

LES DROITS DES LGBTI DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : UNE AVANCÉE PAS À PAS

À la lumière de certaines affaires emblématiques

Article premier : Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. Article 2 : Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. Article 3: Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. Article 4: Nul ne sera tenu en servitude ;



Introduction	4
I - Égalité dans la famille	6
A) L'accès au mariage	6
1) L'inclusion du mariage entre couples de même sexe dans le cadre de la «vie familiale»	7
2) Le droit au mariage ainsi qu'au partenariat civil pour les couples de même sexe	8
B) L'adoption	10
1) L'adoption individuelle	11
2) L'adoption coparentale	12
3) L'adoption conjointe	12
II - Droits fondamentaux de la personne et discrimination en raison de l'orientation sexuelle	14
A) Demande d'asile	14
B) Articulation avec la liberté de religion	17
Conclusion	19

Introduction

En raison de leur orientation sexuelle et/ou de leur identité de genre, les personnes LGBTI¹ voient leurs droits violés dans de très nombreux pays : inégalités de statuts et de droits civils, discrimination, intimidations, persécutions, mauvais traitements, torture, exécutions, y compris par application de la peine de mort.

Aujourd'hui, près de 80 États pénalisent les relations homosexuelles. Dans certains États (Mauritanie, Soudan, Nigeria, Somalie, Arabie saoudite, Iran et Yémen) les homosexuels et bisexuels peuvent être poursuivis en raison de leur orientation sexuelle encourant même la peine de mort en cas de relations avec une personne de même sexe. D'autres ont instauré des peines d'emprisonnement allant parfois jusqu'à la prison à vie².

Les personnes LGBTI sont souvent la cible de discours et crimes haineux en raison de leur orientation sexuelle ou identité de genre.

S'ajoutent aux atteintes à la personne, des différences de traitements et de statuts juridiques par rapport aux hétérosexuels, dans le domaine, notamment, de la famille, de l'emploi ou de la liberté de rassemblement. Ainsi, le mariage civil est ouvert pour les couples de même sexe dans 15 pays seulement.³ Récemment, le Brésil (14 mai 2013)⁴, la Nouvelle-Zélande (19 mars 2013)⁵, l'Uruguay (10 avril 2013)⁶, la France (17 mai 2013)⁷ et l'Angleterre et le pays de Galles (16 juillet 2013)⁸ l'ont reconnu, rompant ainsi avec une inégalité de droits liée à l'orientation sexuelle. Le droit d'asile pour les gays, lesbiennes ou bisexuel-le-s est difficilement appliqué, même si la peur de persécution en raison de l'orientation sexuelle est un motif légitimement reconnu pour accepter les demandes d'asile. Les trans doivent faire face à des discriminations et persécutions quotidiennes en raison du manque de reconnaissance de leur changement de sexe dans leurs documents d'identité.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Chypre du Nord pénalise encore officiellement les relations homosexuelles. Récemment, deux hommes ont été arrêtés pour avoir pris part à des actes « contre nature »⁹. Il faut noter que la Grèce, malgré une dépénalisation officielle, continue à incriminer certains actes « contre nature » entre hommes dans certaines circonstances à l'article 347 du Code pénal grec. Le 30 juin 2013, la Russie a adopté deux lois, l'une punissant tout acte de « propagande » devant mineur – terme vague qui pourrait inclure la participation à une gay pride, la diffusion d'informations, des films –, l'autre interdisant l'adoption d'enfants russes par des couples de même sexe ou par des célibataires de pays ayant légalisé les unions entre personnes de même sexe.¹⁰

Le Conseil de l'Europe s'est engagé dans la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle depuis plusieurs années. Ainsi, rappelant que « *le principe selon lequel aucune valeur culturelle, traditionnelle ou religieuse, ni aucun précepte découlant d'une culture dominante ne*

1. LGBTI: Lesbiennes, gays, bisexuel-le-s, transsexuel-le-s et transgenres, intersexué-e-s.

2. Voir les fiches par pays sur le site Internet de l'ONG ILGA: <http://ilga.org/ilga/en/index.html>.

3. Afrique du Sud, Argentine, Belgique, Brésil, Canada, Danemark, Espagne, France, Islande, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Suède et Uruguay. Cependant, dans certains États fédéraux, le mariage entre personnes de même sexe est légal dans quelques États fédérés : Australie (territoire de la capitale), États-Unis (Californie, Connecticut, Delaware, Illinois, Iowa, Maine, Massachusetts, Maryland, Minnesota, New-Hampshire, New-Jersey, New-York, Rhode Island, Vermont, Washington, Washington D.C.) et Mexique (Chihuahua, District fédéral, Oaxaca, Quintana Roo).

4. http://www.nytimes.com/2013/05/15/world/americas/brazilian-court-council-removes-a-barrier-to-same-sex-marriage.html?_r=1&

5. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2013/0020/latest/whole.html>

6. http://www.la-razon.com/mundo/Registro-matrimonios-homosexuales-Uruguay-comenzara_0_1878412209.html

7. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte=&categorieLien=id>

8. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted/data.htm>

9. <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-16840318>.

10. <http://www.fidh.org/russian-federation-stop-the-anti-lgbt-law-now-13468>

sauraient être invoqués pour justifier les discours de haine ou toutes autres formes de discrimination, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre », le Conseil de l'Europe recommande aux États de « veiller à ce que des mesures législatives et autres visant à combattre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à garantir le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres, et à promouvoir la tolérance à leur égard soient adoptées et appliquées de manière efficace »¹¹.

La Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a été saisie de plusieurs affaires liées à des cas de discrimination fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

La FIDH, aux côtés de ILGA-Europe, la Commission internationale des juristes (CIJ) et l'association *Advice on Individual Rights in Europe* (AIRE Centre), a saisi cette opportunité pour soumettre à la CourEDH des *amici curiae*.¹² Par ce biais, ces ONG ont demandé à la Cour de pouvoir intervenir dans une quinzaine de procédures, notamment en présentant des observations écrites auprès de la Cour au travers de leurs représentants Robert Wintemute, ainsi que S. Chelvan et Allison Jernow, et parfois des observations orales devant la Grande Chambre.

Cette procédure d'intervention en tant que tiers intervenant permet à la FIDH de présenter aux juges des éléments de clarification sur des points de droit, de la jurisprudence de différents tribunaux nationaux d'États membres du Conseil de l'Europe mais aussi d'États tiers et de cours régionales, et donc de peser sur le développement d'une jurisprudence européenne contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Une telle jurisprudence est souvent à l'origine de modifications législatives subséquentes. C'est la raison pour laquelle la FIDH contribue au développement de cette jurisprudence, décrite dans cette note, et dont les effets, au-delà des pays concernés peuvent trouver à s'appliquer à l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe.

