



Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre

Mise à jour 2010

Analyse juridique comparative

Le présent rapport aborde des questions relatives au droit à la vie (article 2), à la protection contre les traitements dégradants (article 4), au respect de la vie privée et de la vie de famille (article 7), au droit de se marier et de fonder une famille (article 9), à la liberté d'expression et d'information (article 11), à la liberté de réunion (article 12), au droit d'asile (article 18), au principe de non-discrimination (article 21) et à la liberté de circulation et de séjour (article 45) visés aux chapitres I « Dignité », II « Libertés », III « Égalité » et V « Droits des citoyens » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Si vous avez des questions au sujet de la présente traduction, veuillez consulter la version anglaise qui constitue la version originale et officielle du document.

Europe Direct est un service qui vous aide à trouver les réponses à vos questions concernant l'Union européenne

Numéro d'appel gratuit (*):
00 800 6 7 8 9 10 11

(* Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas d'accéder aux numéros 00 800 ou les rendent payants.

Droits (couverture): © vishant reddy – iStockphoto

Vous trouverez de plus amples information sur l'Union européenne sur l'internet (<http://europa.eu>).

FRA – Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienne – Autriche
Tél. +43 (1) 580 30-60 – Fax +43 (1) 580 30-693
E-mail : info@fra.europa.eu
fra.europa.eu

Les données de catalogue sont indiquées à la fin de cette publication.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2011

ISBN 978-92-9192-703-6
doi:10.2811/2959

© Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2010
Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Printed in Luxembourg by Imprimerie Centrale

IMPRIME SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ELEMENTAIRE (ECF)



Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre

Mise à jour 2010

Analyse juridique comparative

Avant-propos

Les développements intervenus ces dernières années témoignent de la reconnaissance croissante des droits des lesbiennes, des gays, des bisexuels et des personnes transgenres (LGBT) dans l'Union européenne et au niveau international. Au niveau de l'Union européenne, le traité de Lisbonne renforce le cadre législatif de la non-discrimination. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment, désormais juridiquement contraignante, guide les politiques susceptibles d'avoir un impact sur les droits fondamentaux. Les traités de l'Union européenne précisent que l'Union combat l'exclusion sociale et la discrimination et que, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, elle s'emploie également à lutter contre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Par ailleurs, 2010 marque le 10^e anniversaire de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, qui a eu un impact important sur l'harmonisation et le renforcement de la législation anti-discrimination dans tous les États membres de l'Union européenne, y compris en ce qui concerne les droits des LGBT.

Le consensus international relatif à la nécessité de combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre a été réaffirmé avec force. Dans le contexte du Conseil de l'Europe, l'année 2010 a vu l'adoption de la recommandation CM/Rec(2010)5 par le Comité des Ministres, ainsi que celle d'une recommandation et d'une résolution en la matière par l'Assemblée parlementaire. Dans le contexte des Nations unies, 66 États ont présenté une déclaration conjointe non contraignante à l'Assemblée générale en 2008. Cette déclaration réaffirme le droit des personnes LGBT à l'égalité de traitement.

Pourtant, dans une minorité d'États membres de l'Union européenne, cet aspect de l'acquis de l'Union européenne se heurte encore à une certaine résistance. Face à l'adoption de législations limitant la diffusion des informations relatives à l'homosexualité à des mineurs ou la « promotion » de l'homosexualité, le Parlement européen a demandé à l'Agence d'examiner la situation en profondeur. La FRA a réagi à cette demande dans le cadre de son engagement de mettre à jour son analyse juridique comparative originale de 2008 sur les discriminations qui s'exercent à l'encontre des LGBT. Cette mise à jour juridique ainsi que les informations nationales de contexte sur lesquelles elle repose s'inscrivent dans un effort de collaboration entrepris par la FRA auprès de l'Office du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans le cadre d'une étude sur l'homophobie et la transphobie opérée dans les 47 États membres du Conseil de l'Europe. Cette coopération encouragera également une plus grande cohérence et une meilleure complémentarité dans le domaine des droits de l'homme.

