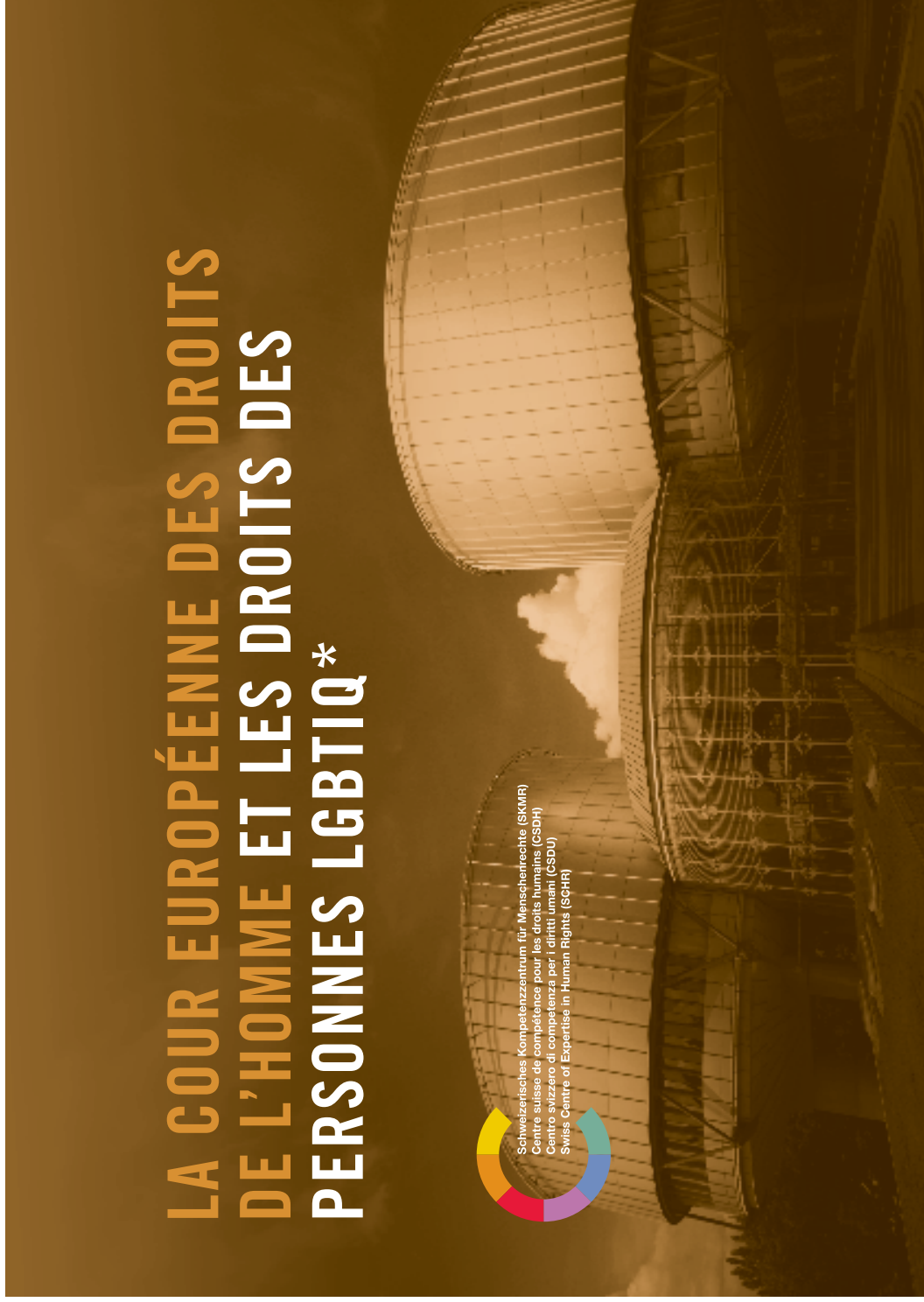


LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES DROITS DES PERSONNES LGBTIQ*



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSBH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)



Dans son application de la CEDH, la CourEDH a mis en place pour les personnes LGBTIQ* une protection qui, pour être encore lacunaire, n'en couvre pas moins un champ thématique relativement vaste.

LA CEDH PROTÈGE LES PERSONNES LGBTIQ*

Dans de nombreux arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a établi que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) garantit les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans, inter et queer.