Cette note de position ne couvre pas tous les thèmes liés aux droits LGBTI, mais cible les affaires dans lesquelles la FIDH est intervenue. Il est intéressant de noter que la CourEDH n'a jamais été saisie pour des affaires concernant les droits des intersexes. Concernant les droits des trans, la Cour a été amenée à prendre des décisions quant à la reconnaissance légale de la réassignation de genre¹³, le remboursement des frais médicaux nécessaires à la réassignation de genre¹⁴, mais aussi le droit au mariage après la réassignation¹⁵. En ce qui concerne les droits de personnes gays, lesbiennes et bisexuelles, la Cour s'est prononcée sur plusieurs sujets : l'interdiction absolue des activités sexuelles entre personnes de même sexe¹⁶, la liberté de réunion et d'association¹⁷, les discours haineux¹⁸.

La FIDH et ses organisations partenaires sont ainsi intervenues dans des affaires relatives à l'égalité dans la famille (concernant la reconnaissance légale des couples de même sexe et l'adoption) et relatives aussi aux droits de la personne et à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (concernant des demandeurs d'asile et l'articulation avec la liberté de croyance).

11. Comité des Ministres, *Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, 31 mars 2010.

12. En application de l'article 36.2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), «*le Président de la Cour peut autoriser une personne, autre que le requérant, ou un Etat partie à la Convention, autre que celui contre lequel la requête est dirigée, à intervenir dans la procédure. On parle de tiers intervenant. Cette personne ou cet Etat pourra ainsi déposer des observations écrites ou prendre part aux audiences.*», in *La CEDH en 50 questions*, http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_FRA.pdf

13. CourEDH, *B. c. France*, Requête n° 13343/87, Plénière, 25 mars 1992. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62326>

14. CourEDH, *van Kück c. Allemagne*, Requête n° 35968/97, Troisième Section, 12 septembre 2003. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-65699>

15. CourEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Requête n° 28957/95, Grande Chambre, 11 juillet 2002. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-65153>

16. CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Requête n° 7525/76, Plénière, 22 octobre 1981. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62031>

17. CourEDH, *Alekseyev c. Russie*, Requête n° 4916/07, 25924/08, 14599/09, Première Section, 21 octobre 2010. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101300>

18. CourEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, Requête n°1813/07, Cinquième Section, 9 février 2009. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046> (en anglais)

I - Égalité dans la famille

La FIDH est intervenue dans sept affaires concernant plus particulièrement la reconnaissance légale des couples de même sexe au travers du mariage ou du partenariat civil, incluant le cas de transsexuels après le changement d'état civil, et l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe.

A) L'accès au mariage

Schalk et Kopf c. Autriche (Requête n° 30141/04)

Faits : Refus par les autorités compétentes du mariage de deux hommes.

Procédure nationale (Autriche) : Demande refusée par la mairie en 2002. / Refus confirmé par le Gouverneur régional en 2003. / La Cour Constitutionnelle déclare la loi en vigueur conforme à la Constitution en 2003.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 5 août 2004 / Audience devant la Première Section le 25 février 2010 / Décision le 22 novembre 2010.

Argumentaires de l'amicus : 26 juin 2007 : la relation des couples de même sexe devrait être incluse dans le domaine de la « vie familiale » et pas seulement « vie privée ». De plus, le champ d'application de l'article 12 de la Convention sur le mariage doit intégrer les couples de même sexe, et enfin, le fait d'accorder des droits particuliers aux couples mariés est une discrimination indirecte envers les couples de même sexe qui n'y ont pas accès.

ONG participantes : FIDH, CIJ, Advice on Individual Rights in Europe (AIRE Centre), European Region of the International Lesbian and Gay Association (ILGA-Europe).

Décision de la CourEDH : 22 novembre 2010 : Aucune violation de l'article 12 CEDH (7 voix) / Aucune violation de l'article 14 combiné à l'article 8 CEDH (4 voix contre 3).

Chaplin et Charpentier c. France (Requête n° 40183/07)

Faits : Refus du mariage de deux hommes.

Procédure nationale (France) : Demande de mariage refusée par le Procureur de la République en mai 2004. / Le maire de Bègles procède tout de même au mariage en juin 2004. / Mariage annulé par le tribunal en juillet 2004. / Confirmation du jugement par la Cour d'appel en avril 2005. / Rejet du pourvoi par la Cour de Cassation en mars 2007.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 6 septembre 2007. Affaire pendante.

Argumentaires de l'amicus : 26 octobre 2009 : La relation des couples de même sexe doit être incluse dans le domaine de la « vie familiale » et pas seulement « vie privée ». De plus, le fait d'accorder des droits particuliers aux couples mariés est une discrimination indirecte envers les couples de même sexe qui n'y ont pas accès.

ONG participantes : FIDH, CIJ, AIRE Centre, ILGA-EUROPE.

Vallianatos et autres c. Grèce (Requête n° 29381/09)

Faits : Refus du partenariat enregistré à deux hommes, ouvert seulement aux couples de sexe différent.

Procédure nationale (Grèce) : aucune procédure nationale

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 6 mai 2009 / Audience devant la Grande Chambre le 16 janvier 2013 / Décision le 7 novembre 2013.

Argumentaires de l'amicus : 20 juin 2010 : l'interdiction de discrimination en raison de l'orientation sexuelle est réaffirmée suivant l'affaire *Karner c. Autriche** et son respect par les juridictions internes.

ONG participantes : FIDH, CIJ, AIRE Centre, ILGA-EUROPE.

Décision de la CourEDH : 7 novembre 2013 : Violation de l'article 14 combiné à l'article 8 CEDH (16 voix contre 1).

* *V. infra.*

La question de l'ouverture du mariage civil pour les couples de même sexe a été présentée sous diverses formes à la CourEDH. Il s'agit tout d'abord de savoir si le mariage entre couples de même sexe doit être inclus dans le cadre de la « vie familiale », ensuite si l'article 12 (droit au mariage) de la CEDH garantit le droit de se marier pour ces couples, et enfin, le cas échéant, si l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH le permet.

1) L'inclusion du mariage entre couples de même sexe dans le cadre de la «vie familiale»

Selon l'article 12 de la CEDH : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »¹⁹ Les pétitionnaires, parmi lesquels la FIDH, ont invoqué qu'une interprétation de l'article excluant l'accès aux couples de même sexe serait contraire à la Convention et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, l'exclusion des couples de même sexe constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. Deuxièmement, les discriminations en raison de l'orientation sexuelle doivent être justifiées par un motif grave, et troisièmement, un tel motif n'existe pas. Ils affirment que la « *tradition n'est pas une justification et envoyer un message symbolique selon lequel les couples de même sexe seraient inférieurs aux couples de sexe différent n'est pas un but légitime* »²⁰.

Toutefois, la CourEDH, dans sa jurisprudence *Schalk et Kopf c. Autriche* a décidé, à l'unanimité, que « *les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément* » excluant ainsi une interprétation dynamique permettant d'englober le mariage entre personnes de même sexe. Elle a ajouté que « *le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre* ». Elle a rappelé qu'« *elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre* »²¹. En évoquant le caractère traditionnel du mariage, la Cour laisse place à une large marge d'appréciation nationale pour les États. L'absence de consensus européen rend

19. À ce propos, la CourEDH explique que « pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et liberté à « toute personne » ou indiquent que « nul » ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. » CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Requête n°30141/04, Première section, 22 novembre 2010, §55. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99643>.

