spécialement les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre en relation avec l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, et des dispositions interdisant la torture. Cependant, toutes les normes internationales et les standards issus de la jurisprudence internationale sur la torture et les mauvais traitements, rapportés dans la section précédente de ce chapitre, sont applicables à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Le Comité contre la torture a rappelé que « [l]e principe de non-discrimination est un principe général de base en matière de protection des droits de l'homme pour l'interprétation et l'application de la Convention. Il est inscrit dans la définition même de la torture énoncée au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention qui interdit expressément certains actes lorsque ceux-ci

507. Ryan Goodman, "The Incorporation of International Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims : cases of involuntary 'medical intervention'", dans *Yale Law Journal*, Vol. 105, octobre 1995, pp. 274-275. Traduction libre.

sont commis pour « *tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit ...* » ». ⁵⁰⁸ Il a souligné que :

« La protection de certaines personnes ou populations minoritaires ou marginalisées, particulièrement exposées au risque de torture fait partie de l'obligation qui incombe aux Etats de prévenir la torture et les mauvais traitements. Pour s'acquitter de leurs obligations en vertu de la Convention, les Etats parties doivent veiller à ce que leurs lois soient dans la pratique appliquées à tous sans distinction fondée sur (...) les préférences sexuelles [ou] l'identité transgenre (...). Les Etats parties devraient en conséquence garantir la protection des membres de groupes particulièrement exposés à la torture, en poursuivant et en punissant les auteurs de tous les actes de violence ou mauvais traitements à l'encontre de ces personnes et en veillant à la mise en œuvre d'autres mesures positives de prévention et de protection, y compris, mais s'en s'y limiter, celles énoncées plus haut ». ⁵⁰⁹

A plusieurs occasions le Comité contre la torture a montré sa préoccupation au sujet d'allégations de torture et de mauvais traitements de certains autres groupes vulnérables, y compris les minorités sexuelles. ⁵¹⁰ Concernant les personnes LGBT, le Comité a également exprimé son intérêt pour « le traitement discriminatoire de certains groupes au regard de l'accès déjà limité à des services essentiels, notamment sur le fondement de l'origine sociale ou l'orientation sexuelle ». ⁵¹¹ Le Comité a recommandé aux Etats « [d]e lever toute ambiguïté dans la loi qui pourrait être cause que des individus soient persécutés en raison de leur préférence sexuelle. Il conviendrait également d'adopter des mesures visant à prévenir tout traitement dégradant lors des fouilles ». ⁵¹² Le Comité a rappelé l'obligation des Etats de s'assurer que la brutalité et les mauvais traitements commis à l'encontre des membres des groupes vulnérables, y compris les personnes d'orientation sexuelle différente, fassent l'objet d'une enquête indépendante, rapide et approfondie de la part de ses forces de l'ordre et que les auteurs soient poursuivis, jugés et punis de façon appropriée. ⁵¹³ Le Comité a recommandé que les Etats créent et renforcent le système des

508. Comité contre la torture, *Observation générale n° 2, La mise en œuvre de l'article 2 par les Etats parties*, § 20.

509. *Idem*, § 21.

510. Voir notamment: *Observations finales du Comité contre la torture : Argentine*, CAT/C/CR/33/1, du 10 décembre 2004, § 6, *Observations finales du Comité contre la torture : Egypte*, CAT/C/CR/29/4, du 23 décembre 2002 ; *Observations finales du Comité contre la torture : Brésil*, A/56/44, du 16 mai 2001 ; *Observations finales du Comité contre la torture : Equateur*, CAT/C/ECU/CO/3, du 8 février 2006 ; *Observations finales du Comité contre la torture : Etats-Unis d'Amérique*, CAT/C/USA/CO/2, du 25 juillet 2006.

511. *Observations finales du Comité contre la torture : Brésil*, A/56/44, du 16 mai 2001, § 119. Traduction libre.

512. *Observations finales du Comité contre la torture : Egypte*, CAT/C/CR/29/4, du 23 décembre 2002, § 5.

513. *Observations finales du Comité contre la torture : Etats-Unis d'Amérique*, CAT/C/USA/CO/2, du 25 juillet 2006, § 37 ; *Observations finales du Comité contre la torture : Equateur*, CAT/C/ECU/CO/3, du 8 février 2006, § 17.

défenseurs publics pour protéger les groupes vulnérables, y compris les minorités sexuelles.⁵¹⁴

Finalement, concernant la question du non-refoulement, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a « appell[é] l'attention sur les éléments et les circonstances liées aux conditions propres à un pays et qui affectent aussi la vulnérabilité des personnes qu'il est envisagé d'expulser de ce pays. Il est fait référence ici à des personnes appartenant à un groupe ou une collectivité identifiable sur des motifs (...) d'ordre sexiste et qui à ce titre, risque d'être l'objet de persécutions ou de discriminations systématiques constituant une torture ou un autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants. Ces éléments de circonstances doivent également être pris en compte pour l'application du principe de *non refoulement* ». ⁵¹⁵

Resume

- Toute personne a droit, en dehors de toute discrimination liée à (...) son orientation sexuelle ou son identité de genre, à ne pas être soumis à la torture ni à des mauvais traitements ;
- Le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des mauvais traitements est universellement reconnu et protégé par le droit international des droits de l'homme, tant conventionnel que coutumier ;
- Le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des mauvais traitements est un droit absolu, auquel il ne peut être dérogé en aucun cas ou en aucune circonstance. L'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements est une norme de *ius cogens*. La torture et les mauvais traitements sont des crimes de droit international ;
- Les trois éléments caractérisant la torture sont : a) infliger par acte ou omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ; b) l'acte ou l'omission doit être délibérée ; c) l'acte doit servir un autre but, c'est-à-dire que la douleur doit être infligée afin d'atteindre un certain but ;
- Bien que le droit international ne propose pas de définition, les mauvais traitements devraient être interprétés de façon à étendre le plus possible la protection contre les abus, physiques ou mentaux. La jurisprudence internationale relative aux droits de l'homme prévoit une liste d'actes constituant des mauvais traitements ;

514. *Observations finales du Comité contre la torture : Equateur, CAT/C/ECU/CO/3*, du 8 février 2006, § 17.

515. *Rapport intérimaire du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, document A/59/324, 1er septembre 2004, § 39.

- Les Etats ont l'obligation de prévenir, d'enquêter et de punir la torture et les mauvais traitements, et de ne pas avoir recours à des méthodes d'interrogation, des conditions de détention ou des peines, qui peuvent s'apparenter à ces actes interdits ;
- Nul ne doit être expulsé, renvoyé, déporté, livré, extradé ou par ailleurs envoyé dans un Etat où il y a des raisons substantielles de croire qu'il ou elle risquerait de subir des violations graves des droits de l'homme, y compris la torture et les mauvais traitements, en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre.

« [L]e pluralisme (...) repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale ».

—Cour européenne des droits de l'homme⁵¹⁶

VII. Le droit à la liberté d'expression, de réunion et d'association

1. Champ d'application et nature de ces droits

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP), comme la majorité des traités relatifs aux droits de l'homme, garantissent le droit de réunion, la liberté d'association et la liberté d'expression, qui incluent à la fois le fait de recevoir et d'exprimer des informations et des idées.⁵¹⁷ D'autres traités relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments internationaux, aux niveaux universel et régional, garantissent et protègent également ces droits et libertés.⁵¹⁸

516. Arrêt du 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, requête n° 44158/98, § 92.

517. Déclaration universelle des droits de l'homme, articles 19 et 20 ; PIDCP articles 19, 21, 22 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, articles 9, 10, 11 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, articles 3, 15, 16 ; Convention européenne des droits de l'homme, articles 10, 11 et Charte arabe des droits de l'homme, articles 24, 32.

518. Voir notamment, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 8), Convention relative aux droits de l'enfant (articles 13 et 15) ; Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (articles 13 et 24) ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 24,7) ; Convention relative au statut des réfugiés (Article 15) ; Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (articles 5(2) et 8 (1.b)) ; Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus (articles 1, 5, 6, 7, 9 et 12) ; Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieux et linguistiques (article 2) ; Principes de base relatifs au rôle du barreau (principe 23) ; Principes de base relatifs à l'indépendance de la magistrature (Principes 8 et 9) ; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (principes 8 et 9) ; Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, Charte africaine sur les droits et l'intérêt de l'enfant (articles 7 et 8), Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme (articles IV, XXI et XXII), Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, Protocole de San Salvador (article 8), Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'éradication de la violence à l'encontre des femmes (article 4), Déclaration de principes sur la liberté d'expression de l'OEA, Convention européenne des droits de l'homme (articles 9, 10 et 11), Charte sociale européenne (partie 1, § 5, article 5 et 6), Convention sur la liberté d'association et la protection du droit d'organiser une convention, 1948 (OIT), Convention sur les peuples indigènes et tribaux, 1989 (n° 169) (article 20,2). Voir également les Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale,

1.1 Liberté d'expression

La liberté d'expression est une pierre angulaire de la société démocratique. La liberté d'expression est indispensable au développement de l'opinion publique. C'est également une condition *sine qua non* pour le développement des partis politiques, des syndicats, des sociétés scientifiques et culturelles et, en général, pour ceux qui veulent communiquer en masse avec le public. En bref, cela représente le moyen qui permet à la communauté, lorsqu'elle exerce ses choix, d'être suffisamment informée. Par conséquent, il est possible de dire qu'une société qui n'est pas bien informée n'est pas une société complètement libre.⁵¹⁹ La Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné que le droit à la liberté d'expression a également une dimension sociale et implique un droit collectif de recevoir toute information quelle qu'elle soit et d'avoir accès aux pensées exprimées par les autres.⁵²⁰