Les États membres du Conseil de l'Europe doivent respecter, protéger et concrétiser pour les personnes LGBTIQ* les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est en particulier le droit à la protection contre la discrimination et le droit au respect de la vie privée et familiale, qui, combinés, jouent un rôle important : les personnes trans peuvent invoquer ces deux droits pour exiger des autorités la reconnaissance de leur identité de genre, les couples homosexuels lorsque leurs droits en tant que

parent ou que personne assurée sont concernés, ou encore par toute personne lorsque l'âge de consentement pour les actes d'ordre sexuel varie en fonction de l'orientation sexuelle.

La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a confirmé dans plusieurs arrêts que les personnes LGBTIQ* pouvaient faire valoir le droit à un procès équitable et qu'elles devaient disposer de voies de droit efficaces pour recourir contre les décisions administratives qui les concernent. Dans les procédures d'asile, les personnes LGBTIQ* peuvent invoquer leur droit à être protégées contre la torture et les traitements inhumains, cruels ou dégradants.

Jusqu'à présent, la CourEDH a surtout été saisie par des personnes LGBTIQ et n'a pas rendu de jugement concernant des personnes inter.

BASES LÉGALES

INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION

La CEDH et la Constitution fédérale suisse (Cst.) interdisent tout acte discriminatoire fondé sur certaines caractéristiques réelles ou supposées telles que le genre, la couleur de peau, la langue, l'ethnie ou la religion (art. 14 CEDH et art. 8 Cst.). Si ces articles ne mentionnent pas expressément l'orientation sexuelle et l'identité de genre, tant la CourEDH que le Tribunal fédéral ont établi que

cette prohibition s'applique aussi à toute discrimination à l'égard de personnes qui ne sont pas hétérosexuelles ou cisgenres.

Toutefois, les victimes d'un acte discriminatoire ne peuvent invoquer l'interdiction de la discrimination de la CEDH que si un autre droit garanti par cette convention est lui aussi lésé, tandis qu'elles peuvent faire valoir la prohibition inscrite à la Constitution fédérale indépendamment de tout autre article.

Dès lors, l'interdiction inscrite à la CEDH s'applique en lien avec tous les autres droits que cette convention garantit. En l'occurrence, divers articles de la CEDH sont particulièrement importants pour les personnes LGBTIQ* :

- droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ;
- droit au mariage (art. 12) ;
- droit à un procès équitable (art. 5 et 6) ;
- droit à un recours effectif (art. 13).


LAUSANNE OU STRASBOURG ?

Pour saisir la CourEDH, il faut avoir épuisé toutes les voies de recours nationales.

Les personnes qui veulent demander à la CourEDH de constater une violation de leurs droits doivent avoir été déboutées par toutes les instances compétentes de l'État signataire concerné pour le faire. De plus, dans leur mémoire de recours, elles doivent expliquer de façon suffisamment détaillée en quoi les actes incriminés constituent une infraction à la CEDH.

Les arrêts prononcés par la CourEDH ont souvent des répercussions qui vont au-delà de l'affaire qu'ils tranchent. Ils font évoluer la situation dans les autres États membres, car ils deviennent des références tant pour les autorités, qui modifient leurs pratiques, que pour les tribunaux, qui s'y réfèrent pour justifier leurs décisions.

Année	Affaire	Conclusion de la CourEDH	Page
2020	<u>B. et C. contre Suisse</u>	Recours admis : les autorités qui ordonnent un renvoi du territoire suisse doivent tenir compte des risques particuliers de violences et persécutions homophobes encourus dans le pays d'origine.	9
2020	<u>Beizaras et Levickas contre Lituanie</u>	Recours admis : les autorités internes auraient dû ouvrir une enquête en raison des commentaires haineux et des menaces diffusées sur Facebook à l'encontre d'un couple homosexuel. (Pour un commentaire de cette affaire, voir la brochure du CSDH sur la liberté d'expression sur Internet.)	
2017	<u>A.P., Garçon et Nicot contre France</u>	Recours admis : il doit être possible de changer l'indication du sexe et du prénom à l'état civil sans procédure de réassignation sexuelle ou traitement hormonal.	10
2012	<u>Gas et Dubois contre France</u>	Recours rejeté : l'inégalité de traitement en matière d'adoption entre couples mariés et couples de concubins est licite. La CourEDH n'a jusqu'à présent pas reconnu de droit au mariage pour les couples homosexuels.	15
2010	<u>P.B. et J.S. contre Autriche</u>	Recours admis : si la législation nationale prévoit que l'assurance des personnes exerçant une activité lucrative couvre aussi leur partenaire, la CEDH garantit également ce droit aux partenaires de même sexe.	13
2010	<u>Alexeiev contre Russie</u>	Recours admis : l'interdiction des défilés de la Pride pour éviter d'éventuelles réactions négatives ou violentes est disproportionnée et viole la liberté de réunion.	17
2009	<u>Schlumpf contre Suisse</u>	Recours admis : pour les procédures de réassignation sexuelle, la personne assurée peut demander que ses circonstances personnelles soient considérées lors de la décision de prise en charge des coûts. Un examen schématique constitue une atteinte au droit à la vie privée.	18
2003	<u>L. et V. contre Autriche</u>	Recours admis : il n'est pas admissible que l'âge de consentement pour les actes d'ordre sexuel varie en fonction de l'orientation sexuelle. (voir aussi S.L. contre Autriche)	21