20. Observations écrites de la FIDH, ICJ, AIRE CENTRE et ILGA-EUROPE, 26 juin 2007, §17 (en anglais), http://www.fidh.org/IMG/pdf/schalk_kopf_v_austria_fidh_writtencomments_june2007.pdf.

21. CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Requête n°30141/04, Première section, 22 novembre 2010, §62. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99643>.

peu probable un retour sur cette position. La FIDH est d'avis de ne pas se concentrer sur cette absence de consensus, qui ne constitue pas un critère légitime pour ne pas reconnaître des droits, mais de se focaliser sur l'absence de motifs graves qui excluent les couples de même sexe du mariage.

La Cour a également dû argumenter sur le fait d'inclure la vie de couple entre personnes de même sexe (sans enfants) dans le domaine de la « vie familiale » protégé par l'article 8 de la Convention. La reconnaissance de l'existence d'une vie familiale pour les couples de même sexe sans enfants est importante. La vie familiale englobe la question de l'adoption, mais aussi le regroupement familial. Le respect de la vie familiale est garanti aux couples de sexes différents sans enfant « *selon sa jurisprudence constante relative aux couples hétérosexuels* »²². La position de la FIDH est claire sur ce point. Les relations des couples de sexes différents sont englobées dans la « vie familiale ». Les relations de couples de même sexe doivent donc aussi être constitutives de « vie familiale », selon le principe de non discrimination. La Cour ayant noté une évolution de « l'attitude de la société envers les couples homosexuels » et entre autres, la reconnaissance juridique des couples de même sexe dans certains États, elle a décidé d'inclure les relations entre personnes de même sexe dans le domaine de la vie familiale²³.

2) Le droit au mariage ainsi qu'au partenariat civil pour les couples de même sexe

Dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour a également conclu que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention n'ouvrirait pas un droit au mariage pour les couples de même sexe. Les requérants arguaient que les différences existantes entre les droits offerts par les partenariats civils et le mariage constituaient une discrimination. Afin d'éviter cette discrimination directe (les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage) et indirecte (les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage et donc aux droits spécifiques découlant du mariage), les couples de même sexe devraient avoir accès au mariage. La CourEDH a décidé à ce propos que « *la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres* »²⁴. Ayant refusé d'interpréter l'article 12 de la Convention (article spécifique au mariage) comme ouvrant le droit au mariage aux couples de même sexe, elle n'a pu faire autrement que conclure que « *l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation* ».²⁵

La Cour est allée plus loin en précisant que « *les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique* »²⁶ telle que le partenariat civil. Elle a aussi précisé « *le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives* »²⁷. Ainsi, la discrimination entre les couples de même sexe et de sexe différent perdure en ce qui concerne l'accès au mariage (discrimination directe), mais aussi les droits accordés par les autres modes de reconnaissance juridique des couples (discrimination indirecte).

La reconnaissance juridique des couples de même sexe a motivé la FIDH et les autres pétitionnaires à déposer un *amicus* dans l'affaire *Vallianatos c. Grèce*. Dans cette affaire, les requérants reprochent à la Grèce d'avoir mis en place en 2008 un partenariat de vie commune, mais de n'ouvrir l'accès à ce partenariat que pour les couples hétérosexuels. Les ONG, dans leur argumentation, rappellent que la CourEDH a décidé dans l'affaire *Karner c. Autriche*²⁸,

22. *Ibidem*, §91.

23. *Ibidem*, §§ 93-95.

24. *Ibidem*, §101.

25. *Ibidem*, §101.

26. *Ibidem*, §108.

27. *Ibidem*, § 105.

28. CourEDH, *Karner c. Autriche*, Requête n°40016/98, Première section, 24 octobre 2010, § 37.

que les droits accordés aux couples hétérosexuels non mariés doivent être accordés aux couples homosexuels : « *La Cour a décidé que les couples de même sexe non mariés doivent généralement bénéficier des mêmes droits et obligations que les couples de sexe différent non mariés.* »²⁹.

La Cour a décidé ici que la justification de la Grèce pour exclure les couples de même sexe n'était pas suffisante. L'argument du Gouvernement selon lequel la loi avait pour but principal de protéger les enfants nés hors mariage ne constitue pas une raison solide et convaincante car l'objet principal réel de la loi est la reconnaissance juridique d'une nouvelle forme de vie commune. Dès lors, l'exclusion des couples de même sexe viole la Convention.

La question de l'accès au mariage pour les couples de même sexe peut être soulevée dans d'autres cas. Dans l'affaire *H. c. Finlande*, un homme marié à une femme a décidé d'effectuer les opérations nécessaires afin de changer de sexe et devenir une femme, ce qu'il affirme avoir toujours été. Suite à l'opération, elle n'a pu obtenir le changement de ses papiers d'identité, sur lesquels elle est toujours un homme. Ce refus de changement d'état civil est du à son statut marital. Le droit finlandais refuse l'accès au mariage pour les couples de même sexe. Afin de procéder à la réassignation sur ses papiers d'identité, il faudrait procéder au divorce ou transformer le mariage en partenariat civil, ce que refuse la requérante. Dans son argumentation, la requérante affirme « *qu'il n'existe pas de fondement justifiant l'obligation pour le requérant de divorcer afin de protéger sa vie privée. Les attitudes envers les mariages de couples de même sexe changent et ces derniers sont autorisés tant en Suède qu'en Norvège, Etats voisins de la Finlande. Etant donné que les bases juridiques pour le mariage et le partenariat civil étaient si proches, il n'y a pas eu d'intérêt public majeur ; ceci dit, cette question devrait être traitée dans la sphère privée.* »³⁰. La Cour a en revanche décidé que « *la requérante a réellement la possibilité de changer cet état de fait : son mariage peut être transformé à n'importe quel moment, ex lege, en un partenariat civil avec le consentement de son épouse. Si elle n'obtient pas ce consentement, la requérante a la possibilité de divorcer* »³¹. Il n'y a donc pas violation de l'article 8 de la Convention. Suite à cette décision, l'affaire a été renvoyée à la Grande Chambre le 29 avril 2013, en vertu de l'article 43 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à la demande du requérant. La Grande Chambre a tenu une audience le 16 octobre 2013. La FIDH, son organisation membre en Finlande, la Ligue finlandaise pour les droits de l'Homme, ILGA-EUROPE et CIJ ont voulu soumettre un *amicus*, mais cette requête a été rejetée par le Président de la Grande Chambre, sans autre motivation.³²

La FIDH considère qu'aucun argument ne justifie la discrimination directe envers les couples de même sexe en matière de mariage et de reconnaissance juridique des couples. Cela implique le droit au mariage et aux autres formes d'unions prévues dans les lois nationales sur un pied d'égalité, qu'il s'agisse de couples de même sexe ou de sexes différents.

29. Observations écrites de la FIDH, ICJ, AIRE CENTRE & ILGA-EUROPE dans l'affaire *Karner c. Autriche*, 20 juin 2011, § 3 (traduction française de l'anglais), http://www.fidh.org/IMG/pdf/vallianatos_v_greece_fidh_writtencomments_june2011.pdf.