La protection de la liberté d'expression doit recouvrir non seulement le flux « d'information » ou « d'idées » qui sont reçues favorablement ou sans offense, mais aussi les expressions qui « offensent, choquent ou perturbent » ; telles sont les exigences de pluralisme, de tolérance et d'ouverture d'esprit sans lesquelles il n'y a pas de « société démocratique ». ⁵²¹ La dissémination d'idées politiques qui ne sont pas conformes aux vues d'une élite dirigeante et qui ne sont pas compatibles elles-mêmes avec les principes de démocratie ne peuvent pas être considérées comme mettant en péril l'intégrité ou la sécurité nationale d'un pays. L'Etat est le garant ultime du principe de pluralisme.⁵²²

la liberté d'expression et l'accès à l'information, qui ont été approuvés par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à la liberté d'opinion et d'expression (document E/CN.4/1996/39, appendice) et l'ancienne Commission des droits de l'homme s'est référée à ces principes dans plusieurs résolutions (voir Résolution 2000/38 du 20 avril 2000) tout comme la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

519. Voir notamment Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 2 juillet 2004, *Herrera-Ulloa c. Costa Rica* ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 242/2001, affaire *Interights, Institute for Human Rights and Development in Africa et Association Mauritanienne des droits de l'homme c. République islamique de Mauritanie*, communication n° 212/98, affaire *Amnesty c. Zambie*.
520. Arrêt du 2 juillet 2004, *Herrera-Ulloa c. Costa Rica*, § 108, arrêt du 6 février 2001, *Ivcher-Bronstein c. Pérou*, § 146 ; arrêt du 5 février 2001, affaire de « *La dernière tentation du Christ* » (*Olmedo Bustos et a. c. Chili*), § 64 ; et Avis consultatif OC-5/85 du 13 novembre 1985, *op. cit.*, § 30.
521. Cour européenne des droits de l'homme : arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* ; arrêt du 8 juillet 1999, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, requête n° 23927/94 et 24277/94 ; arrêt du 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne* ; arrêt du 30 janvier 1998, requête n° 133/1996/752/951, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* ; arrêt du 12 juillet 2005, *Güneri et autres c. Turquie*, requête n° 42853/98, 43609/98 et 44291/98 ; arrêt du 21 juin 2007, *Zhechev c. Bulgarie*, requête n° 57045/00 ; arrêt du 3 mai 2007, *Backowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06 ; arrêt du 3 mai 2007, *Demokratik Kitle Partisi y Elçi c. Turquie*, requête n° 51290/99 ; arrêt du 12 décembre 2006, *Linkov c. République tchèque*, requête n° 10504/03 ; arrêt du 2 octobre 2001, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgarie*, requêtes n° 29221/95 et 29225/95 ; et arrêt du 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, requête n° 57/1997/841/1047. Voir également Cour interaméricaine, arrêt du 5 février 2001, affaire de « *La dernière tentation du Christ* » (*Olmedo Bustos et a. c. Chili*), et arrêt du 2 juillet 2004, *Herrera-Ulloa c. Costa Rica* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport annuel sur les droits de l'homme 1994, « *Rapport sur la compatibilité des lois sur les outrages à fonctionnaires avec la Convention américaine des droits de l'homme* », OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev (1995).
522. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 novembre 1993, *Informationsverein et autres c. Autriche*, requêtes n° 13914/88 ; 15041/89 ; 15779/89 ; 17207/90, § 38.

1.2 Les droits de réunion pacifique et d'association

Les droits de réunion pacifique et d'association sont étroitement liés au droit à la liberté d'expression. Le droit de réunion s'attache au procédé de formation, d'expression et de mise en œuvre des opinions politiques dans une société démocratique, tandis que la liberté d'association met en œuvre le droit de choisir, d'appartenir et de former des associations, lesquelles expriment souvent des pensées et des opinions. Cette corrélation a été affirmée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples puisqu'elle a considéré que le droit de s'associer ne pouvait pas être séparé du droit de se réunir librement et paisiblement.⁵²³

Comme la liberté d'expression, les droits à la réunion pacifique et à l'association sont les composantes clé d'une société démocratique. Le Comité des droits de l'homme a affirmé que « l'existence et le fonctionnement d'associations, y compris celles qui défendent pacifiquement des idées qui ne sont pas nécessairement accueillies favorablement par le gouvernement ou la majorité de la population, fait partie des fondements d'une société démocratique ». ⁵²⁴ La Cour européenne des droits de l'homme a ajouté que « le droit à la liberté de réunion est un droit fondamental, il ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive ». ⁵²⁵ Le Comité des droits de l'homme a indiqué que les Etats ne doivent pas seulement sauvegarder les droits à la liberté de réunion et d'association mais aussi éviter d'appliquer des restrictions indirectes déraisonnables à ce droit. ⁵²⁶

2. Dérogations, limitations et restrictions

Les libertés d'expression, de réunion et d'association ne sont pas des droits absolus en droit international des droits de l'homme et des restrictions peuvent leur être apportées en période normale comme en période d'urgence. ⁵²⁷

Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme protégeant libertés d'expression, de réunion et d'association encadrent les restrictions apportées à ces droits, notamment quant aux activités qui préconisent la guerre ou qui incitent à la haine, ⁵²⁸ ou qui menacent la sécurité nationale ou la sécurité, la santé, l'ordre ou la

523. Communication n° 251/2002, *Lawyers for Human Rights c. Swaziland*.

524. Constatations du 31 octobre 2006, *Viktor Korneenko et autres c. Biélorussie*, communication n° 1274/2004, § 7.3. Voir également constatations du 20 juillet 2005, *Jeong-Eun Lee c. République de Corée*, communication n° 1119/2002, § 7.2 et constatations du 17 octobre 2006, *Boris Zvozkov et autres c. Biélorussie*, communication n° 1039/2001, § 7.2.

525. Arrêt du 20 février 2003, *Djavit An c. Turquie*, requête n° 20652/92, § 56.

526. *Ibid.*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 avril 1991, *Ezelin c. France* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme*, *op. cit.*, § 359.

527. PIDCP (article 4), Convention européenne des droits de l'homme (article 15), Charte arabe des droits de l'homme (article 4), et Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 27).

528. PIDCP (article 20) et Convention américaine des droits de l'homme (article 13.5).

moralité publique,⁵²⁹ ou qui enfreignent les droits d'autrui.⁵³⁰ Les circonstances dans lesquelles un Etat peut limiter l'exercice de n'importe quel droit garanti sont prévues dans une clause générale autorisant de telles restrictions ou dans des dispositions spécifiques relatives à chaque droit ou liberté.

Le droit international des droits de l'homme précise les conditions strictes dans lesquelles de telles restrictions sont possibles.⁵³¹ Il reconnaît que toute restriction ou limitation doit être : établie par la loi ; nécessaire dans une société démocratique pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique, la moralité, ou les droits et les libertés d'autrui ; proportionnelle à l'intérêt protégé et ne pas affecter l'essence du droit en question, et être conforme à d'autres obligations internationales et au droit à un recours effectif. Lorsqu'un Etat impose certaines restrictions à l'exercice de ces libertés ou droits, elles ne doivent pas mettre en péril la liberté ou le droit lui-même.⁵³²

Enfin, pour être légitime, toute limitation ou restriction doit se conformer aux exigences matérielles et procédurales du droit international.

2.1 Limitations et restrictions à la liberté d'expression

Au regard des limitations et restrictions à la liberté d'expression, le Comité des droits de l'homme a considéré que l'exercice de ce droit « comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales, et c'est pour cette raison que certaines restrictions à ce droit sont permises, eu égard aux intérêts d'autrui ou de la communauté dans son ensemble. Cependant, lorsqu'un Etat partie impose certaines restrictions à l'exercice de la liberté d'expression, celles-ci ne peuvent en aucun cas porter atteinte au droit lui-même ».⁵³³ Les restrictions doivent respecter les conditions cumulatives suivantes : elles doivent être « prévues par la loi » ; elles ne doivent être ordonnées que si elles sont nécessaires au respect des droits ou de la réputation d'autrui, aux intérêts de la communauté ou à la protection de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique ; l'Etat partie doit justifier qu'elles

529. PIDCP, article 19.3(b) et 21 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 11 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, articles 13.2(b), 13.3, 15 ; Convention européenne des droits de l'homme, articles 10.2, 11.2 ; Charte arabe des droits de l'homme, articles 24, 32.

530. PIDCP, article 19.3(a) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, articles 13.2(a) et 15 ; Convention européenne des droits de l'homme, articles 10.2, 11.2 ; Charte arabe des droits de l'homme, articles 24 et 32.

531. Voir parmi d'autres, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 10, Liberté d'expression (Article 19)*, § 4 et *Observation générale n° 31, Nature des obligations juridiques générales imposées aux Etats parties au Pacte*, § 6.

532. Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 10, Liberté d'expression (Article 19)*, §. 4 et *Observation générale n° 27, Liberté de mouvement (Article 12)*, § 13.

533. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 10, Liberté d'expression (Article 19)*, § 4.

sont nécessaires à la réalisation d'un de ces objectifs.⁵³⁴ En outre, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression doit être limitée pour « empêcher la divulgation d'informations confidentielles » ou « pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». ⁵³⁵ Le Comité des droits de l'homme a considéré également que « l'objectif légitime de sauvegarder et de renforcer l'unité nationale dans des circonstances politiques difficiles ne peut pas être atteint en tentant de museler le plaidoyer en faveur des démocraties multipartites, des principes démocratiques et des droits de l'homme ». ⁵³⁶ Dans tous les cas, il est important de souligner que « le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions », selon le Comité des droits de l'homme, « est un droit pour lequel le Pacte n'autorise ni exception, ni restriction ». ⁵³⁷

2.2 Limitations et restrictions à la liberté de réunion et d'association

Au regard du *PIDCP*, les limitations et les restrictions à la liberté de réunion pacifique et d'association doivent remplir les conditions suivantes : a) elles doivent être prévues par la loi ; b) elles ne peuvent viser que l'un des buts énoncés au paragraphe 2 ; et c) elles doivent être « nécessaires dans une société démocratique » pour la réalisation de l'un de ces buts. ⁵³⁸

Le *PIDCP* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* interdisent la propagande en faveur de la guerre ou de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constituent une incitation à la discrimination, l'hostilité ou la violence. ⁵³⁹ La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé que l'incitation flagrante à la violence, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens est un critère fondamental pour distinguer la liberté d'expression de la propagande interdite ⁵⁴⁰. Dans ce contexte, les restrictions à cette liberté peuvent être permises pour des expressions qui sont de nature à inciter ou à renforcer l'antisémitisme, la xénophobie et des sentiments similaires ⁵⁴¹.

534. *Ibid.* Voir également les constatations du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*, communication n° 550/1993, §§ 9(4) et (6) et constatations du 21 juillet 1994, *Albert Womah Mukong c. Cameroun*, communication n° 458/1991, § 9.7.

535. Article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

536. Constatations du 21 juillet 1994, *Albert Womah Mukong c. Cameroun*, communication n° 458/1991, § 9.7.

537. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 10, op. cit.*, § 1.

538. Constatations du 31 octobre 2006, communication n° 1274/2004, *Viktor Korneenko et autres c. Biélorussie*, § 7.2 (CCPR/C/88/D/1274/2004). Dans le même sens, voir également : articles 26 (2) et 40 (2) de la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; article 16 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 8 (1,b) de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent.

539. Article 20 du *PIDCP* et article 13 (5) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

540. Arrêt du 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, et arrêt du 8 juin 1998, *Incal c. Turquie*.

541. Constatations du 18 octobre 2000, *Malcolm Ross c. Canada*, communication n° 736/1997 et constatations du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*, communication n° 550/1993.

Les Etats ont l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger les manifestations d'une opinion politique qui sont si impopulaires qu'elles provoquent de façon prévisible un désordre public⁵⁴². En sus de prévenir la violence et les conflits, des restrictions raisonnables quant à la liberté de réunion et d'expression sont également légitimes lorsque leur but est de protéger l'ordre et la sécurité publics. Dès lors, une réglementation des réunions permettant aux autorités de contrôler les rassemblements et la circulation est autorisé tant qu'il ne fait aucune distinction fondée sur le message politique de la réunion en question⁵⁴³. Des restrictions aux réunions pour des raisons urgentes sont également légitimes⁵⁴⁴. Ainsi, la décision d'un gouvernement d'avoir recours à la force pour évacuer des grévistes de la faim d'une église qu'ils avaient occupée n'était pas illégitime parce que « l'état de santé des grévistes de la faim s'était détériorée et les circonstances sanitaires [étaient] devenues gravement insuffisantes »⁵⁴⁵.

La Cour européenne a jugé que les Etats ont « une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ces droits et qui dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »⁵⁴⁶. La liberté de religion n'est pas le seul droit qui peut être protégé en limitant les droits à l'expression et à la réunion. Le Comité des droits de l'homme confirma la décision d'une école canadienne de renvoyer un professeur de son poste d'enseignant après qu'il ait été rendu célèbre pour avoir publié des ouvrages critiquant les juifs, dès lors que « les restrictions apportées à ce dernier avaient pour but de protéger « les droits ou la réputation d'autrui » des personnes de religion juive, y compris leur droit à l'éducation dans un système public d'enseignement »⁵⁴⁷.

La réglementation des libertés d'expression, d'association ou de réunion qui ne poursuit aucun but spécifique n'est pas une restriction légitime à ces droits. L'Etat doit démontrer qu'une restriction à ces libertés est nécessaire et poursuit un but légitime compatible avec les articles 19, 21 et 22 du *PIDCP*⁵⁴⁸. Le Comité des droits de l'homme a constaté la violation des droits d'expression et de réunion d'un activiste lorsque le gouvernement biélorusse lui a interdit de distribuer des copies de

542. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 20 octobre 2005, *Toxo c. Grèce*, requête n° 74989/01, § 43.

543. Voir par exemple, Comité des droits de l'homme, constatations du 31 mars 1994, *Kivenmaa c. Finlande*, communication n° 412/1990, § 9.2.

544. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 9 avril 2002, *Cisse c. France*, requête n° 51346/99, § 52.

545. *Idem*, § 51.

546. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, requête n° 13470/87, § 49.

547. Comité des droits de l'homme, constatations du 18 octobre 2000, *Ross c. Canada*, communication n° 736/1997, § 11.5.

548. Voir notamment Comité des droits de l'homme : constatations du 10 août 2006, *Patrick Coleman c. Australie*, communication n° 1157/2003, § 7.3 ; constatations du 20 juillet 2005, *Jeong-Eun Lee c. République de Corée*, communication n° 1119/2002, § 7.2 ; constatations du 24 juillet 2007, *Aleksander Belyatsky et a. c. Biélorussie*, communication n° 1296/2004, § 7.3.

la Déclaration des droits de l'homme sur la voie publique et qu'il ne pouvait « [invoquer] aucun motif précis pour prouver que les restrictions imposées aux activités de l'auteur (...) dont il n'est pas contesté qu'elles ne mettaient nullement en danger l'ordre public »⁵⁴⁹.

La portée des restrictions à la liberté d'expression, de réunion et d'association est très étroite concernant les affaires politiques. Les restrictions aux associations politiques qui ne prônent pas la violence ou le changement non démocratique sont des restrictions qui sont traditionnellement réputées comme illégales, indépendamment de l'impopularité des idées de ces associations⁵⁵⁰. La restriction imposée à l'exercice de ces droits à cet égard « doit être justifiée au regard de critères très stricts »⁵⁵¹.

La portée des restrictions à la liberté d'expression, de réunion et d'association pour des affaires privées telles que la morale, la religion et la réputation paraît plus étendue. Selon la Cour européenne, « [a]lors que l'article 10 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général, (...) une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants (...) sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes »⁵⁵². Cela est dû à la fois au fait que de telles restrictions peuvent servir à protéger « les droits d'autrui » et parce que la grande diversité de telles convictions dans tous les pays rend plus difficile pour les organes de protection des droits de l'homme, de déterminer si de telles restrictions sont appropriées ou excessives⁵⁵³. Dans tous les cas, en prenant en considération « les droits d'autrui » dans les limitations aux libertés de réunion, d'expression ou d'association, « le principe d'indivisibilité des droits de l'homme » requiert que les Etats mettent en balance les droits de façon égale et ne doivent pas systématiquement favoriser l'un par rapport à l'autre⁵⁵⁴. Le principe de proportionnalité, ainsi que la pratique évoluant dans d'autres pays, sont souvent persuasifs à cet égard.

Les limitations à la liberté d'expression, d'association et de réunion sont plus larges eu égard à la protection des intérêts et au bien-être des enfants. La Cour européenne a reconnu une marge d'appréciation étendue concernant les mesures restreignant la liberté d'expression pour prévenir « les répercussions néfastes sur la moralité

549. Comité des droits de l'homme, constatations du 20 octobre 2005, *Velichkin c. Biélorussie*, communication n° 1022/2001, § 7.3.

550. Cour européenne des droits de l'homme : arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié et autres c. Turquie*, requête n° 133/1996/752/951, §§ 40-45 ; arrêt du 2 octobre 2001, *Stankov et le Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgarie*, requêtes n° 29221/95 et 29225/95, §§ 88-107.

551. Comité des droits de l'homme, *Velichkin c. Biélorussie*, *op. cit.*, § 7.3.

552. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 octobre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, requête n° 17419/90, § 58.

553. *Ibid.* Voir également Comité des droits de l'homme, constatations du 2 avril 1982, *Hertzberg c. Finlande*, communication n° 61/1979.

554. Cour interaméricaine des droits de l'homme, *La dernière tentation du Christ*, *op. cit.*, § 63k.

(...) des enfants et des adolescents »⁵⁵⁵. Dès lors, la décision par le gouvernement britannique de détruire tous les exemplaires d'un livre de référence pour enfants dont les vues peu orthodoxes sur la sexualité auraient « une tendance à « dépraver et corrompre » » un bon nombre d'enfants qui l'auraient lu, n'a pas excédé sa marge d'appréciation⁵⁵⁶.

3. Liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association appliquées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Le droit à la liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association est crucial pour les activistes LGBT et ceux qui oeuvrent pour la cause des malades du VIH/SIDA. La société civile est considérée comme fonctionnant sainement lorsqu'elle permet la participation de tous les citoyens au processus démocratique. Cela peut être réalisé par le biais de réunions pacifiques ou par l'appartenance à des associations dans lesquelles ils peuvent s'intégrer aux autres et poursuivre des objectifs collectifs communs. Dans l'affaire *Baczowski et autres c. Pologne*, la Cour européenne des droits de l'homme a décrit le champ du droit à la participation démocratique par les réunions et l'association dans les termes suivants :

« [u]n exercice réel et effectif de la liberté d'association et de réunion ne se limite pas à un simple devoir de non-ingérence de sa part ; une telle conception négative ne cadrerait pas avec le but de l'article 11 ni avec celui de la Convention en général. Il peut ainsi exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif de cette liberté (...). Ces obligations revêtent une importance toute particulière pour les personnes dont les opinions sont impopulaires ou qui appartiennent à des minorités, du fait qu'elles sont plus exposées aux brimades »⁵⁵⁷.

Dans l'affaire *Baczowski et autres c. Pologne*, les autorités avaient interdit une marche planifiée et six réunions dont le but était de promouvoir la tolérance et de protester contre la discrimination à l'encontre des personnes LGBT. La décision de première instance a été infirmée en appel et critiquée au motif qu'elle n'était pas suffisamment motivée et qu'elle violait les lois applicables. Cependant, la décision d'appel avait été rendue après les dates prévues pour la marche. La manifestation a eu lieu aux dates prévues. En maintenant la manifestation, les requérants ont pris un risque compte tenu de l'interdiction officielle alors en vigueur.

La Cour européenne observa que le refus de donner l'autorisation aurait pu avoir pour effet de décourager les requérants et les autres participants aux réunions. Cela aurait pu également décourager d'autres personnes d'y participer en raison

555. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 décembre 1996, affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, requête n° 5493/72, § 52.

556. *Idem*, § 57.

557. Arrêt du 3 mai 2007, *Baczowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, § 64.

du fait qu'ils n'avaient pas d'autorisation et donc qu'aucune protection officielle contre l'hostilité possible des manifestants ne serait assurée par les autorités. De plus, la Cour était d'avis qu'au moment où les manifestations ont eu lieu, les refus d'autorisation de celles-ci ont fait grief aux requérants. Les recours juridiques qui leur étaient offerts n'auraient pas amélioré leur situation puisque les décisions ont été rendues en appel après la date à laquelle les réunions se sont tenues. Il y a donc eu une ingérence dans les droits des requérants garantis par l'article 11 de la Convention européenne, et l'ingérence dans le droit des requérants à la liberté de réunion pacifique n'était pas prévue par la loi.

La Cour décida que l'examen de l'affaire ne pouvait pas être fait abstraction des fortes opinions personnelles exprimées publiquement par le Maire sur des questions concernant directement les décisions liées à l'exercice de la liberté de réunion. Elle observa que les décisions concernées ont été données par les autorités municipales agissant pour le compte du Maire, après qu'il ait fait connaître au public ses opinions quant à la liberté de réunion et la « propagande en faveur de l'homosexualité ». Partant, une violation de l'interdiction de la discrimination de l'article 14 combiné avec l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme* a été retenue.

Un élément important de la liberté d'expression est la liberté d'expression liée au genre, spécialement à travers l'habillement, le comportement et le maniérisme. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a constaté des arrestations arbitraires fondées sur l'expression liée au genre :

« les représentants d'organisations de minorités sexuelles et de travestis (...) lui ont rapporté des affaires de violations des droits de l'homme en raison de leur orientation sexuelle. Le Rapporteur spécial était interpellé par le nombre de [violations des droits de l'homme sur le fondement de l'orientation sexuelle. Il] a été informé que la législation provinciale autorise la police à imposer la détention ou des sanctions pour des infractions qui ne constituent pas des crimes. Il a également été informé que dans plusieurs provinces, il existe un « Code de contraventions » qui punit ceux « qui sont habillés comme une personne du sexe opposé » d'une détention de 15 jours »⁵⁵⁸.

Les violations du droit à la liberté d'expression se manifestent parfois par des menaces de violence. Le Représentant spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme a constaté que les droits des homosexuels et des lesbiennes en Jamaïque, spécialement ceux appartenant à un groupe de droits de l'homme appelé *Jamaica Forum for Lesbian, All-Sexual and Gays* étaient susceptibles de faire l'objet de tentatives de supprimer leur liberté de parole par les autorités publiques et de

558. *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression : Mission en Argentine*, E/CN.4/2002/75/Add.1, 17 janvier 2002, §§ 123-124. Traduction libre.

violentes attaques de la part d'individus homophobes. Le contenu de la lettre de l'officier chargé des relations publiques de la fédération de police, dans le cadre d'une étude de Human Rights Watch sur le VIH/SIDA et sur la façon dont l'homophobie alimente la situation en donne un exemple :

« l'officier chargé des relations publiques de la fédération de police « condamn[e] le rôle de ces soi-disant groupes de droits de l'homme qui répandent des mensonges en calomniant et en diffamant délibérément les forces de police ». Il en appelle au Ministre de la justice pour examiner ces allégations et condamner ces accusations séditeuses quand c'est nécessaire que ce soit des accusations étrangères ou locales ». En énonçant que « le Gouvernement et la police ne peuvent être tenus pour responsables des (...) réponses culturelles de la population à l'égard des gays », la lettre apparaît également comme approuvant la violence à l'égard des homosexuels et des lesbiennes. Cette impression est insuffisamment dissipée par l'assurance qu'« en tant qu'officiers chargés de l'application des lois, nous faisons de notre mieux pour servir, rassurer et protéger »»⁵⁵⁹.

Les obligations des Etats incluent l'éducation et le fait de donner des informations valables, spécialement pour ce qui concerne les questions liées au sexe et à la santé. Mentionnant la question du SIDA en Colombie, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a observé :

« En accord avec la nature et l'esprit de son mandat, le Rapporteur spécial considère que tous les citoyens, indépendamment de leur orientation sexuelle notamment, ont le droit de s'exprimer, et de chercher, de recevoir et de communiquer des informations. Le Rapporteur spécial considère que les gouvernements ont l'obligation de fournir aux citoyens des informations sérieuses sur les questions de santé en général, et gardant à l'esprit l'extrême gravité de l'épidémie, sur le SIDA en particulier. (...) Le droit à la liberté d'opinion et d'expression des individus et des groupes homosexuels est entravé par l'opposition qu'ils rencontrent dans les médias où les questions sexuelles concernant notamment l'homosexualité, sont traitées d'une manière prude et traditionnelle et ne sont jamais diffusées en première partie de soirée »»⁵⁶⁰.

L'accès à l'information est lié au droit à la santé. Cette interaction est constatée par le Rapporteur spécial comme suit :

« S'agissant de l'accès à l'information aux fins de l'éducation et de la prévention en matière de VIH/sida, le Rapporteur spécial tient tout d'abord

559. Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, E/CN.4/2005/101/Add.1, 16 mars 2005, §§ 240 et 242. Traduction libre.

560. Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression : Mission en Colombie, E/CN.4/2005/64/Add.3, 26 novembre, §§ 75 et 76. Traduction libre.

à souligner que le niveau de protection des droits de l'homme dans un pays influe directement sur la propagation de l'épidémie et que la réalisation des droits de l'homme, en particulier pour des groupes précis comme les femmes, les jeunes, les prostituées des deux sexes, les hommes qui ont des relations homosexuelles, les migrants, les réfugiés, les utilisateurs de drogue par voie intraveineuse et autres groupes à risque, est essentielle pour les rendre moins vulnérables au VIH/sida ».⁵⁶¹

Dans l'affaire *Hertzberg et a. c. Finlande*, les diffuseurs de la chaîne nationale finlandaise se plaignaient de ce que le directeur de la chaîne avait censuré leurs programmes sur les homosexuels au motif que le Code pénal finlandais pénalise « le fait d'encourager un comportement indécent entre des personnes du même sexe ». Le Comité des droits de l'homme jugea que :

« Il doit être noté que la moralité publique diffère largement. Il n'y a pas de standard commun universellement applicable. Par conséquent, à cet égard, une certaine marge de discrétion doit être accordée au responsable national des autorités. (...) Le Comité considère qu'il ne peut pas contester la décision du responsable des organes du Finnish Broadcasting Corporation relative au fait que la radio et la TV ne sont pas les forums appropriés pour discuter des questions relatives à l'homosexualité, d'autant plus que le programme pourrait être jugé comme encourageant un comportement homosexuel. Selon l'article 19 (3), l'exercice des droits garantis à l'article 19 (2) comporte des devoirs et des responsabilités spéciaux pour ces organes »⁵⁶².