Lorsqu'elles examinent des demandes d'asile ou ordonnent des renvois, les autorités doivent tenir compte des risques particuliers de violences et persécutions homophobes encourus dans le pays d'origine.

EXEMPLE DE CAS

RISQUES PARTICULIERS EN CAS DE RENVOI

La Suisse n'a pas suffisamment examiné le risque de mauvais traitements auquel serait exposé un homme homosexuel de la part d'acteurs non étatiques en Gambie, ni la protection que lui offrirait l'État. Ce faisant, elle a violé l'interdiction de la torture inscrite à l'article 3 CEDH.

B. avait déposé de 2008 à 2015 plusieurs demandes d'asile en Suisse, alléguant son homosexualité et la situation des personnes homosexuelles en Gambie. Selon ses déclarations, il avait été surpris en flagrant délit par la police et mis en détention préventive. Redoutant une longue peine d'emprisonnement, il s'est évadé avant de fuir en Suisse.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a dit ne pas être convaincu que les autorités gambiennes fussent au courant de l'homosexualité de B., car celui-ci avait déclaré ne pas avoir parlé avec sa parenté de sa vie affective et n'avait aucune relation avec des organisations LGBTIQ* en Gambie. Dès lors, il considérait qu'aucun motif ne s'opposait au renvoi.

La CourEDH constate en revanche que les actes sexuels entre personnes du même sexe demeurent criminalisés en Gambie et sont passibles de lourdes peines de prison. Elle ne partage pas non plus l'avis du TAF selon lequel les autorités gambiennes ignoreraient l'orientation sexuelle de B.

La CourEDH conclut que la Suisse n'a pas suffisamment examiné le risque de mauvais traitements auquel est exposée une personne homosexuelle en Gambie ni la protection que lui offre l'État. Elle constate ainsi une violation de l'article 3 CEDH, l'interdiction de la torture.

EXEMPLE DE CAS

CHANGEMENT DE L'INDICATION DU PRÉNOM ET DU SEXE À L'ÉTAT CIVIL

L'obligation de subir une procédure de réassignation sexuelle pour changer l'indication du sexe et du prénom à l'état civil viole la CEDH.

Les juridictions internes françaises avaient refusé de changer la mention du sexe et du prénom sur l'acte de naissance d'A.P., de Garçon et de Nicot.

La Cour de cassation exigeait de Garçon et de Nicot qu'elles se soumettent à une procédure de réassignation sexuelle avant de pouvoir demander la modification de leur acte de naissance. Dans le

cas de Garçon, elle doutait par ailleurs qu'elle soit trans, en l'absence d'un diagnostic psychologique. S'agissant d'A.P., elle a exigé que la procédure de réassignation sexuelle effectuée à l'étranger soit confirmée par une expertise médicale de l'appareil génital réalisée en France.