30. CourEDH, *H. c. Finlande*, Requête n°37359/09, quatrième Section, 13 novembre 2012, § 33, traduction non officielle de l'anglais: «*There were no justifiable grounds to make the applicant divorce in order to protect her privacy. Attitudes towards same-sex marriages were changing and they were allowed both in Sweden and Norway, Finland's neighbouring countries. As the legal frameworks for marriage and civil partnership were so similar, there was no major public interest involved but the matter should be left to the private sphere.*», <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486>

31. *Ibidem*, § 50, traduction non officielle de l'anglais: «*the applicant has a real possibility to change that state of affairs: her marriage can be turned at any time, ex lege, into a civil partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the applicant has the possibility to divorce.*».

32. L'audience devant la Grande chambre a eu lieu le 16 octobre 2013.

B) L'adoption

E.B. c. France (Requête n° 43546/02)

Faits : Refus d'adoption individuelle par une femme vivant en couple avec sa partenaire.

Procédure nationale (France) : Refus d'agrément en 1998 et 1999. / Le Tribunal administratif (TA) annule le refus d'agrément en 2000. / La Cour d'appel administrative annule le jugement du TA en 2001. / Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi de la requérante en 2002.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 2 décembre 2002. / Audiences le 14 mars 2007. / Décision de la Cour le 22 janvier 2008.

Argumentaires de l'amicus : 3 juin 2005 : un homosexuel se voit refuser systématiquement ses demandes d'adoption individuelle, ce qui n'est pas le cas pour un individu hétérosexuel. Un grand nombre de cours ont décidé de mettre fin à cette discrimination en raison de l'orientation sexuelle, car aucune étude scientifique ne démontre un impact négatif sur l'enfant du fait d'avoir été élevé par un parent homosexuel.

ONG participantes : FIDH, ILGA-EUROPE, British Agencies for Adoption and Fostering (BAAF), Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens (APGL).

Décision de la CourEDH : 22 janvier 2008: Violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 de la Convention.

Gas et Dubois c. France (Requête n°25951/07)

Faits : Refus d'adoption co-parentale pour un couple de même sexe.

Procédure nationale (France) : Le Tribunal d'instance (TI) rejette la demande d'adoption en 2006. / La Cour d'Appel confirme la décision du TI en 2006.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 15 juin 2007. / Audience le 12 avril 2011. / Décision de la Cour le 15 mars 2012.

Argumentaires de l'amicus : 11 décembre 2009 : un nombre important de législations et de décisions judiciaires ont ouvert l'accès à l'adoption par le second parent pour les couples homosexuels, il existe en France une différence de traitement entre les couples de même sexe (non mariés) et les couples mariés de sexe différents, les premiers n'ayant pas accès à ce type d'adoption, et enfin que cette différence de traitement n'est pas justifiée.

ONG participantes : FIDH, ILGA-EUROPE, BAAF, Network of European LGBT Families Associations (NELFA)

Décision de la CourEDH : 15 mars 2012: Aucune violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 de la Convention.

X et autres c. Autriche (Requête n° 19010/07)

Faits : Refus d'adoption co-parentale pour un couple de même sexe.

Procédure nationale (Autriche) : Le Tribunal du district refuse la demande d'adoption en 2005. / Le Tribunal régional confirme la décision en 2006. / La Cour suprême confirme la décision en 2006.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 24 avril 2007 / Audiences le 3 octobre 2012 / Décision de la Cour le 19 février 2013.

Argumentaires de l'amicus : 1er août 2012 : il n'existe aucune justification au fait d'interdire l'accès à l'adoption par le second parent pour les couples homosexuels (non mariés), alors que les couples hétérosexuels non mariés y ont accès. De plus, les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant ouvert l'adoption par le second parent aux couples hétérosexuels non mariés, l'ont également fait pour les couples homosexuels non mariés.

ONG participantes : FIDH, ILGA-EUROPE, BAAF, NELFA, European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL)

Décision de la CourEDH : 19 février 2013: Violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 de la Convention.

Les gays et lesbiennes sont concernés par trois situations d'adoption possibles : l'adoption en tant que célibataire, dans un État qui autorise ce genre d'adoptions où le partenaire, le cas échéant, n'acquiert aucun droit parental sur l'enfant (« adoption individuelle ») ; l'adoption de l'enfant de son/sa partenaire de même sexe pour avoir des droits parentaux (« adoption coparentale ») ; l'adoption par les deux membres d'un couple de même sexe d'un enfant n'ayant aucun lien biologique, légal ou social avec eux, de façon à acquérir des droits parentaux de façon simultanée (« adoption conjointe »).

1) L'adoption individuelle

Au terme de la jurisprudence *Fretté c. France*, la Cour avait conclu que le rejet d'une demande d'adoption en raison de l'homosexualité du requérant ne violait pas la Convention.³³ La Cour est revenue sur sa décision concernant l'adoption individuelle dans l'affaire *E.B. c. France*. Dans cette dernière affaire, une femme lesbienne vivant en concubinage avait souhaité adopter un enfant. Elle s'est vu refuser la demande d'adoption en dernière instance par le Conseil d'État le 5 juin 2002, en partie en raison du « défaut de repères identificatoires dû à l'absence d'image ou de référent paternel³⁴ ». Bien que le Gouvernement l'ait nié dans ses arguments présentés à la Cour, la décision du Conseil d'État serait fondée sur l'orientation sexuelle de la requérante.

La FIDH et ses co-pétitionnaires ont soutenu qu'aucun État partie au Conseil de l'Europe autorisant l'adoption individuelle ne l'interdit aux homosexuels et bisexuels de façon expresse dans une loi ou au travers d'une décision de justice, ce qui confirme d'ailleurs l'émergence d'un consensus. De plus, contrairement aux arguments développés par le Conseil d'État, le nombre d'enfants ayant besoin d'être adoptés est conséquent. Il serait donc nécessaire d'élargir le nombre de candidats potentiels voulant adopter : « *les intérêts des enfants ne peuvent qu'être respectés lorsqu'on élargit autant que possible le pool de potentiels parents adoptifs et que l'on refuse d'exclure tout adulte qualifié en raison de certaines caractéristiques (par exemple l'orientation sexuelle) qui n'ont aucune relation avec leur capacité à leur prodiguer*

33. CourEDH, *Fretté c. France*, Requête n°36515/97, troisième Section, 26 février 2002. Le requérant, homosexuel, s'est vu refusé une demande d'adoption en dernière instance par le Conseil d'Etat le 9 octobre 1996 « *eu égard à ses conditions de vie et malgré les qualités humaines et éducatives certaines* ». Le Cour a décidé qu'il n'y a pas violation du principe de non-discrimination en raison des divisions de la communauté scientifique sur les conséquences d'une adoption par un homosexuel, des divergences profondes des opinions nationales et internationales et du nombre restreint d'enfants ayant besoin d'être adoptés.

34. Conseil d'État, *Mlle Emmanuelle B.*, n°230533, 5 juin 2002. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008090195&dateTexte=>

de bons soins parentaux. »³⁵. Enfin, il n'existe aucun consensus scientifique sur l'existence d'un dommage pour l'enfant à être élevé par un parent ou un couple de parents homosexuel(s).