Dans une opinion individuelle jointe aux constatations du Comité, un membre confirma cet état de fait de la façon suivante :

« [b]ien que je sois d'accord avec la conclusion du Comité, j'aimerais clarifier certains points. Cette conclusion ne préjuge ni du droit à être différent et de vivre en conséquence, protégé par l'article 17 du Pacte, ni du droit à la liberté générale d'expression, protégé par l'article 19. Selon les articles 19 (2) et 19 (3), toute personne a le droit de faire part d'informations et d'idées – positives ou négatives – concernant l'homosexualité et de discuter librement de n'importe quel problème y étant relatif, par le biais de n'importe quel média de son choix et de sa propre responsabilité »⁵⁶³.

Dans la mesure où l'affaire *Hertzberg* a été jugée en 1979, il est peu probable que la décision aurait été rendue aujourd'hui, en présence de faits similaires. Le droit à

561. *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, E/CN.4/2003/67, 30 décembre 2002, § 74.

562. Comité des droits de l'homme, constatations du 2 avril 1982, *Hertzberg et a. c. Finlande*, communication n° 61/1979, §§ 10.3 et 10.4.

563. *Idem*, opinion individuelle jointe de Mr. Torkel Opsahl. Traduction libre. Mr. Rajsoomer Lallah et Mr. Walter Surma Tarnopolsky se sont ralliés à l'opinion individuelle.

l'information en relation avec la sexualité et ses implications pour la santé ont été reconnus par plusieurs organes des droits de l'homme des Nations Unies. Ce raisonnement sans équivoque remettrait en question la tendance à limiter un programme éducatif portant sur l'homosexualité pour des raisons de « santé et de moralité publiques ». Cette idée a été rejetée dans l'affaire *Nicholas Toonen c. Australie*⁵⁶⁴. Le fait que la notion de liberté d'expression et des opinions des minorités inclue également celles qui choquent ou perturbent la majorité l'a rendue plus forte et elle est désormais considérée comme une caractéristique d'une société démocratique et pluraliste.

Dans l'affaire *Baczowski et autres c. Pologne*, la Cour européenne a pris note des déclarations du maire de Varsovie selon lesquelles une « gay pride » constituait une « propagande en faveur de l'homosexualité », et jugea que :

*« lorsqu'ils exercent leur liberté d'expression, les hommes politiques élus investis en même temps de fonctions officielles de nature exécutive assument une responsabilité particulière. Dans certains cas, ils peuvent être amenés, dans le cadre de leurs attributions normales, à prendre eux-mêmes des décisions administratives susceptibles d'affecter l'exercice de droits individuels ou à charger d'autres agents de prendre ce type de décision en leur nom. Aussi l'usage par eux de la liberté d'expression peut-il entraver indûment la jouissance d'autres droits garantis par la Convention. Ils peuvent être priés de faire preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de leur liberté d'expression, leurs opinions pouvant être prises pour des instructions par les fonctionnaires dont l'emploi et l'avancement sont tributaires de leur assentiment »*⁵⁶⁵.

Resume

- Les libertés d'association et de réunion pacifique, et la liberté d'expression, sont les pierres angulaires d'une société démocratique. Ces droits sont universellement reconnus et protégés par le droit international des droits de l'homme ;
- Toutes les personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle notamment, ont le droit de s'exprimer, et de chercher, de recevoir, et de faire part d'informations ;
- Le droit d'expression et la liberté de réunion et d'association sont fondamentaux pour les militants LGBT et ceux de la cause du VIH/SIDA ;

564. Comité des droits de l'homme, constatations du 31 mars 1994, affaire *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992.

565. Comité des droits de l'homme, constatations du 31 mars 1994, affaire *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992.

- Le droit à la liberté d'expression inclut le droit d'exprimer des pensées et des idées et le droit de chercher, de recevoir et de faire part d'informations et d'idées de toutes sortes, indépendamment des frontières, de façon orale, écrite ou imprimée, dans le domaine de l'art, ou par le biais de n'importe quel autre média de son choix ;
- La protection de la liberté d'expression doit comprendre non seulement le flux d'« informations » ou d'« idées » qui sont reçues favorablement ou sans heurter, mais également les expressions qui « offensent, choquent ou perturbent » ; telles sont les exigences du pluralisme, de la tolérance et de l'ouverture d'esprit sans lesquelles il n'y a pas de « société démocratique » ;
- Le pluralisme nécessaire au maintien d'une société démocratique requiert la libre circulation des informations et des opinions, y compris celles que la majorité pourrait trouver choquante. Les réunions et les associations sont nécessaires pour la formation, le développement, l'expression et la diffusion des idées politiques ;
- Un Etat ne peut pas considérer qu'une opinion, ou une association ou une assemblée dans laquelle elle est exprimée, menace l'intégrité ou la sécurité nationale d'un pays, à moins que cette opinion, association ou assemblée soit incompatible avec une société démocratique ;
- La liberté de réunion concerne le processus de formation, d'expression et de mise en œuvre des opinions politiques dans une société démocratique, tandis que la liberté d'association est relative au droit de choisir, de regrouper et de former des associations pour la formation et l'expression de pensées et d'opinions ;
- Le droit à la liberté d'association concerne non seulement le droit de former une association, mais garantit également le droit pour cette association de mener à bien les activités prévues par son statut ;
- Le droit à la liberté d'expression et à la liberté de réunion et d'association doit être limité s'il plaide en faveur de la guerre ou incite à la haine, menace la sécurité nationale ou la sécurité publique, la santé, l'ordre ou la moralité, ou empiète sur les droits d'autrui ;
- Le droit à la liberté d'expression et à la liberté de réunion et d'association peut être limité en période d'urgence. Cependant, les limitations ou les dérogations à ces droits en période d'urgence doivent être fondées sur les principes de déclaration publique, légalité, légitimité, non-discrimination, nécessité et proportionnalité et doivent être limitées dans le temps. Les droits de l'homme soumis à des limitations légales en période d'urgence ne doivent pas conduire à leur disparition : dérogation ne signifie pas extinction ;

- Le droit à la liberté d'expression et à la liberté de réunion et d'association peut être également limité en période normale. Toutes limitations, restrictions doivent : être prévues par la loi ; ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour protéger des droits ou la réputation d'autrui, être dans l'intérêt de la communauté, la sécurité nationale ou l'ordre public, la santé ou la moralité, et elles doivent être « nécessaires » pour l'État concerné pour atteindre un des buts légitimes.

« *La Convention et le Protocole ont fait preuve de souplesse face à la nature changeante de la persécution tout au long de ces cinquante dernières années. En parallèle, par exemple, avec la prise de conscience croissante de la protection dont ont besoin certaines catégories de la population – y compris les femmes, les populations autochtones ou ceux qui ont une orientation sexuelle différente, qui sont menacés – la Convention a été le mécanisme accordant une protection à de tels groupes qui sont forcés de s'enfuir* ».

—Comité exécutif du programme du Haut Commissariat pour les réfugiés⁵⁶⁶

VIII. Asile et refuge

1. Nature juridique et portée

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* reconnaît que « [d]evant la persécution, toute personne a droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays »⁵⁶⁷. La *Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial* protège également ce droit⁵⁶⁸. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, qui s'est tenue à Vienne en juin 1993, a réaffirmé que « chacun, sans distinction d'aucune sorte, a le droit de chercher et de trouver asile dans d'autres pays pour échapper à la persécution, ainsi que celui de retourner dans son propre pays »⁵⁶⁹. Ce droit est également protégé par des instruments régionaux de protection des droits de l'homme : la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁵⁷⁰, le *Protocole à la Charte des droits de l'homme et des peuples sur les droits des femmes en Afrique*⁵⁷¹, la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*⁵⁷², la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁵⁷³, la *Charte arabe des droits de l'homme*⁵⁷⁴ et la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵⁷⁵. Le

566. *Note sur la protection internationale*, document A/AC.96/951 du 13 septembre 2001, § 9. Traduction libre.

567. Article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

568. Adoptée par l'Assemblée générale, résolution 2312 (XXII) du 14 décembre 1967.

569. Déclaration et Programme d'action de Vienne, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, § 23.

570. Article 12 (3), *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

571. Article 11, *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur les droits des femmes en Afrique*.

572. Article XXVII, *Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme*.

573. Article 22 (7), *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

574. Article 28, *Charte arabe des droits de l'homme*.

575. Article 18, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

droit international des réfugiés protège également ces droits et prévoit la structure juridique générale du statut des réfugiés et de leurs droits et devoirs dans leur pays de refuge, notamment la *Convention relative au statut des réfugiés* (Convention de 1951), le *Protocole relatif au statut des réfugiés* (Protocole de 1967), le *Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*⁵⁷⁶, la *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique* et d'autres instruments internationaux⁵⁷⁷.

Aux termes de la Convention de 1951, un réfugié est une personne qui « par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner »⁵⁷⁸.

Cette définition et les critères déterminant qui peut se prévaloir du statut de réfugié, ont été étendus par le Protocole de 1967⁵⁷⁹ ainsi que par les instruments juridiques et les principes directeurs adoptés par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR)⁵⁸⁰.

576. Adopté par la résolution 428 (V) de l'Assemblée générale le 14 décembre 1950.

577. Voir également entre autres *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, 22 novembre 1984, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1 ; *Convention relative à l'asile* (La Havane, 1928) ; *Convention relative à l'asile territorial* (Caracas, 1954) ; Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 773 (1976) sur la *situation des réfugiés de facto*, 26 janvier 1976 ; Union européenne, Directive du Conseil 2004/83 du 29 avril 2004 sur les *normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, OJ L 304, 30 septembre 2004.