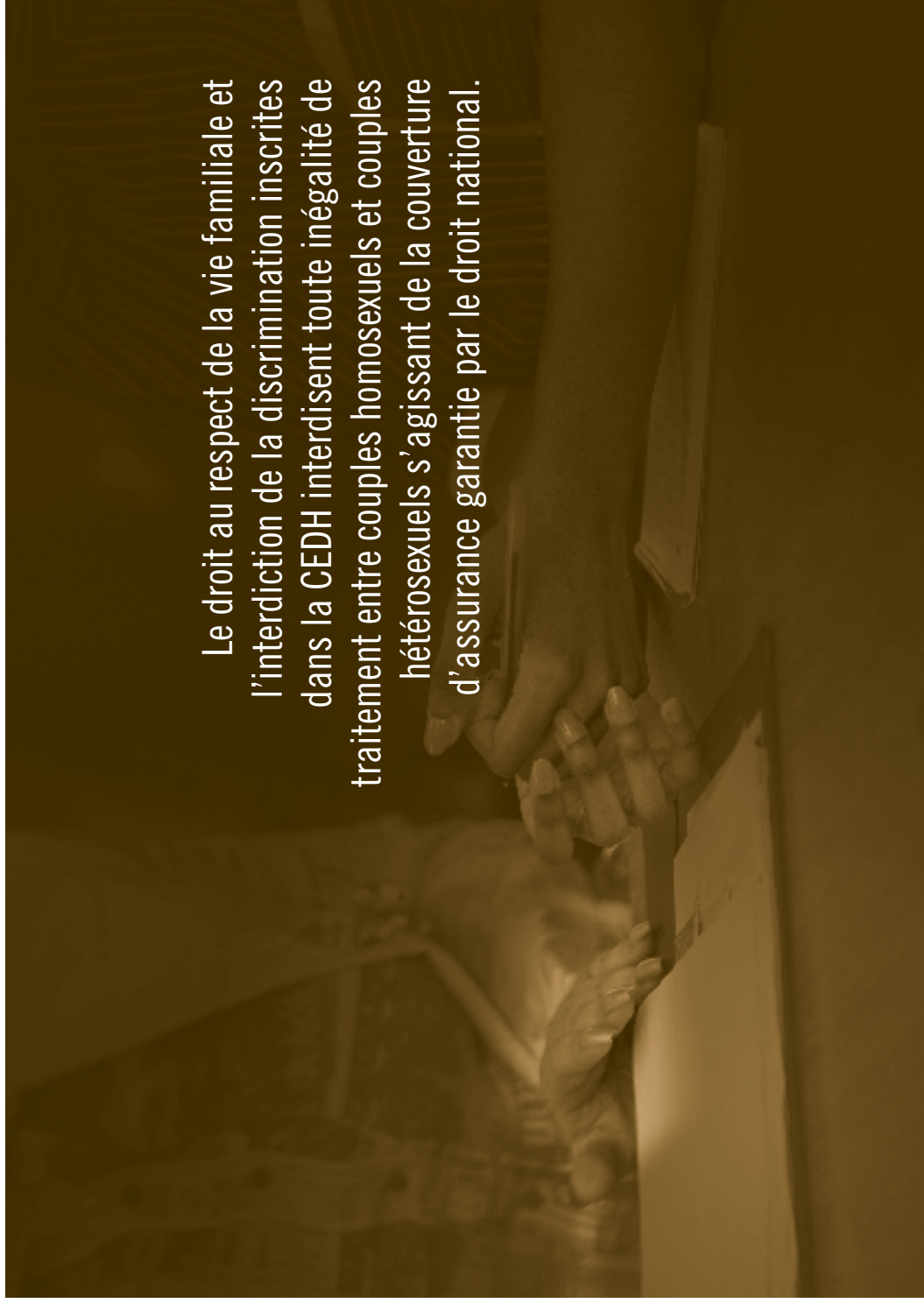
Les requérantes ont saisi la CourEDH, faisant valoir que les conditions que leur imposait le droit national portaient atteinte à leur droit à la vie privée.

Dans son arrêt rendu en 2017, la CourEDH parvient à la conclusion que l'exigence d'une réassignation sexuelle ou d'un traitement hormonal entraînant une stérilité contrevient à l'article 8 CEDH, car elle place les requérants devant un dilemme : soit subir une procédure et/ou un traitement hormonal non souhaité ainsi que la stérilité qui en résulte, soit renoncer à leur droit d'exprimer pleinement leur identité de genre. Elle ne considère en revanche pas que la Cour

de cassation ait violé la CEDH en exigeant un diagnostic psychologique et une expertise médicale. Cet arrêt se rapporte toutefois, à ce sujet, à la classification internationale des maladies de l'OMS, qui n'est plus valable depuis 2021, et qui classe la transidentité parmi les « troubles mentaux ».

Pour la CourEDH, il doit être possible de modifier la mention du sexe et du prénom à l'état civil même sans procédure de réassignation sexuelle ou traitement hormonal.

Le droit au respect de la vie familiale et
l'interdiction de la discrimination inscrites
dans la CEDH interdisent toute inégalité de
traitement entre couples homosexuels et couples
hétérosexuels s'agissant de la couverture
d'assurance garantie par le droit national.



EXEMPLE DE CAS

ASSURANCE

Lorsque la couverture d'assurance maladie ou accidents s'étend au concubin ou à la concubine de l'assuré-e exerçant une activité lucrative, la CEDH garantit également ce droit aux couples homosexuels.

MM. J.S. et P.B. vivaient en couple à Vienne. En 1997, l'autorité compétente leur a refusé l'extension de la couverture d'assurance maladie et accidents de J.S., fonctionnaire, à P.B., qui s'occupait du foyer. En 1997, la loi autrichienne disposait que les concubins hétérosexuels faisant ménage commun, n'exerçant pas d'activité lucrative et tenant le foyer sans recevoir de rémunération bénéficiaient de l'extension de la couverture d'assurance du partenaire qui travaillait.