Cette mise à jour révèle des tendances importantes et met en lumière tant les évolutions positives que les domaines dans lesquels il reste encore un travail important à accomplir. Elle permet aux rapports originaux de garder leur valeur et arrive à un moment crucial pour les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (LGBT) en Europe. L'Agence continuera de fournir des conseils basés sur des données factuelles afin de faciliter de nouvelles améliorations de la législation dans ce domaine.

Morten Kjærum
Directeur

Sommaire

AVANT-PROPOS	3
SYNTHÈSE	7
AVIS	9
INTRODUCTION	11
1. ACCÈS À LA RÉAFFECTATION SEXUELLE ET RECONNAISSANCE DE LA RÉAFFECTATION SEXUELLE	13
1.1. Identité de genre et réaffectation sexuelle	13
1.2. Accès au traitement de réaffectation sexuelle	14
1.3. Reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle	15
2. LA NON-DISCRIMINATION ET LA PROMOTION DE L'ÉGALITÉ DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI	21
2.1. Questions de fond	21
2.2. Mise en œuvre et application	28
3. LES PERSONNES LGBT ET LES ESPACES PUBLICS : LIBERTÉ D'EXPRESSION, DE RÉUNION ET PROTECTION CONTRE LES AGRESSIONS ET LA VIOLENCE	33
3.1. Contexte	33
3.2. Marches pour la fierté LGBT et liberté de réunion	34
3.3. Les interdictions de diffusion d'informations sur l'homosexualité aux mineurs ou d'expression LGBT dans la sphère publique	36
3.4. Protection contre les discours et violences anti-LGBT par le droit pénal	39
4. LES « MEMBRES DE LA FAMILLE » EN MATIÈRE DE LIBRE CIRCULATION, DE REGROUPEMENT FAMILIAL ET D'ASILE	49
4.1. Cadre général	49
4.2. Libre circulation	50
4.3. Regroupement familial	54
4.4. Membres de la famille des personnes LGBT aspirant à une protection internationale	56
5. ASILE ET PROTECTION SUBSIDIAIRE POUR LES PERSONNES LGBT	61
5.1. Contexte	61
5.2. L'orientation sexuelle et l'identité de genre en tant que motifs de reconnaissance du statut de réfugié	61
5.3. Les « tests phallométriques » des hommes gays	65
5.4. Protection subsidiaire	67
CONCLUSIONS	69

Synthèse

Le présent rapport met à jour l'analyse juridique comparative de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) concernant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, publiée à l'origine en juin 2008. Il présente la situation fin 2009 tout en incluant dans la mesure du possible les informations recueillies en 2010. Les informations présentées dans ce rapport permettent de discerner cinq tendances principales.

Tout d'abord, plusieurs États membres de l'Union européenne ont modifié leur législation et leurs pratiques en matière d'accès aux traitements de réaffectation sexuelle et de modification du nom ou du sexe mentionné sur les documents officiels pour les personnes qui ont subi ou qui comptent subir une opération de réaffectation sexuelle. La Lettonie a créé un établissement médical spécialisé chargé d'approuver les demandes de réaffectation sexuelle. L'Allemagne a supprimé l'obligation de divorcer pour pouvoir modifier le sexe indiqué sur les documents officiels, et des développements similaires sont attendus aux Pays-Bas. L'Irlande devrait adopter une législation permettant la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle. La législation lettonne autorise désormais explicitement un changement de nom à la suite d'une réaffectation sexuelle. Enfin, en Autriche, les tribunaux ont statué qu'une opération chirurgicale ne pouvait pas être imposée comme condition préalable à la modification du nom d'une personne. La conception selon laquelle l'identité de genre met en jeu une forte composante d'autodétermination par opposition au simple trouble psychiatrique dont elle était auparavant volontiers taxée gagne du terrain dans l'Union européenne. Toutefois, les conditions liées aux traitements de réaffectation sexuelle et à la reconnaissance juridique d'une réaffectation sexuelle sont souvent vagues et ne sont pas fixées par la loi. Dans la plupart des États membres, l'approche reste très lourde, très médicalisée et stigmatisante.