La Cour, après avoir analysé les motivations des décisions rendues par les juridictions internes, qui sans l'évoquer de façon explicite se réfèrent à l'orientation sexuelle de la requérante, a décidé que « *force est donc de constater que les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention* »³⁶.

Cette décision était d'une grande importance puisqu'elle a ouvert la voie à l'autorisation par les célibataires à adopter, quelle que soit leur orientation sexuelle.

2) L'adoption coparentale

Concernant l'adoption par le second parent, une distinction doit être effectuée entre les cas où les couples de sexe différent non mariés ont accès à ce type d'adoption et les cas où ils n'y ont pas accès.

La FIDH et les autres co-pétitionnaires ont mis en lumière une certaine incohérence : il est possible pour l'un des parents d'un couple de même sexe d'adopter à titre individuel, mais l'adoption par le second parent ne leur est pas accessible. L'étude menée par Robert Wintemute sur les législations des États membres du Conseil de l'Europe montre un consensus en matière de non-discrimination des couples de même sexe dans le cadre de l'adoption coparentale. Il démontre que, en 2009, si seulement 10 des 47 États membres ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés, au sein de ces 10 États « *la grande majorité (71%) des États membres ont décidé d'étendre la possibilité de l'adoption coparentale (...) aux couples de même sexe (cohabitant, en partenariat enregistré ou mariés), et à tout le moins aux couples de sexe différent non mariés.* »³⁷

3) L'adoption conjointe

La Cour a appliqué les critères de non-discrimination de façon stricte. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, elle a comparé la situation des couples de sexe différent non mariés à celle des couples de même sexe, qui ne peuvent pas se marier. À cette date, la France n'autorisait l'adoption coparentale qu'aux couples mariés. La Cour a donc comparé la situation des couples non mariés de sexe différent et des couples de même sexe. Elle a conclu qu'il n'y avait pas de discrimination car les couples de sexe différent non mariés n'avaient pas accès à l'adoption : « *Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans des situations juridiques comparables, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple (voir paragraphes 19, 24 et 31). Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.* »³⁸.

En revanche, en Autriche, la législation autorise l'accès à ce type d'adoption pour les couples hétérosexuels non mariés. Un an après l'affaire *Gas et Dubois c. France*, dans l'affaire *X et autres c. Autriche*, la Cour a décidé qu'il y a bien une différence de traitement entre les couples de sexe différent non mariés ayant accès à l'adoption, et les couples de même sexe, et va chercher si cette

35. Voir les observations écrites de la FIDH, ILGA-EUROPE, BAAF, APGL, 3 juin 2005, §14 (traduction de l'anglais), http://www.fidh.org/IMG/pdf/eb_v_france_fidh_writtencomments_june2005.pdf.

36. CourEDH, *E.B. c. France*, Requête n°43546/02, Grande Chambre, 22 janvier 2008, §96. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84569>.

37. Observations écrites de la FIDH, ICJ, ILGA-EUROPE, BAAF, NELFA et ECSOL, 1er août 2012, §17 (traduit de l'anglais), http://www.fidh.org/IMG/pdf/xvaustria_fidh_writtencomments_aug2012.pdf.

38. CourEDH, *Gas et Dubois c. France*, Requête n°25951/07, ancienne cinquième Section, 15 mars 2012, §69. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571>.

différence poursuit un but légitime et proportionné. Elle a retenu que la différence de traitement était disproportionnée du fait de l'autorisation pour une personne lesbienne ou gay d'adopter un enfant à titre individuel : « *Toutefois, eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant. Partant, la distinction opérée par le droit autrichien est incompatible avec la Convention.* »³⁹. L'argumentation juridique développée par la Cour pourrait par analogie s'appliquer à l'adoption conjointe. Elle a fait référence à des textes internationaux qui ne distinguaient pas entre les différents mode d'adoption⁴⁰.

L'évolution de droit en matière familiale se fait pas à pas. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la CourEDH, un nombre croissant d'États accorde l'accès au mariage et à l'adoption aux couples de même sexe.

Il faut ici noter l'exemple de l'Autriche, qui montre l'impact possible des décisions de la CourEDH au niveau national. Le Parlement autrichien a voté, le 4 juillet 2013, un amendement en matière d'adoption coparentale, donnant suite à la décision *X. c. Autriche*. La loi, qui est entrée en vigueur le 1er août 2013⁴¹, ouvre l'accès à l'adoption par le second parent pour les couples de même sexe.

La FIDH demande aux États de mettre fin aux discriminations envers les personnes LGBTI en matière d'adoption, et de leur garantir l'accès à l'adoption individuelle, coparentale et conjointe dans les mêmes conditions que pour les personnes hétérosexuelles.

Au-delà des difficultés de reconnaissance de statuts et de droits familiaux, les personnes LGBTI doivent aussi faire face à d'autres discriminations fondées sur leur orientation sexuelle ou leur identité sexuelle.

39. CourEDH, *X. et autres c. Autriche*, Requête n°19010/07, Grande Chambre, 19 février 2013, §144 et §151.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116998>

40. Articles 2 et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, articles 4, 7 et 11 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants du 27 novembre 2008.

41. <http://www.fidh.org/austria-becomes-the-13rd-european-country-to-allow-same-sex-second-parent-13749> (en anglais).

II - Droits fondamentaux de la personne et discrimination en raison de l'orientation sexuelle

A) Demande d'asile

M.E. c. Suède (Requête n°71398/12)

Faits : Libyen marié à un Suédois et demandant l'asile en Suède en raison du risque de représailles et de menaces en Libye à cause de son orientation sexuelle se voit refuser l'asile.

Procédure nationale (Suède) : Rejet d'une demande de permis de résidence en Suède sur la base de son mariage à un suédois car cette demande aurait dû être présentée au titre de la réunification familiale depuis son pays d'origine.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 3 novembre 2012. Affaire pendante.

Argumentaires de l'amicus : 13 mars 2013 : les risques de persécutions et mauvais traitement en raison de l'orientation sexuelle sont un motif accepté dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe pour accorder l'asile. Le Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies recommande l'acceptation de ce motif et ce, quel que soit le comportement du demandeur d'asile dans son pays d'origine.* Les tiers-intervenants ont ensuite effectué un « état des lieux » de la situations des homosexuels en Libye.

ONG participantes : FIDH, ILGA-EUROPE, ICJ.

* *V. infra.*

A.E. c. Finlande (Requête n°30953/11)

Faits : Iranien poursuivi pour crime d'homosexualité en Iran et dont la demande d'asile a été rejetée en Finlande.

Procédure nationale (Finlande) : Rejet de la demande d'asile en Finlande en 2010.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour le 19 mai 2011. Affaire suspendue en raison d'un nouveau recours présenté au niveau interne

Demande d'amicus : 2 mai 2012

ONG participantes : FIDH, ILGA-EUROPE, ICJ, Finnish League for Human Rights (FLHR), European Council on Refugees and Exiles (ECRE).