Le Parlement a modifié cette loi à plusieurs reprises après un arrêt de la Cour constitutionnelle

autrichienne rendu en 2005. À la suite de la révision de 2006, l'extension de la couverture d'assurance n'a plus été assortie de conditions pour les couples mariés (jusqu'à la fin 2018, seuls les couples hétérosexuels pouvaient se marier en Autriche). Pour les couples non mariés en revanche, l'extension de la couverture au partenaire ou à la partenaire qui n'exerçait pas d'activité lucrative restait subordonnée à des conditions. Ainsi, une personne sans lien de parenté vivant sous le même toit que la personne assurée, qui tenait le ménage sans recevoir de rémunération et se chargeait depuis au moins quatre ans de l'éducation des enfants, pouvait bénéficier de l'extension, quel que fût son sexe. La loi a été une nouvelle fois modifiée en 2007, le législateur supprimant la possibilité d'étendre la couverture d'assurance, quel que soit le statut du couple.

Dans son arrêt rendu en 2010, la CourEDH a examiné les trois régimes législatifs : la disposition valable en 1997 excluait les partenaires de même sexe de toute extension de la couverture ; la modification de 2006 supprimait le principe de l'exclusion tout en introduisant une inégalité de traitement envers les couples homosexuels (ne pouvant se marier, ils ne pouvaient pas bénéficier des conditions facilitant l'extension) ; la modification de 2007 mettait tous les couples sur pied d'égalité.

La Cour de Strasbourg a estimé que les dispositions légales de 1997 et de 2006 violaient l'interdiction de la discrimination combinée avec le droit au respect de la vie familiale, de sorte que l'État autrichien a dû verser au couple des dommages-intérêts pour les primes de l'assurance maladie et accidents que celui-ci avait dû verser durant de nombreuses années pour P.B.

EXEMPLE DE CAS

REJET D'UNE DEMANDE D'ADOPTION

La CEDH ne garantit pas au parent non biologique d'un couple homosexuel le droit d'adopter l'enfant de son partenaire.

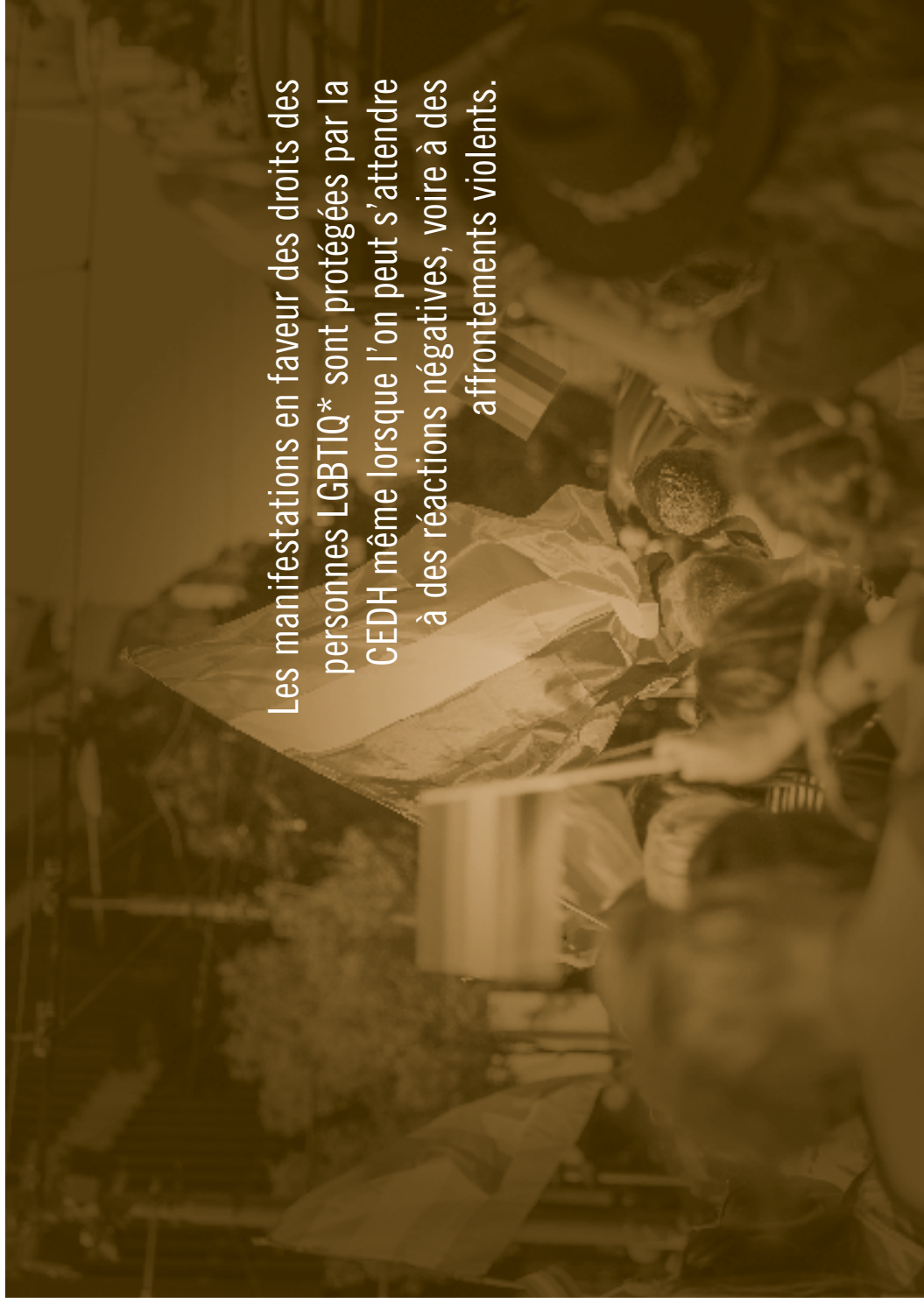
Mmes Gas et Dubois vivent en couple en France depuis 1989. En septembre 2000, Mme Dubois a donné naissance à une fille, conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. L'état civil français a enregistré Mme Dubois comme parent unique. Les deux femmes se sont par la suite pacées en 2002.