578. Article 1 (A) (2), Convention relative au statut de réfugié.

579. Le Protocole relatif au statut des réfugiés (Protocole de 1967) et le Statut du Haut-Commissariat pour les réfugiés éliminent les limitations incluses dans la Convention de 1951 : la limitation consistant à considérer seulement comme réfugiés qui le sont devenus avant le 1er janvier 1951 (article 1.2), et les limitations géographiques (article 1.3).

580. Voir notamment, Guides des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au Statut de réfugiés, HCR/IP/4/Eng/REV.1 (2è ed. 1992) ; Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : La persécution liée au genre au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut de réfugiés, HCR/GIP/02/01 (2002), Principes directeurs sur la protection internationale n° 2 : Appartenance à un certain groupe social au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut de réfugiés, HCR/GIP/02/02 (2002) ; Principes directeurs sur la protection internationale n° 6 : Demandes d'asile fondées sur la religion au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut de réfugiés, HCR/GIP/04/06 (2004) ; et Principes directeurs sur la protection internationale n° 7 : Application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut de réfugiés aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite, HCR/GIP/06/07 (2006).

2. Obligations des Etats à l'égard des réfugiés

Une fois qu'un réfugié a prouvé sa peur d'être persécuté, l'Etat d'accueil a l'obligation de lui accorder l'asile ou de l'aider à s'installer dans un pays tiers où il sera en sécurité⁵⁸¹. En accordant l'asile, un Etat s'oblige à conférer au bénéficiaire la permission de travailler, ainsi que la protection de toutes ses lois, spécialement celles concernant la législation du travail et la sécurité sociale⁵⁸². Aucun Etat ne peut renvoyer un réfugié dans un pays où il risque d'être persécuté ou de subir des violations graves des droits de l'homme. Cette pratique interdite de façon absolue est connue sous le nom de « refoulement ». L'interdiction du refoulement est fermement affirmée dans le droit des réfugiés et dans plusieurs instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme⁵⁸³ ainsi qu'en droit international coutumier, s'imposant à tous les Etats, telle une norme de *jus cogens*.

Le droit des Etats de renvoyer légalement un réfugié de leur territoire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public⁵⁸⁴, peut ne pas être pris en compte si la question du refoulement entre en jeu. Outre le principe du refoulement, le droit des réfugiés impose aux Etats certaines garanties procédurales⁵⁸⁵. En vertu du principe de non-refoulement, les Etats ne doivent pas « expulser ou refouler (...) un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »⁵⁸⁶. Une décision britannique d'expulser un militant indien ayant bénéficié de l'asile parce qu'il représentait une menace pour la sécurité nationale constitue une violation de l'obligation de non-refoulement protégé par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où il était confronté à un risque sérieux de torture en Inde⁵⁸⁷. La Cour a pris

581. UNHCR, *Note sur la protection internationale*, A/AC.96/951 (2001), §§ 96-106.

582. Convention de 1951, articles 12, 17-19, 24, 32 ; PIDCP article 13 ; voir également le *Commentaire de la Déclaration de Berlin*, *op. cit.*

583. La Convention de 1951 relative au statut de réfugiés (article 33), la Convention de l'OEA sur l'asile territorial (article IV), la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (article II (3)) ; la Convention contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 3.1), la Convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 16) ; la Déclaration sur l'asile territorial (article 3.1), la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 8) ; Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires (Principe 5) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 22.8) ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (article 13.4) ; Charte arabe des droits de l'homme (article 28) ; Convention européenne des droits de l'homme (article 3). Bien que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne le garantisse pas expressément, le Comité des droits de l'homme a indiqué que le principe de non-refoulement est inhérent aux obligations des Etats de garantir le droit de ne pas être soumis à la torture ou aux mauvais traitements (*Observation générale n° 20*, § 9). Voir également, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 15.

584. Article 32(1) de la Convention de 1951.

585. *Ibid.*, et article 32(2) de la Convention de 1951.

586. Article 33 de la Convention de 1951.

587. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, § 107.

note du fait que l'obligation de non-refoulement s'applique indépendamment de la menace que représente le bénéficiaire de l'asile à la sécurité nationale⁵⁸⁸.

Les réfugiés peuvent cependant être volontairement rapatriés dans leur pays d'origine une fois que la peur d'être persécutés s'est atténuée. Le rapatriement volontaire est la meilleure des issues concernant l'asile⁵⁸⁹. Le rapatriement volontaire met fin à la validité de n'importe quelle demande d'asile en cours puisqu'il est supposé que le retour d'un réfugié chez lui implique des conditions qui ont évolué, prévoyant la sécurité de celui qui cherche l'asile⁵⁹⁰.

3. Asile et statut de réfugié pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

3.1 Groupe social particulier incluant les minorités sexuelles

L'« appartenance à un certain groupe social », un des cinq fondements énumérés à l'article 1 de la Convention de 1951, couvre des demandes de plus en plus diversifiées⁵⁹¹. Cette catégorie grandissante comprend les femmes, les familles, les tribus, les groupes professionnels et les homosexuels⁵⁹². Il ne fait nul doute que ce fondement permet d'augmenter les demandes des réfugiés sur le fondement de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Cela a été expressément affirmé par le HCR dans ses Principes directeurs sur la protection internationale « La persécution liée au genre » :

« [L]es demandes fondées sur une différence d'orientation sexuelle contiennent un élément lié au genre. La sexualité ou les pratiques sexuelles d'une requérante ou d'un requérant peuvent être des éléments pertinents dans le cadre de la demande de statut de réfugié lorsque la requérante ou le requérant a été l'objet d'actions de persécution (y compris discriminatoires) en raison de sa sexualité ou de ses pratiques sexuelles. Dans nombre de cas, la requérante ou le requérant refuse de se conformer à des rôles sociaux ou culturels prédéfinis ou à des comportements attribués à l'un ou l'autre sexe. Les demandes les plus courantes concernent des homosexuel(le)s, des transsexuel(le)s ou des travestis(e) qui ont été exposé(e)s à de graves

588. *Ibid.*, §§ 79-80.

589. UNHCR, *Note sur la protection internationale*, A/AC.96/951, § 97. Également, UNHCR *RSD Manuel et Principes directeurs sur la protection internationale* (<http://www.unhcr.org/doclist/publ/3d3d5114.html>).

590. Par exemple, Immigration et enregistrement d'un réfugié du Canada, Décision du 18 octobre 2004, *Appliquant c. Minister*, n° dossier SPR VA3-01194.

591. Voir par exemple, UNHCR, Manuel, Alexandre Aleinikoff, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of a particular social group'", in *Refugee Protection in International Law: The UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Erika Feller, editors, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003.

592. UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale 2, op. cit.*, §§ 1, 6, 7, 20.

manifestations publiques d'hostilité, des actes de violence, des mauvais traitements ou des discriminations graves ou cumulées ». ⁵⁹³

Le HCR a également reconnu l'obligation des Etats de considérer les risques spéciaux de persécution rencontrés par les réfugiés pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, à travers sa référence aux principes de Yogyakarta :

« [a]u regard de l'orientation sexuelle, les Principes de Yogyakarta de 2007 sur l'application de la législation internationale des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre affirment la force contraignante des normes juridiques internationales sur cette question car dérivées des instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme ». ⁵⁹⁴

Dans le but de rendre effective la Convention de 1951, l'Union européenne (UE) a adopté une définition du « groupe social » incluant l'orientation sexuelle, en exigeant des Etats membres de l'UE de reconnaître qu'« en fonction des circonstances existantes dans le pays d'origine, un certain groupe social pourrait inclure un groupe fondé sur des caractéristiques communes liées à l'orientation sexuelle ». ⁵⁹⁵ Ce standard s'applique et a été mis en place dans chaque Etat membre à l'exception du Danemark. ⁵⁹⁶ La législation européenne comprend également l'identité sexuelle, bien que d'une façon quelque peu détournée, notant que « [l]es questions relatives au genre devraient être considérées, sans qu'elles créent par elles-mêmes une présomption d'application de cette article ». ⁵⁹⁷ Ces standards remplacent l'ancienne jurisprudence européenne sur la question de savoir si l'orientation sexuelle peut définir un groupe social. ⁵⁹⁸

Aux Etats-Unis, le *Board of Immigration Appeals* a reconnu que les homosexuels rentraient dans la catégorie du certain groupe social ⁵⁹⁹, et une cour d'appel a accordé une demande d'asile fondée sur l'identité sexuelle, « considérant d'un point

593. UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale 1*, op. cit., § 16.

594. UNHCR, *Manuel pour la protection des femmes et des filles (2008)*, p. 72. Traduction libre.

595. Directive du Conseil 2004/83/EC, op. cit. Traduction libre.

596. Par exemple, *Guidelines and Evaluation of Asylum Cases in Which Persecution Based on Given Sexual Orientation (Sweden)* (2002), disponible à l'adresse suivante : www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/refword/rwmain?docid=3f8c1af44; Refugee Act (Ireland), § 2 (1996).