Deuxièmement, cette mise à jour révèle des progrès dans plusieurs États membres en ce qui concerne le champ d'application de la protection juridique contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La République tchèque et le Royaume-Uni étendent désormais cette protection au-delà du simple domaine de l'emploi et interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les domaines couverts par la directive sur l'égalité raciale (comme la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services proposés au public, y compris le logement). Ces évolutions portent à 11 le nombre des États membres qui assurent ce degré de protection. Par ailleurs, le Danemark et l'Estonie ont élargi le mandat de leurs organismes de promotion de l'égalité de façon à couvrir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, portant ainsi à 20 le nombre des États membres qui ont adopté cette approche. Ces deux évolutions

signalent une tendance marquée vers un traitement de tous les motifs de discrimination sur un pied d'égalité avec ceux couverts par la directive sur l'égalité raciale et par la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, et vers l'octroi d'un large mandat aux organismes de promotion de l'égalité pour tout ce qui concerne les discriminations, quels que soient les motifs multiples sur lesquels elles se fondent.

L'inclusion explicite de la réaffectation sexuelle ou de l'identité de genre dans la législation anti-discrimination, que celle-ci soit considérée comme motif distinct ou comme l'une des formes de discrimination fondées sur le « sexe », a progressé dans trois États membres. La République tchèque, la Suède et le Royaume-Uni ont avancé dans cette direction. La Suède a adopté une formule particulièrement large, faisant référence à l'« identité ou l'expression transgenre » pour protéger également l'identité de genre des personnes qui n'ont pas subi et ne comptent pas subir de réaffectation sexuelle. Dans l'ensemble, et malgré la jurisprudence européenne, la situation reste fragmentée à travers l'UE et l'on constate un manque de clarté des normes et des définitions applicables dans au moins 15 États membres de l'Union européenne.

En ce qui concerne la position des organisations religieuses ou représentant un certain type d'éthique et les exemptions et dérogations au principe de l'égalité de traitement dont elles pourraient bénéficier, cette mise à jour constate que dans certains États membres (l'Allemagne, la Lituanie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni), la portée des exemptions nécessite encore une clarification.

La possibilité pour un partenaire homosexuel de bénéficier de prestations sociales conditionnées par l'emploi est un domaine dans lequel une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a apporté une certaine clarification. Une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) a également conclu que, tout comme les couples hétérosexuels, les couples homosexuels avaient droit à la protection de leur « vie de famille » au titre de la Convention européenne des droits de l'homme.

Troisièmement, cette mise à jour révèle des progrès concernant la liberté de réunion et d'expression pour les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (LGBT) ainsi que leur protection contre les violences fondées sur des préjugés, l'incitation à la haine, la manifestation de préjugés et la discrimination à l'encontre des LGBT. En Pologne, en Roumanie et en Bulgarie, des marches pour la fierté (« Gay prides ») ont été organisées avec succès pour la première fois. En Lituanie par contre, la « Gay pride balte » a été menacée d'annulation sans préavis, et en Lettonie, les représentants élus continuent de contester le droit d'organiser des marches malgré plusieurs décisions judiciaires annulant les tentatives d'interdiction.

Par ailleurs, même si la plupart des États membres de l'Union européenne possèdent une législation autorisant d'interdire les manifestations incitant à la haine, à la violence ou à la discrimination (fondée sur l'orientation sexuelle), les autorités se montrent souvent réticentes à exercer ces pouvoirs.