En 2006, Mme Gas a déposé une demande d'adoption, rejetée par les juridictions internes françaises au motif que la loi régit uniquement

l'adoption par des personnes seules ou par des couples mariés. Or, jusqu'en 2012, le mariage n'était ouvert qu'aux couples hétérosexuels (alors que le partenariat enregistré était proposé à tous les couples). Le tribunal a considéré que si Mme Gas adoptait la fillette à titre individuel, Mme Dubois serait privée de ses propres droits sur l'enfant.

La CourEDH, que le couple a saisie, fait référence à sa jurisprudence dans l'arrêt qu'elle rend en 2012: la CEDH n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir aux couples homosexuels le mariage, qui crée un statut particulier. Dès lors, la situation de Mmes Dubois et Gas n'est pas comparable à celle d'un couple marié, mais seulement à celle d'un couple hétérosexuel non marié. Or, en cas d'adoption, la loi traite sur pied d'égalité tous les couples non mariés, de sorte que la France n'a pas porté atteinte à l'interdiction de la discrimination inscrite à la CEDH combinée avec le droit au respect de la vie familiale.

Les manifestations en faveur des droits des personnes LGBTIQ* sont protégées par la CEDH même lorsque l'on peut s'attendre à des réactions négatives, voire à des affrontements violents.



EXEMPLE DE CAS

DÉFILÉS DE LA PRIDE

La liberté de réunion protège les manifestations organisées en faveur des droits des personnes lesbiennes, gays, bissexuelles, trans, inter et queer. Ceci vaut aussi lorsqu'elles sont susceptibles de provoquer des réactions négatives et même violentes d'une partie de la population.

En 2006, 2007 et 2008, M. Alexeïev et d'autres personnes ont voulu organiser au centre de Moscou des « marches des fiertés » et des piquets protestataires, mais la mairie a refusé d'autoriser ces manifestations, invoquant notamment la prévention des émeutes, la sécurité des manifestant-e-s et les droits d'autrui. Elle a signalé

qu'elle avait reçu de nombreuses protestations contre la tenue de la marche et qu'il était fort probable que l'évènement suscite des réactions négatives à l'égard des participant-e-s et que la situation dégénère en troubles à l'ordre public et en émeutes massives. Les recours présentés contre les interdictions de manifester ont été déboutés et la police a dissous les rassemblements qui ont eu lieu en dépit de ces interdictions.

Statuant sur les trois requêtes déposées par M. Alexeïev, la CourEDH estime notamment que toute éventualité de tensions, d'échanges agressifs et d'attaques contre les participant-e-s ne saurait justifier l'interdiction des manifestations, car la société n'aurait alors aucun moyen de prendre connaissance des différents points de vue sur des questions controversées. Dès lors, la Cour conclut que ces interdictions ont violé la liberté de réunion combinée avec la prohibition de la discrimination inscrite dans la CEDH.