La Convention européenne des droits de l'Homme ne garantit pas le droit d'asile⁴². En revanche, l'interprétation dynamique des articles 2,1 et 3 de cette Convention par la Cour interdit aux États membres de reconduire des étrangers dans leur pays si leur vie est directement menacée, ou s'ils risquent d'y être torturés ou de subir de mauvais traitements. Elle a ainsi décidé : « *lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays.* »⁴³

Les affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'asile sont une occasion de revenir sur la jurisprudence déjà existante. En 2004, la Cour s'était prononcée sur deux affaires concernant des demandes d'asile, présentées par des Iraniens, en raison du risque de persécution et de mauvais traitements du fait de leur homosexualité s'ils étaient expulsés vers l'Iran : l'affaire *F. c. Royaume-Uni*⁴⁴ et l'affaire *I.J.N. c. Pays-Bas*⁴⁵. Leurs demandes, fondées sur les articles 2 et 3 de la Convention, avaient été rejetées par la Cour, qui n'était pas convaincue du réel danger encouru en cas d'expulsion. La Cour précise : « Bien qu'il doit être reconnu que la situation générale en Iran ne promet pas la protection des droits humains et que les homosexuels peuvent être sujets à de mauvais traitements, le requérant n'a pas établi dans son cas qu'il y a des raisons substantielles de croire qu'il sera exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en raison de son homosexualité. »⁴⁶

La FIDH, conjointement à ILGA-EUROPE et la CIJ, ont relevé que le risque de persécution et/ou de mauvais traitement pour homosexualité est un motif accepté pour une demande d'asile dans 34 États membres du Conseil de l'Europe (dont 27 de l'Union européenne)⁴⁷. Ce consensus ne peut être ignoré par la Cour.

Le point litigieux dans ces affaires se situe au niveau de l'interprétation du risque encouru dans ledit pays d'origine. La CourEDH a procédé à une analyse de la situation des gays et lesbiennes dans les pays concernés et conclu à l'existence ou non d'un réel risque pour l'individu en cas d'expulsion. A ce propos, les ONG pétitionnaires ont critiqué le nouveau critère de la Cour pour rejeter les demandes d'asile, fondé sur la probabilité que le demandeur d'asile restera « discret » à propos de son orientation sexuelle⁴⁸.

Le droit à l'intégrité ne saurait être soumis à des critères de discrétion de vie, d'ailleurs impossible à définir. Cet argument va à l'encontre de la ligne directrice sur la protection internationale n°9 du Haut-Commissaire aux Réfugiés de 2012 qui précise que : « *le fait qu'un demandeur soit capable d'éviter la persécution en étant discret ou en cachant son orientation sexuelle ou identité de genre, ou l'a déjà fait auparavant, n'est pas une justification valide au refus du statut de réfugié* »⁴⁹.

La FIDH a ainsi rappelé le raisonnement de la Cour Suprême du Royaume-Uni quant aux demandeurs d'asile en provenance d'Iran jusque 2010. Elle avait pour cela mis en place « l'HJ

42. CourEDH, *Saasi c. Italie*, Requête n°37201/06, 28 février 2008, § 124. « *La Cour note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique* » <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85275>.

43. *Ibidem*, § 125.

44. CourEDH, *F. c. Royaume-Uni*, Requête n°17341/03, quatrième Section, 22 juin 2004. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-24020>

45. CourEDH, *I.J.N. c. Pays-Bas*, Requête n°2035/04, troisième Section, 9 décembre 2004. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67880>

46. *Ibidem*, p. 13, traduction non officielle de l'anglais : « *Although it must be acknowledged that the general situation in Iran does not foster the protection of human rights and that homosexuals may be vulnerable to abuse, the applicant has not established in his case that there are substantial grounds for believing that he will be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention on grounds of his homosexuality* ».

47. Observations écrites de la FIDH, ILGA-EUROPE, ICJ dans l'affaire *M.E. c. Suède* (requête n°71398/12), 13 mars 2013, § 9 (en anglais). http://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh-icj-ilga_europe_intervention_-_me_v_sweden_-_app_no_71398_-_12_-_9th_april_2013.pdf

48. *Ibidem*, § 3.

49. UNCHR, *Guidelines on international protection No. 9 : Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 octobre 2012, §31.

test », dit le « test de discrétion ». Selon ce test, la Cour Suprême n'accordait pas l'asile, pour des motifs de persécutions en raison de l'orientation sexuelle, si le demandeur d'asile serait « volontairement discret » à propos de son orientation sexuelle en cas de retour dans son pays d'origine. Si tel était le cas, le refus de la demande d'asile serait « raisonnablement tolérable ».

En 2010, la Cour Suprême a décidé que cette méthode est illégale et ne pouvait pas être conforme « au droit de vivre librement et ouvertement en tant que gay sans craindre des persécutions »⁵⁰. Elle va donc modifier les critères de son test en s'interrogeant sur les motifs réels du choix du demandeur d'asile quant à sa « discrétion » en cas de retour. La Cour va désormais suivre un schéma précis afin d'accepter ou non la demande d'asile. Le test s'opère de la manière suivante :

- « (i) l'individu est-il homosexuel, ou perçu comme tel ?
- (ii) les individus homosexuels vivant ouvertement leur homosexualité ont-ils peur de subir des persécutions ?
- (iii) en cas de retour, l'individu vivra-t-il son homosexualité ouvertement ? Si oui, il a le statut de réfugié. Si l'individu sera volontairement « discret »,
 - (a) est-ce en raison de pressions familiales et sociales ? Dans ce cas, il n'a pas le statut de réfugié.
 - (b) si la raison matérielle de cette « discrétion » est la peur de répercussions, alors l'individu a le statut de réfugié. »⁵¹.

La FIDH, et les autres co-pétitionnaires, ont estimé cependant qu'il fallait aller plus loin en élargissant les critères au « risque de pression familiale et sociale » qui ne fait pas partie des critères actuels retenus par la Cour Suprême dans la décision sur la demande d'asile.

L'affaire *M.E. c. Suède* a mis en avant une contradiction dans la reconnaissance pas à pas des droits LGBTI. Le requérant, dans cette affaire, était marié à un suédois. Il n'a pu effectuer une demande de regroupement familial, car selon l'*Aliens Act* de la Suède, les demandes se font depuis le pays d'origine, pays dans lequel le requérant ne peut pas retourner en raison du risque de persécution et de mauvais traitement. Si la CourEDH n'assouplit pas sa jurisprudence en matière d'asile en raison de l'orientation sexuelle, de telles situations risquent à nouveau de se produire.

Il est important que la Cour prenne une décision claire sur les critères qui peuvent être retenus pour les décisions sur les demandes d'asile. Le droit pour individu de vivre ouvertement son homosexualité doit être inclus dans ces critères. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé le 7 novembre 2013, dans l'affaire *X, Y & Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, que « lors de l'évaluation d'une demande visant à obtenir le statut de réfugié, les autorités compétentes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à ce que, pour éviter le risque de persécution, le demandeur d'asile dissimule son homosexualité dans son pays d'origine ou fasse preuve d'une réserve dans l'expression de son orientation sexuelle. »⁵²

La FIDH rappelle que le risque de persécutions et mauvais traitements en raison de l'orientation sexuelle est un critère recevable pour les demandes d'asile. Elle appelle, en outre, la Cour à préciser les critères qu'elle estime conformes à la Convention pour décider du risque subi par le demandeur d'asile.