597. *Ibid.* Traduction libre ; voir également ILGA Europe, "*Protecting LGBT People Seeking Asylum : Guidelines On The Refugee Status Directive*" (2005), p. 11 (notant que ce « cette position n'est pas très claire. (...) [i]l peut être possible de démontrer l'existence d'une communauté/identité transsexuelle, mais cette volonté requiert une détermination au cas par cas ». Traduction libre). Voir http://www.ilgaeurope.org/europe/publications/non_periodical/guidelines_refugee_status_directive

october_2005_1

598. Voir généralement, European Council for Refugees and Exiles (ECRE), "*Elena Research Paper on Sexual Orientation As a Ground for Recognition of Refugee Status*" (1967), disponible à l'adresse suivante www.ecre.org/resources/Policy_papers/350.

599. Conseil des appels de l'immigration des Etats-Unis, décision du 12 mars 1990, *Matter Of Toboso-Alfonso*, 20 I&N Dec. 819, 1990 WL 547189 (BIA 1990).

de vue juridique que les hommes homosexuels avec des identités sexuelles féminines au Mexique constituent un « certain groupe social »⁶⁰⁰.

Le HCR a développé un standard du « certain groupe social » qui comprend deux approches séparées mais complémentaires établissant l'existence d'un tel groupe :

*« un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le fait d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains ».*⁶⁰¹

La première approche dans ce standard concerne les « caractéristiques protégées » ou « l'immuabilité », laquelle tend à vérifier si le groupe est uni par une caractéristique immuable ou par une caractéristique qui est si fondamentale pour la dignité humaine qu'une personne ne devrait pas être obligée de l'abandonner⁶⁰². Une personne prenant une décision et adoptant cette approche devrait examiner si le groupe est défini par :

- une caractéristique innée, immuable ;
- un statut passé temporaire ou volontaire qui est immuable en raison de sa permanence historique ; ou
- une caractéristique ou une association qui est si fondamentale pour la dignité humaine qu'une personne ne devrait pas être obligée de l'abandonner.

Appliquant cette approche, les cours et les organes administratifs d'un certain nombre de juridictions ont conclu que les homosexuels, parmi d'autres, peuvent constituer un certain groupe social au sens de l'article 1A(2). Dans l'affaire *Re GJ*⁶⁰³, l'Autorité d'appel du statut de réfugié néozélandaise a rendu une décision en faveur d'un citoyen iranien qui avait une peur établie de persécution fondée sur son homosexualité. L'autorité a considéré que les homosexuels formaient un « certain groupe social » et que l'orientation sexuelle est une caractéristique

600. Cour d'appel des Etats-Unis pour le neuvième circuit, décision du 24 août 2000, *Hernandez-Montiel c. INS*. Traduction libre.

601. Principes directeurs sur la protection internationale : « Appartenance à un certain groupe social » au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, § 11, HCR/GIP/02/02 du 7 mai 2002.

602. Voir par exemple, Cour suprême du Canada, *Attorney Général of Canada c. Ward*, 1993, 2 SCR 689. La Cour a jugé que : « La signification « d'un certain groupe social » (...) [comprend] trois catégories possibles : (1) les groupes définis par des caractéristiques innées ou immuables ; (2) des groupes dont les membres se sont volontairement associés pour des raisons si fondamentales à leur dignité humaine qu'il ne devrait pas être obligés d'abandonner cette association ; et (3) des groupes associés par un ancien statut volontaire, inaltérable en raison de sa permanence historique. La première catégorie devrait embrasser les individus craignant d'être persécutés pour des motifs liés au genre, à la langue et à l'orientation sexuelle (...) ». Traduction libre.

603. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.refugee.org.nz/rsaa.text.docs/1312-93.htm>

innée ou immuable ou une caractéristique si fondamentale pour l'identité et/ou la dignité humaine qu'elle ne devrait pas changer. Dans son analyse, le tribunal offre un fondement pour considérer l'orientation sexuelle comme constituant un « certain groupe social » justifiant une protection juridique. Une conscience profondément ressentie de l'identité sexuelle se trouve au cœur de l'identité humaine à tel point que personne ne devrait être forcé d'y renoncer. Dès lors, l'identité sexuelle doit constituer un certain groupe social.

La seconde approche fondée sur la « perception sociale » examine si les membres d'un groupe partagent des caractéristiques constituant un groupe reconnaissable les écartant de la société. Les Principes directeurs du HCR sur « l'appartenance à un certain groupe social » citent les femmes, les familles et les homosexuels comme exemples de ce groupe, en fonction des circonstances de la société dans laquelle ils existent⁶⁰⁴. Il est concevable que les manifestations de l'identité sexuelle puissent être incluses dans cette approche. La manifestation sexuelle est visible et peut être une source d'identification, spécialement lorsque, à travers l'habillement, les manières et les modifications du corps, les attentes traditionnelles de l'identité sexuelle sont bouleversées. Dans l'affaire *Ourbih*, le Conseil d'Etat français a considéré que les transsexuels pouvaient constituer un certain groupe social. Dans sa décision, le Conseil d'Etat a rejeté la décision de la Commission de recours des réfugiés refusant la demande d'Ourbih, un transsexuel algérien, considérant que cet organe n'avait pas suffisamment examiné la preuve permettant de déterminer si les transsexuels étaient vus comme un groupe social en Algérie « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société »⁶⁰⁵.

Selon les Principes directeurs du HCR sur « l'appartenance à certain un groupe social », « [u]n certain groupe social ne saurait être défini exclusivement par la persécution subie par ses membres, ni par une crainte commune d'être persécuté(e)s »⁶⁰⁶. Cependant, il n'y a pas d'obligation à ce qu'un certain groupe social soit « cohésif », c'est-à-dire, que les membres soient connus les uns des autres ou associé les uns aux autres⁶⁰⁷. La totalité des membres du groupe n'ont pas à être en danger pour qu'une requête individuelle aboutisse⁶⁰⁸. La taille du prétendu groupe social n'est pas un critère important pour déterminer s'il existe⁶⁰⁹.

604. Principes directeurs sur la protection internationale : « *Appartenance à un certain groupe social* » au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, § 1.

605. Conseil d'Etat, SSR, décision n° 171858, 23 juin 1997.

606. Principes directeurs sur la protection internationale : « *Appartenance à un certain groupe social* » au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, § 14.

607. *Idem*, § 15.

608. *Idem*, § 17.

609. *Idem*, § 18.

3.2 Persécution

3.2.1 Portée de la persécution

Pour conférer le statut de réfugié, la persécution doit être plus sévère que le harcèlement, la discrimination ou les menaces, bien que cela ne doit pas forcément donner lieu à une menace à la vie⁶¹⁰. Cela peut parfois être une frontière mince à déterminer. La persécution passée doit établir une présomption de persécution future. Ce n'est pas en soi suffisant d'établir une peur crédible d'être persécuté⁶¹¹. La persécution doit également consister en des actes commis par ou avec le consentement des autorités.

3.2.2 Persécution pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Le demandeur d'asile n'a pas besoin de démontrer qu'il ou elle se conforme en apparence à un stéréotype ou qu'il vit ouvertement son homosexualité pour prouver qu'il risque d'être persécuté. Les tribunaux ont reconnu les pressions uniques que les personnes LGBT demandant asile subissent afin de dissimuler leur identité et combien cela joue dans l'évaluation de leur demande. On ne peut refuser l'asile à une personne sur la base de ce qu'il ou elle pourrait éviter une persécution en modifiant le comportement objet de la persécution. Dans l'affaire anglaise *Danian c. SSHD*, Lord Justice Simon Brown jugea que :

« [d]ans toutes les affaires relatives à l'asile, il y a au final une question qui mérite d'être posée : y a-t-il un risque sérieux qu'à son retour le requérant soit persécuté pour une raison énoncée dans la Convention ? (...) En cas de retour, le demandeur d'asile agira-t-il comme il le déclare et par conséquent sera-t-il persécuté ? S'il le fait, bien qu'il puisse être jugé peu raisonnable de ne pas accepter les contraintes pesant sur ses libertés, je pense qu'il doit bénéficier du droit d'asile »⁶¹².

Un juge américain qui a refusé l'asile à un citoyen albanais parce qu'il « ne s'habillait pas ou ne parlait pas comme un homosexuel ou n'avait pas les manières d'un homosexuel » a vu sa décision infirmée par une Cour d'appel, laquelle a fondé sa décision sur une « opinion personnelle et impropre », et a été écarté de l'affaire⁶¹³.

610. Cour d'appel fédérale des Etats-Unis (seventh circuit), arrêt du 15 juin 2005, *Liu c. Ashcroft*.

611. *Idem*, § 27.

612. Cour d'appel (Division civile), arrêt du 28 octobre 1999, *Danian c. Secretary of State for the Home Department*, [1999] INLR 535, pp. 7G, 8C, 8D (Royaume-Uni). Voir également, *Jamaica c. Secretary of State for the Home Department*, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, CG [2005] UKAIT 00168. Traduction libre.

613. Cour d'appel fédérale des Etats-Unis, (eighth circuit), arrêt du 2 avril 2007, *Shahinaj c. Gonzales*. Traduction libre.

La Haute Cour australienne a raisonné de la même façon et a considéré que la capacité des requérants à éviter la persécution en gardant secret leur orientation sexuelle n'avait pas d'incidence sur la décision de savoir si un demandeur d'asile a une peur raisonnable d'être persécuté pour des motifs liés à son orientation sexuelle. Selon la Cour :

« *il y a une tendance naturelle (...) à penser que, parce que le requérant n'a pas été persécuté par le passé, il ou elle ne le sera pas dans le futur. L'erreur contenue dans cette approche réside dans le postulat que la conduite du requérant n'est pas influencée par celle du persécuteur* »⁶¹⁴.