EXEMPLE DE CAS

RÉASSIGNATION SEXUELLE

Lors d'une demande de prise en charge des coûts pour une procédure de réassignation sexuelle, la personne assurée a le droit d'exiger que ses circonstances personnelles soient considérées. Un examen schématique constitue une atteinte au droit à la vie privée.

En 2004, la requérante Nadine Schlumpf, alors âgée de 67 ans, a demandé à sa caisse-maladie de prendre en charge des dépenses liées à une procédure de réassignation sexuelle.

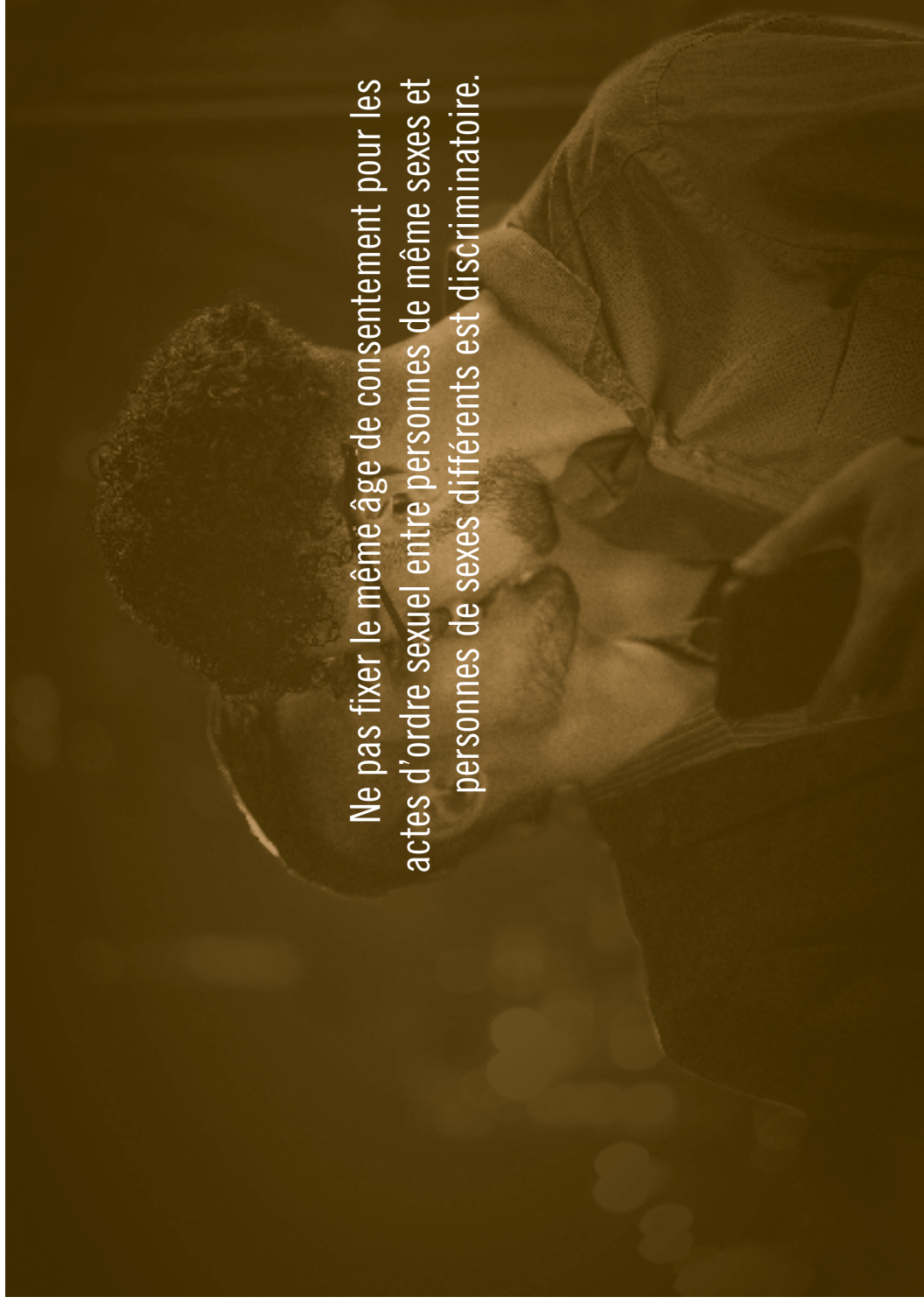
La caisse-maladie a refusé de rembourser ces frais en invoquant la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, qui limitait la prise en charge aux

cas de « véritable transidentité », ce diagnostic ne pouvant être établi qu'après un suivi médical de deux ans. Dans un arrêt de 2005, le Tribunal fédéral des assurances a confirmé la période d'observation de deux ans, se référant à des arrêts datant de 1988 ; il a aussi précisé qu'il était important d'éviter des opérations « injustifiées », compte tenu du caractère irréversible de l'intervention.