En ce qui concerne l'interdiction de « promouvoir » l'homosexualité et les relations homosexuelles auprès des mineurs ou du grand public, la Lituanie représente le seul exemple récent d'une législation de ce type. Plusieurs États membres ont par contre entrepris une action pour promouvoir l'éducation et le dialogue, pour tenter de contrer les attitudes négatives à l'égard de l'homosexualité et des personnes LGBT. Ces pays sont l'Estonie, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni.

En ce qui concerne les insultes et les manifestations de préjugés à l'encontre de personnes LGBT, et surtout les incitations à la haine, un seul État membre (la Slovaquie) a adopté de nouvelles dispositions en la matière, portant à 13 le nombre des États membres qui interdisent l'incitation à la haine contre les LGBT. En ce qui concerne les crimes haineux, la Lituanie et le Royaume-Uni (Écosse) ont adopté de nouvelles dispositions législatives dans ce domaine, portant à 12 le nombre total des États membres considérant la motivation homophobe ou transphobe comme une circonstance aggravante en droit pénal. En Slovaquie, l'intention homophobe est considérée comme circonstance aggravante uniquement en cas d'homicide. Cette mise à jour révèle également que l'Écosse est la première juridiction européenne à inclure dans son droit pénal la protection des personnes transgenres. Le cadre juridique de Lituanie semble par contre plus équivoque, puisque la législation nationale interdit la diffusion d'informations relatives à l'homosexualité, alors que le droit pénal considère l'orientation sexuelle comme une circonstance aggravante dans les cas de crimes haineux. Globalement, la protection contre les insultes, les agressions et l'incitation à la haine et à la violence à l'égard des personnes LGBT reste limitée dans la majorité des États membres de l'UE.

Quatrièmement, on constate plusieurs évolutions concernant la possibilité de mariage pour les couples homosexuels. Après la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne, le mariage est désormais autorisé au Portugal et en Suède, et des législations similaires sont en cours d'adoption au Luxembourg et en Slovaquie. L'Autriche, la Hongrie et l'Irlande ont également adopté un système de partenariat enregistré pour les couples homosexuels. La Bulgarie, l'Estonie et la Roumanie ont par contre consolidé ou modifié leur législation de façon à préciser que le mariage est réservé aux couples hétérosexuels uniquement et à refuser de reconnaître les partenariats ou les mariages homosexuels contractés à l'étranger. La signification de la notion de « membre de la famille » dans le contexte de la législation sur la libre circulation, le regroupement familial et l'asile, même si elle reste souvent vague, a été ou sera prochainement

élargie en Autriche, en France, en Irlande, en Hongrie, au Luxembourg, au Portugal et en Espagne de façon à inclure les couples homosexuels à des degrés et dans des domaines divers. Cette situation révèle la persistance d'un paysage irrégulier en matière de libre circulation et de regroupement familial pour les couples homosexuels.

Cinquièmement, en ce qui concerne l'octroi d'une protection internationale aux personnes LGBT persécutées dans leurs pays d'origine, le rapport de 2008 constatait que l'inclusion de l'orientation sexuelle comme motif de persécution était restée implicite dans la législation de huit États membres. Cette mise à jour montre qu'en Finlande, en Lettonie, en Malte, en Pologne, au Portugal et en Espagne, la législation reconnaît désormais explicitement cet aspect. Le nombre total des États membres qui considère explicitement les personnes lesbiennes, gays et bisexuelles (LGB) comme un « groupe social spécifique » est ainsi passé à 23, ce qui révèle une tendance claire vers la classification des personnes LGB, aux yeux de la loi, comme victimes potentielles de persécutions. En ce qui concerne l'identité de genre en tant que motif de persécution, qui était restée implicite dans la directive sur les conditions requises (*Qualification directive*), la situation reste très vague au niveau des États membres.