En d'autres termes, « si cette personne était obligée de garder son homosexualité secrète pour éviter d'être persécutée, c'est que cette action est en elle-même source de persécution »⁶¹⁵. La Cour australienne ajouta que dès lors qu'un tribunal de l'immigration a considéré que deux demandeurs d'asile « étaient discrets sur leur relation simplement parce qu'ils craignaient d'être [persécutés, il doit de ce fait] considérer ce qu'il risquerait d'arriver aux requérants au Bangladesh s'ils vivaient ouvertement comme un couple homosexuel »⁶¹⁶.

L'Autorité d'appel du statut de réfugié de Nouvelle Zélande a adopté ce raisonnement, concluant que la *Convention relative au statut des réfugiés* nécessite que : « [s]i les droits que le demandeur d'asile veut exercer dans son pays d'origine sont au cœur des raisons de sa demande et qu'il est sérieusement menacé, ce serait contraire au langage, à l'objet et au but de la Convention sur les réfugiés d'exiger du réfugié demandeur de renoncer ou d'abandonner son droit et de se voir refuser le statut de réfugié sur le fondement de ce qu'il ou elle pourrait s'engager au déni ou à la discrétion à son retour dans son pays d'origine »⁶¹⁷. Dans une affaire concernant un requérant homosexuel iranien, l'Autorité d'appel jugea que, dès lors que l'application du principe de discrétion violerait les « droits fondamentaux » de vie privée et de non-discrimination protégés par le *PIDCP*, et que le fait de vivre ouvertement en tant qu'homosexuel entraînerait des « peines judiciaires et extrajudiciaires sévères », l'asile doit être accordé⁶¹⁸.

La réticence initiale de révéler son orientation sexuelle au début de la demande ou même durant ses étapes initiales, ne doit pas être la base d'une suspicion par le tribunal de l'immigration. Dans l'affaire *Moab*, la Cour d'appel américaine considéra

614. *Appellant S395/2002 c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 2003 HCA 71, § 43. Traduction libre.

615. Cour d'appel (Division civile), *Z c. The Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1578 (Royaume-Uni). Traduction libre.

616. Haute Cour australienne, arrêt du 9 décembre 2003, *Appellant S395/2002 c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, § 54. Traduction libre.

617. Autorité d'appel du statut de réfugié, décision du 4 juillet 2004, *Refugee Appeal N° 74665/03*, § 114. Traduction libre.

618. *Ibid.*, §§ 127 et 129. Traduction libre.

qu' « il est acceptable que Mr. Moab n'ait pas voulu révéler son orientation sexuelle [lors de sa première interview à l'aéroport] par crainte que la révélation de cette information lui cause davantage de persécution que celle qu'il subissait dans son pays d'origine, le Libéria »⁶¹⁹.

Les affaires de persécution pour des motifs liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre impliquent souvent des risques de préjugés de la part des acteurs non-étatiques. Dans de telles affaires, la demande d'asile est valide lorsqu'il y a une peur réelle de persécution de la part d'un acteur non-étatique et lorsque l'Etat ne veut pas ou est tout simplement incapable de protéger le demandeur. Dans ses *Principes directeurs sur la protection internationale : persécution fondée sur l'appartenance sexuelle*, le Bureau du Haut Commissariat pour les réfugiés a noté que :

*« [L]orsque l'homosexualité est illégale dans une société donnée, le fait d'en-courir de lourdes peines pénales en raison d'un comportement homosexuel peut constituer une persécution, de la même façon que peut l'être le refus de porter le voile pour une femme dans certaines sociétés. Même lorsque les pratiques homosexuelles ne sont pas considérées comme un délit, une requérante ou un requérant pourrait malgré tout démontrer que sa demande est justifiée si l'Etat tolère des pratiques discriminatoires ou des préjudices perpétrés à son encontre ou encore si l'Etat n'est pas en mesure de protéger efficacement la requérante ou le requérant contre de tels préjudices ».*⁶²⁰

Aux Etats-Unis, un demandeur d'asile cherchant à éviter la déportation « n'est pas obligé [...] (...) d'apporter la preuve qu'il ou elle serait l'objet individuellement de (...) persécution si (i) (...) il y a une pratique de persécution d'un groupe de personnes placées dans une situation similaire à celle du demandeur en raison de (...) leur appartenance à un certain groupe social ; et (...) (ii) si le demandeur établit que son inclusion ou son identification dans un tel groupe (...) rend plus que probable le fait que sa vie ou sa liberté seraient menacés à son retour »⁶²¹. Appliquant ce règlement, la Cour d'appel a jugé que, si un demandeur d'asile a « apporté la preuve d'une pratique de persécution à l'encontre d'un groupe social d'homosexuels » et peut « démontrer son inclusion dans ce groupe social d'homosexuels », il n'a pas besoin « d'apporter la preuve qu'il ou elle serait l'objet d'une telle persécution individuellement »⁶²².

619. Cour d'appel des Etats-Unis du septième circuit, décision du 13 septembre 2007, *Moab c. Gonzales*. Traduction libre.

620. Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Principes directeurs sur la protection internationale : persécution liée au genre au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967 relatif au statut de réfugiés*, HCR/GIP/02/01 du 7 mai 2002, § 17. Voir également Groupe de travail sur la détention arbitraire, avis n° 7/2002 (Egypte) du 21 juin 2002, *Yasser Mohamed Salah et autres c. Egypte*, § 27, E/CN.4/2003/8/Add.1.

621. 8 C. F. R. § 208.16 (b)(2), "Withholding of removal under section 241(b)(3)(B) of the Act and withholding of removal under the Convention Against Torture", du *Code of federal Regulation*. Traduction libre.

622. Cour d'appel fédérale des Etats-Unis (seventh circuit), décision du 7 janvier 2008, *Eke c. Mukasey*. Traduction libre.

Bien que « les droits attachés au mariage doivent être respectés » par les Etats parties à la Convention de 1951⁶²³, la question de savoir si un réfugié peut se porter garant d'un partenaire du même sexe n'est pas tranchée. Les pratiques sont à cet égard variées : aux Etats-Unis, les réfugiés demandant l'asile ne sont pas autorisés à emmener leur partenaire avec eux⁶²⁴, tandis qu'au Canada, les réfugiés peuvent emmener leur « époux, leur concubin ou leur compagnon » du même sexe⁶²⁵. Cependant, étant donné que la persécution de nombreux réfugiés inclut la séparation physique forcée d'avec leur partenaire, cela laisse en suspens les questions de savoir comment ces réfugiés pourraient démontrer les liens les unissant⁶²⁶.

Resume

- Toute personne a le droit de chercher et de jouir de l'asile dans d'autres pays pour échapper à la persécution, excepté dans le cas de poursuites du fait de crimes graves non politiques, d'actes contraires aux buts et principes des Nations Unies, crime contre la paix, crime de guerre ou crime contre l'humanité ;
- Un réfugié est une personne qui ne peut pas retourner dans son pays du fait d'une peur bien établie d'être persécuté pour des raisons liées à la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou le fait d'appartenir à un certain groupe social ;
- L'orientation sexuelle et l'identité de genre peuvent constituer « un certain groupe social ». Cela est lié aux caractéristiques innées ou immuables ou aux caractéristiques si fondamentales à l'identité ou à la dignité humaine qu'elles ne peuvent changer. L'orientation sexuelle et l'identité de genre peuvent également définir un certain groupe social parce qu'elles sont perçues comme telles par les autorités et la société ;
- Un demandeur d'asile n'a pas besoin de montrer qu'il ou elle se conforme en apparence à un stéréotype pour obtenir l'asile. Pas plus qu'on ne doit lui refuser l'asile sur le fondement de ce qu'il ou elle pouvait empêcher la persécution en gardant son orientation ou son identité sexuelle secrète ;
- Selon le principe de non-refoulement, les Etats ne doivent pas renvoyer ou expulser un réfugié dans un pays dans lequel il ou elle se trouve face à

623. Article 12, Convention de 1951 sur les réfugiés.

624. *Defense of Marriage Act*, 1 U.S.C., § 7 ; Cf. Visas pour les concubins, la parité dans l'immigration, disponible à l'adresse suivante : [www.immigrationequality.org/template.php?pageid=155\(2007\)](http://www.immigrationequality.org/template.php?pageid=155(2007)) (notant que les étrangers bénéficiant d'un visa de travail temporaire sont les seuls à pouvoir obtenir un visa pour leur partenaire du même sexe).

625. *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-227, partie 7, division 1.

626. LaViolette, Nicole, "Coming Out to Canada : The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act", *McGill Law Journal*, Vol. 49, N° 4, 2004, McGill University, Canada, pages 988-991.

un risque réel de persécution ou d'autres violations graves des droits de l'homme. Les Etats doivent garantir l'asile à un réfugié ou l'installer en sécurité dans un pays tiers ;

- Le principe de non refoulement inclut l'interdiction de renvoyer les homosexuels dans des pays connus pour leur persécution fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ;
- En accordant l'asile, un Etat s'oblige à conférer au bénéficiaire la permission de travailler, ainsi que les protections de toutes ses lois concernant le travail, la sécurité sociale et la famille.