Dans son arrêt, rendu en 2009, la CourEDH conclut à une atteinte au droit au respect de la vie privée inscrit à l'article 8 CEDH et aux garanties procédurales figurant à l'article 6 CEDH. Elle signale par ailleurs que les États parties ne bénéficient que d'une marge d'appréciation étroite s'agissant d'une question touchant à cet aspect particulièrement intime de la vie privée. Dès lors, elle voit dans l'exigence d'une période d'observation de deux ans, sans prise en compte des circonstances particulières de la requérante, une atteinte inadmissible à la liberté de cette dernière de décider de son identité de genre.

Les États parties ne bénéficieraient que d'une étroite marge d'appréciation s'agissant de la question particulièrement intime de l'identité de genre. Le droit au respect de la vie privée impose aux assurances de tenir compte des circonstances individuelles en cas de procédures de réassignation sexuelle.

Ne pas fixer le même âge de consentement pour les actes d'ordre sexuel entre personnes de même sexes et personnes de sexes différents est discriminatoire.



EXEMPLE DE CAS

ÂGE DE CONSENTEMENT DIFFÉRENT

Fixer des âges de consentement différents en fonction de l'orientation sexuelle est discriminatoire, et contrevient par conséquent à la CEDH.

À la fin des années 1990, MM. L. et V. ont été condamnés en Autriche pour actes sexuels avec des adolescents de sexe masculin. À son article 209, le code pénal autrichien interdisait aux hommes âgés de 19 ans et plus de pratiquer des actes sexuels avec des adolescents consentants de 14 à 18 ans. En revanche, les relations entre hommes de plus de 19 ans et adolescentes consentantes de 14 à 18 ans n'étaient pas passibles de sanctions. De même,

les femmes âgées de 19 ans et plus n'étaient pas concernées par une telle interdiction.

Statuant sur un cas semblable, la Commission européenne des droits de l'homme n'avait pas contesté l'article en question du code pénal autrichien. En 2003, la CourEDH estime en revanche qu'il traduit les préjugés existants envers les personnes homosexuelles. Pas plus que des attitudes négatives envers les personnes d'origine ou de couleur différentes, ces préjugés ne sauraient être tenus pour une justification suffisante de la différence de traitement.

La CourEDH signale de la sorte que le maintien d'âges de consentement différents dépendant du genre des personnes impliquées contrevient à l'article 14 (droit au respect de la vie privée) combiné avec l'article 8 (interdiction de la discrimination). Aucun motif objectif et raisonnable ne justifie en effet de prévoir des âges de consentement différents.

LA COUR EDH M'A DONNÉ RAISON – ET MAINTENANT ?

C'est aux autorités nationales qu'il revient d'exécuter les arrêts de la Cour EDH.

Les arrêts de la Cour EDH sont contraignants. Toutefois, la Cour ne peut que constater la violation de la CEDH et octroyer une indemnité aux individus requérants, mais pas, par exemple, abroger des lois nationales contraires à la Convention ou libérer une personne détenue. Il incombe en effet aux autorités nationales de mettre ses arrêts en œuvre.

DOCUMENTATION

Cette brochure fait partie de notre série consacrée à la jurisprudence de la CourEDH relative aux différents domaines de la vie.

Cette série compte déjà les brochures suivantes :

- La Cour européenne des droits de l'homme et la protection de la vie privée (2021)
- La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression sur Internet (2020)
- La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à un procès équitable (2018)
- La Cour européenne des droits de l'homme et les garanties offertes aux entreprises (2017)
- La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté des médias en Suisse (2016)

Ces brochures peuvent être téléchargées à l'adresse

www.csdh.ch > publications

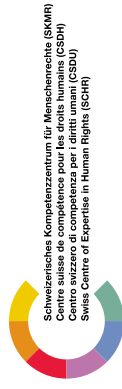
Conception graphique : **da2** Dominik Hunziker
Photo de couverture : © ECHR-CEDH Council of Europe
Photo page 12 : The Gender Spectrum Collection
Photos pages 8, 16, 19, 20 : iStockphoto



Brochure entière



Extraits



Juin 2021

Centre suisse de compétence pour les droits humains
Schanzengrabenstrasse 1, case postale, 3001 Berne