On constate des disparités entre les États membres (et même entre différents organes judiciaires au sein d'un même pays) s'agissant des preuves requises pour établir l'existence d'une crainte justifiée de persécution fondée sur l'orientation sexuelle. Certaines juridictions tchèques et espagnoles se sont montrées favorables à rien de moins que la criminalisation explicite de l'homosexualité dans le pays d'origine et l'imposition effective et officielle de sanctions. En outre, même dans les cas où ce critère est respecté, certaines autorités (en Belgique, en France, en Allemagne, en Irlande et en Italie) peuvent conclure qu'il n'existe pas de risque de persécution, si elles estiment que la personne concernée est capable de cacher son orientation ou son identité sexuelle dans son pays d'origine. Pour d'autres États membres par contre, l'existence d'un climat plus général d'intolérance sociale dans le pays d'origine peut être acceptée comme une cause suffisante pour craindre une persécution. D'autres États membres (le Danemark, la France, les Pays-Bas) ont reconnu clairement que l'on ne peut pas attendre d'une personne LGB qu'elle cache son orientation sexuelle. Les tribunaux britanniques se sont récemment rapprochés de cette approche plus équitable, renonçant ainsi à exiger que les personnes concernées cachent leur orientation sexuelle. Enfin, ce rapport montre que la République tchèque est le seul État membre de l'Union européenne à recourir à des tests évaluant les réactions physiques à des stimuli visuels érotiques afin de déterminer la crédibilité d'une personne se disant gay, malgré les préoccupations que cette méthode suscite en ce qui concerne les normes de protection des droits de l'homme comme le droit à la vie privée et à la protection contre les traitements dégradants.

Avis

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a formulé les avis suivants sur la base des résultats et de l'analyse comparative présentés dans ce rapport.

Droit à la vie, à la sécurité et à la protection contre la haine et la violence

Afin d'empêcher que les personnes LGBT ne soient la cible d'attaques verbales et physiques, les États membres sont encouragés à envisager la promotion d'une opinion publique plus équilibrée sur les questions LGBT en facilitant le dialogue entre les groupes LGBT, les médias, les représentants politiques et les institutions religieuses.

Conformément aux dispositions des traités, les États membres et les institutions de l'UE devraient prendre les mesures pratiques appropriées pour combattre toutes les formes d'expression qui incitent à, qui diffusent ou qui promeuvent la haine ou d'autres formes de discrimination à l'encontre des personnes LGBT, ainsi que les incidents et crimes motivés par des préjugés à l'encontre des personnes LGBT. De même, un engagement renouvelé à la lutte contre les crimes et la violence anti-LGBT devrait permettre une action plus efficace en explorant le potentiel des nouveaux traités de l'UE pour élaborer des dispositions juridiques aux niveaux de l'Union et des États membres offrant le même degré de protection que celui offert contre le discours haineux et les crimes motivés par le racisme ou la xénophobie.

Les États membres sont également encouragés à veiller à ce que des données quantitatives pertinentes, sous forme d'enquêtes régulières et de collecte d'informations officielles par les pouvoirs publics, soient compilées et analysées afin de contrôler l'étendue et la nature des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre et de la persécution criminelle.

Garantir la liberté de réunion et d'expression pour les personnes LGBT

Les autorités des États membres ne devraient pas invoquer des dispositions générales, comme celles relatives au maintien de « l'ordre public », pour imposer des restrictions excessives à des événements en rapport avec les LGBT et à d'autres manifestations des identités ou relations LGBT.

Des échanges de bonnes pratiques entre États membres dans la promotion active de l'acceptation par le public des identités, de la conduite et des relations LGBT pourraient

déboucher sur une présentation respectueuse et compréhensive des expériences des personnes LGBT.

Il convient de respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre partout dans l'UE le droit de recevoir des informations impartiales concernant les personnes LGBT et leurs relations, et de vivre dans un environnement ouvert à tous. Cet aspect est particulièrement important pour les enfants LGBT.