50. UK Supreme Court, *HJ (Iran) (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) and one other action*, 7 juillet 2010, §82 (en anglais). http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0054_Judgment.pdf.

51. Observation écrites de la FIDH, ILGA-EUROPE, ICJ dans l'affaire *M.E. c. Suède* (requête n°71398/12), 13 mars 2013, § 14. http://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh-icj-ilga_europe_intervention_-_me_v_sweden_-_app_no_71398_-_12_-_9th_april_2013.pdf

52. CJUE, Quatrième Chambre, 7 novembre 2013, *X., Y., & Z. contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12, C-200/12, C-201/12, point 76. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIn dex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=284340>

B) Articulation avec la liberté de religion

Eweida et autres c. Royaume-Uni (Ladele et McFarlane) (Requêtes n° 51671/10 et 36516/10)

Faits : Employée d'état civil licenciée pour refus d'enregistrer les partenariats civils entre personnes de même sexe. Conseiller conjugal licencié pour refus de recevoir des couples homosexuels.

Procédure nationale (Royaume-Uni) : Le tribunal reconnaît la discrimination en raison de la religion en 2008. Le tribunal d'appel infirme la décision, confirmée par la Cour d'appel en 2009. / Le Tribunal ne reconnaît pas la discrimination en raison de la religion en 2009 - Le tribunal d'appel confirme la décision.

Procédure devant la CourEDH : Saisine de la Cour 3 septembre et 24 juin 2010 / Audiences le 4 septembre 2012 / Décision de la Cour le 15 mars 2013.

Argumentaires de l'amicus : 15 septembre 2011 : les tiers intervenants ont montré le nombre réduit de législations et décisions judiciaires autorisant des accommodations dans le travail en raison des croyances religieuses.

Tiers intervenants : FIDH, ILGA-EUROPE, CIJ.

Décision de la CourEDH : 15 mars 2013 : Aucune violation de l'article 9 de la Convention ou de l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention.

Dans les affaires *Ladele* (n° 51671/10) et *McFarlane* (n° 36516/10) contre le Royaume-Uni traitées conjointement par la Cour, la FIDH et ses co-pétitionnaires sont intervenues en tant que tierce partie pour aborder la conciliation entre le droit de ne pas être discriminé en raison de son orientation sexuelle et la liberté de religion d'autrui.

L'affaire *Ladele* concerne un officier d'état civil responsable de l'enregistrement des mariages. Elle refusait en raison de ses croyances religieuses de procéder à l'enregistrement des partenariats civils entre les personnes de même sexe et souhaitait un aménagement avec ses collègues pour ne pas célébrer les cérémonies. Suite aux plaintes et aux trop grandes charges de travail déléguées à ses collègues, elle fut licenciée.

L'affaire *McFarlane* concernait un employé d'une organisation de conseil en matière conjugal et de thérapie en matière sexuelle. Il refusait de fournir les services de l'organisation aux couples de même sexe en raison de ses croyances religieuses. Il fut licencié pour faute grave en refusant de se soumettre au principe de non-discrimination défendu par l'organisation.

L'étude comparative, menée par Allison Jernow, entre les législations des États membres du Conseil de l'Europe comme des États tiers aménageant des exceptions en raison des croyances religieuses a montré que les exceptions sont prévues seulement pour les institutions et organisations religieuses : « *Les exemptions statutaires n'existent que pour les organisations et institutions religieuses. Cela vient de la conviction que les communautés religieuses ne devraient pas être obligées par l'État de célébrer des mariages qui ne sont pas conformes à leur doctrine. Cependant, les exemptions pour des individus ayant une croyance religieuse sont extrêmement rares.* »⁵³ Pour aller plus loin, certains tribunaux nationaux au sein du Conseil de l'Europe, condamnent pénalement des individus pour avoir refusé de fournir un service en raison de l'orientation sexuelle du client/bénéficiaire. Ainsi, aux Pays-Bas, un constructeur a été condamné à payer une amende pour avoir refusé de fournir un service à un homme car il le soupçonnait de vivre avec un autre homme. La Cour a jugé que la liberté de religion de l'un est

53. Observations écrites de la FIDH, ILGA-EUROPE, ICJ, Pr. Robert Wintemute, 15 septembre 2011, § 9 (en anglais). http://www.ilga-europe.org/home/how_we_work/litigation/ecthr_litigation/interventions/submission_in_ladele_and_mcfarlane_v_uk

restreinte par le droit de l'autre de ne pas être discriminé⁵⁴. La FIDH et ses co-pétitionnaires rappellent que le Comité des Droits de l'Homme admet des restrictions légales à la liberté de religion garanti par l'article 18(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁵⁵.

Ainsi, la liberté de religion ne peut prévaloir sur le droit de chacun à la non-discrimination et à l'égalité.

Dans son raisonnement, la CourEDH a déterminé si les mesures de licenciement dans les deux affaires étaient proportionnées. Elle s'est référée à sa jurisprudence passée, jurisprudence selon laquelle la marge de manœuvre de l'État est large lorsqu'il s'agit de mettre en balance deux droits protégés par la Convention : « *Selon sa jurisprudence constante, la Cour reconnaît aux États parties à la Convention une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence. [...] La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées* »⁵⁶.

Elle a conclu que, malgré les conséquences sérieuses sur les requérants, les mesures sont proportionnées.

Dans l'affaire *Ladele*, la Cour a décidé que la mesure de licenciement était justifiée par l'exigence de l'employeur que chacun « *de ses employés [...] agisse d'une manière n'opérant aucune discrimination à l'encontre d'autrui* »⁵⁷ et proportionnée au regard de la marge de manœuvre des États membres quant à la conciliation entre deux droits fondamentaux.

Dans l'affaire *McFarlane*, la Cour a procédé au même raisonnement et « *ne considère pas que la marge de manœuvre ait été excédée dans l'affaire présente* »⁵⁸.

La position de la CourEDH est claire : les personnes proposant des biens et des services au public, que ce soit dans le domaine public, comme dans le domaine privé, ne peuvent obtenir d'accommodations dans leur travail en raison de leur croyance religieuse, si cette accommodation consiste à mettre à l'écart une partie de la société en raison - entre autres - de l'orientation sexuelle.

La FIDH réaffirme l'importance du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, y compris dans le milieu du travail.

54. L.JN BN8113, Rechtbank Arnhem, 05/720597-10, Septembre 2010.

55. Art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.*

2. *Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.*»

56. CourEDH, *Bayatyan c. Arménie*, Requête n°23459/03, Grande Chambre, 7 juillet 2011, § 121. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105610>

57. Traduction non-officielle. Voir CourEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, Requêtes n° 51671/10 et 36516/10, quatrième Section, 15 janvier 2013, § 105. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116097>

58. *Ibidem*, §109.