Engagement renouvelé envers la proposition d'une « directive horizontale »

Un nombre substantiel d'États membres de l'Union européenne interdisent d'ores et déjà la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au-delà de la sphère de l'emploi et intègrent une partie des domaines couverts par la directive sur l'égalité raciale, voire tous ces domaines. Toutefois, les différentes formes de discrimination ne sont toujours pas traitées de façon homogène dans l'ensemble de l'Union européenne. L'adoption de la proposition de la Commission d'une « directive horizontale », afin de s'attaquer à la « hiérarchie des motifs de discrimination » que connaît aujourd'hui le droit européen, permettrait d'améliorer significativement l'égalité de protection contre la discrimination fondée sur tous les motifs à travers l'UE.

Une protection accrue et plus claire contre la discrimination fondée sur l'« identité de genre »

Les États membres sont encouragés à veiller à ce que la discrimination fondée sur l'identité de genre soit effectivement abordée dans leurs actes législatifs transposant la directive sur l'égalité des sexes (refonte), afin de clarifier les définitions actuelles et d'étendre la protection au-delà des personnes qui subissent ou ont subi un changement de sexe.

Dans ce contexte, la Commission européenne pourrait envisager d'intégrer expressément l'identité de genre aux motifs de discrimination proscrits par la directive sur l'égalité des sexes en matière de biens et services.

Les États membres pourraient s'inspirer de pratiques récentes dans certains États membres abolissant les conditions préalables du divorce et de la chirurgie génitale pour pouvoir rectifier le sexe enregistré ou modifier le nom sur les documents officiels.

« Membre de la famille » et reconnaissance mutuelle de l'état-civil dans le droit européen

Dans les domaines pertinents du droit européen, plus particulièrement les prestations sociales destinées au partenaire et qui sont conditionnées par l'exercice d'un emploi, la libre circulation des citoyens de l'UE et le regroupement familial des réfugiés et des ressortissants des pays tiers, les institutions et les États membres de l'UE devraient envisager d'intégrer explicitement les partenaires de même sexe, qu'ils soient mariés, enregistrés ou vivent dans une union de fait, dans les définitions de « membre de la famille ». Dans le contexte de la libre circulation en particulier, une façon d'y parvenir consisterait à adopter explicitement le principe du « pays d'origine » déjà fermement ancré dans d'autres domaines du droit européen.

Dans les domaines de l'action de l'Union qui concernent la reconnaissance mutuelle des effets de certains documents d'état civil et la suppression des formalités de légalisation des documents entre États membres, les institutions de l'Union européenne et les États membres devraient se pencher sur les problèmes pratiques rencontrés par les couples homosexuels, par exemple en tenant compte du principe des conflits de lois de la législation du lieu où l'acte a été formé, en combinaison avec l'interdiction de « double réglementation ».

Par ailleurs, en ce qui concerne les initiatives prévues par le plan d'action de la Commission européenne mettant en œuvre le programme de Stockholm sur les régimes matrimoniaux et les aspects patrimoniaux des partenariats enregistrés, il est important de renforcer la sécurité juridique des partenaires enregistrés homosexuels et des couples non mariés, de répondre

aux besoins pratiques des citoyens et de reconnaître et respecter la vie de famille des personnes impliquées dans ce genre d'unions.

Une meilleure protection pour les personnes LGBT cherchant une protection internationale

Les institutions et États membres de l'UE devraient envisager de reconnaître explicitement l'identité de genre comme motif de persécution dans le cadre de la réforme en cours de la directive relative aux conditions requises dans le cadre du « paquet asile ».

Dans la documentation qu'il prépare pour aider les États membres, le Bureau européen d'appui en matière d'asile devrait faciliter la compréhension et la gestion correcte des dossiers d'asile comportant des questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

La note d'orientation de l'Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR) sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre de 2008 est pertinente pour l'évaluation des demandes d'asile, plus particulièrement en ce qui concerne l'affirmation d'un individu concernant son orientation ou son identité, indépendamment de son état civil, de la présence d'enfants ou de la conformité avec les stéréotypes. Il conviendrait également de mettre un terme aux méthodes dégradantes et indiscretes utilisées actuellement pour évaluer la crédibilité de certaines demandes d'asile motivées par l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