Conclusion

Si la Cour a permis quelques avancées en matière de droits des LGBTI (accès à l'adoption individuelle, à l'adoption coparentale, la réaffirmation de l'interdiction de discrimination en raison de l'orientation sexuelle), il reste encore des domaines dans lesquels ces droits sont difficilement reconnus. Encore récemment, la Cour a, par exemple, décidé que la Moldavie a violé la Convention en refusant le droit de réunion et d'association d'une association LGBT⁵⁹, illustrant la continuation des violations des droits LGBTI au niveau national.

Aussi, concernant l'accès au mariage, la Cour laisse une grande marge de manœuvre aux États. En raison du texte de la Convention et de la valeur traditionnelle du mariage excluant les couples homosexuels, la discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle peut être justifiée selon la Cour.

S'agissant de la reconnaissance juridique des couples de même sexe, la Cour semble garder la même posture et laisse une large marge de manœuvre quant à l'adoption de lois les reconnaissant juridiquement. Elle a malgré tout réaffirmé le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle dans l'affaire *Vallianatos c. Grèce*, interdisant aux États d'exclure les couples de même sexe d'une forme de reconnaissance juridique si elle est garantie aux couples de sexe différent non-mariés.

La FIDH considère qu'aucun argument ne justifie la discrimination directe envers les couples homosexuels en matière de mariage et de reconnaissance du couple. Elle relève par ailleurs l'émergence d'un consensus international et européen sur la reconnaissance de ces couples et leur accès au mariage. Cela implique le droit au mariage et aux autres formes d'unions civiles prévues dans les lois nationales sur un pied d'égalité, qu'il s'agisse de couples de même sexe ou de sexes différents. Cependant, en raison de la jurisprudence actuelle de la Cour, la FIDH invite les États membres du Conseil de l'Europe à supprimer toute forme de discrimination indirecte quant à l'accès aux droits découlant du mariage (notamment les droits de succession, l'accès à certains avantages sociaux). La jurisprudence *Karner c. Autriche* impose d'ailleurs un sérieux motif dans ce cas de discrimination. La Cour devra décider, prochainement, si le fait d'exclure le partenaire d'un couple bi-national de même sexe non mariés du droit d'obtenir un permis de séjour est contraire à la Convention⁶⁰.

En ce qui concerne l'adoption, la Cour s'est pour le moment limitée au principe de non-discrimination. Que ce soit en matière d'adoption individuelle, ou d'adoption coparentale, il n'est pas possible d'exclure les couples homosexuels non mariés, si les couples hétérosexuels non mariés ont accès à ces formes d'adoption.

Toutefois, elle s'est gardée d'aborder la question de l'adoption conjointe, thème auquel elle sera très certainement confrontée à l'avenir. La FIDH rappelle que certains États ont d'ailleurs déjà ouvert l'adoption conjointe aux couples de même sexe.

La Cour va devoir aussi se prononcer sur les demandes d'asile pour persécution et mauvais traitement en raison de l'orientation sexuelle. Plus particulièrement, elle devra préciser les critères qu'elle estime conformes à la Convention pour décider du risque subi par le demandeur d'asile en fonction de son attitude par rapport à son homosexualité.

59. CourEDH, *GENDERDOC-M c. Moldavie*, Requête n° 9106/06, Troisième Section, 16 juin 2012. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111394> (en anglais).

60. Affaire *Taddeucci et McCall c. Italie*, Requête n° 51362/09.

Le rôle de la Cour dans l'avancée des droits LGBTI est important. Sa jurisprudence doit être respectée et mise en œuvre par tous les États membres du Conseil de l'Europe, même s'ils ne sont pas partie au litige. C'est aux États que revient la charge, au travers de nouvelles lois ou de décisions de justice, de se mettre en conformité avec les principes dégagés à partir de la Convention. La FIDH invite les États membres du Conseil de l'Europe à prendre en compte la jurisprudence de la Cour et à l'intégrer dans leur droit national.

Ce rapport a été publié avec le soutien du Ministère des affaires étrangères de la Finlande. Le contenu de cette publication est de la seule responsabilité de la FIDH et ne reflète en aucun cas la position du Ministère des affaires étrangères de la Finlande.

Établir les faits

Des missions d'enquête et d'observation judiciaire

Depuis l'envoi d'un observateur judiciaire à un procès jusqu'à l'organisation d'une mission internationale d'enquête, la FIDH développe depuis cinquante ans une pratique rigoureuse et impartiale d'établissement des faits et des responsabilités. Les experts envoyés sur le terrain sont des bénévoles.

La FIDH a mandaté environ 1 500 missions dans une centaine de pays ces 25 dernières années.

Ces actions renforcent les campagnes d'alerte et de plaidoyer de la FIDH.

Soutenir la société civile

Des programmes de formation et d'échanges

En partenariat avec ses organisations membres et dans leur pays, la FIDH organise des séminaires, tables rondes... Ils visent à renforcer la capacité d'action et d'influence des défenseurs des droits de l'Homme et à accroître leur crédibilité auprès des pouvoirs publics locaux.

Mobiliser la communauté des États

Un lobbying permanent auprès des instances intergouvernementales

La FIDH soutient ses organisations membres et ses partenaires locaux dans leurs démarches au sein des organisations intergouvernementales. Elle alerte les instances internationales sur des situations de violations des droits humains et les saisit de cas particuliers. Elle participe à l'élaboration des instruments juridiques internationaux.

Informier et dénoncer

La mobilisation de l'opinion publique

La FIDH alerte et mobilise l'opinion publique. Communiqués et conférences de presse, lettres ouvertes aux autorités, rapports de mission, appels urgents, web, pétitions, campagnes... La FIDH utilise ces moyens de communication essentiels pour faire connaître et combattre les violations des droits humains.

La FIDH
fedère 178 organisations de
défense des droits humains
réparties sur les **5 continents**

FIDH - Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme

17, passage de la Main-d'Or - 75011 Paris - France
CCP Paris: 76 76 Z
Tél: (33-1) 43 55 25 18 / Fax: (33-1) 43 55 18 80
www.fidh.org

Directeur de la publication: Karim LAHIDJI
Rédacteur en chef: Antoine Bernard
Auteurs: Jérémie Kouzmine, Karine Bonneau, Delphine Carlens,
Isabelle Brachet
Coordination: Delphine Carlens
Design: CBT

La FIDH
fédère 178 organisations de
défense des droits humains
réparties sur les **5 continents**



l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes. Article 5 : Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Article 6 : Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Article 7 : Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. Article 8 : Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. Article 9 : Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé. Article 10 : Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial,

CE QU'IL FAUT SAVOIR

La FIDH agit pour la protection des victimes de violations des droits de l'Homme, la prévention de ces violations et la poursuite de leurs auteurs.

Une vocation généraliste

La FIDH agit concrètement pour le respect de tous les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme – les droits civils et politiques comme les droits économiques, sociaux et culturels.

Un mouvement universel

Créée en 1922, la FIDH fédère aujourd'hui 178 organisations nationales dans plus de 100 pays. Elle coordonne et soutient leurs actions et leur apporte un relais au niveau international.

Une exigence d'indépendance

La FIDH, à l'instar des ligues qui la composent, est non partisane, non confessionnelle et indépendante de tout gouvernement.

fidh

Retrouvez les informations sur nos 178 ligues sur www.fidh.org