Introduction

Le présent rapport comparatif met à jour et complète l'étude de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) intitulée « Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE – Partie I analyse juridique » (*Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States Part I – Legal Analysis*) de juin 2008 (désignée ci-après « rapport de 2008 »). Il fournit une vue d'ensemble mise à jour des tendances et développements observés dans toute l'Union européenne dans les législations et les pratiques juridiques relatives à l'homophobie, à la transphobie et à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, dans la mesure où celles-ci ont évolué depuis le rapport de 2008. Ce rapport se base sur des informations à jour à la fin de l'année 2009, mais des informations plus récentes ont été prises en considération dans la mesure du possible jusqu'en juin 2010.

La FRA est chargée de recueillir, d'enregistrer, d'analyser et de diffuser des informations et des données pertinentes, objectives, fiables et comparables dans le domaine des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Elle réalise des études scientifiques et des enquêtes et, sur la base de ses observations, formule des conclusions et des avis destinés aux institutions de l'Union et aux États membres pour la mise en œuvre de la législation de l'Union européenne. Les projets de recherche sont élaborés et étudiés avec les parties prenantes sur le terrain, et les rapports de la FRA sont ensuite diffusés largement aux partenaires concernés. La présente mise à jour est l'un des nombreux résultats de ces activités de mise en réseau et de communication. Tout d'abord, la FRA a participé aux travaux du Comité d'experts du Conseil de l'Europe chargé de rédiger la recommandation (2010)⁵ concernant les mesures de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, qui a été adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010. En outre, les informations nationales mises à jour recueillies par la FRA ainsi que son expertise technique ont été mises à la disposition de l'Office du Commissaire du Conseil de l'Europe aux droits de l'homme dans le cadre d'une étude sans précédent consacrée à l'homophobie, à la transphobie et à la discrimination qui couvrira les 47 États membres du Conseil de l'Europe. Cette étude devrait être lancée au début de l'année 2011. Deuxièmement, le dialogue avec les principales parties concernées s'est poursuivi avec deux tables rondes organisées par la FRA à Riga (2008) et à Dublin (2009). Ces rencontres ont rassemblé des décideurs politiques, des professionnels, des experts, des ONG, des syndicats et d'autres encore. Elles ont permis à la FRA de diffuser ses observations, de sensibiliser les parties prenantes aux problèmes essentiels, d'échanger de bonnes

pratiques et de recueillir des points de vue concernant ses travaux futurs. Certaines de ces activités de mise en réseau ont également été organisées à plus petite échelle, avec la participation à des conférences ou à des séminaires consacrés spécifiquement à l'emploi et à la discrimination multiple, à l'identité de genre ou à une meilleure coopération entre les ONG et la police dans la lutte contre les crimes haineux. Toutes ces initiatives ont permis à la FRA de mieux comprendre les enjeux, de contribuer au débat grâce à ses connaissances et ses observations et de discerner les défis qui restent à relever.

La FRA a également poursuivi un dialogue plus structuré avec plusieurs de ses principaux partenaires. Les échanges et la collaboration en cours ont été approfondis avec le réseau informel de points focaux pour les LGBT au sein des gouvernements nationaux, avec Equinet en ce qui concerne spécifiquement la situation des personnes transgenres, avec l'Intergroupe LGBT du Parlement européen et avec des organisations religieuses. La FRA participe régulièrement aux réunions du groupe d'experts gouvernementaux sur la discrimination de la Commission qui a organisé en 2010 un séminaire d'échange des bonnes pratiques dans les politiques publiques pour la lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité en faveur des personnes LGBT.

La structure du rapport original a été modifiée de façon à s'appuyer non seulement sur le rapport de 2008, mais aussi sur l'étude sociale complémentaire sur l'homophobie publiée en 2009 (« Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE – Partie II : la situation sociale ») et sur les activités de mise en réseau mentionnées plus haut. Les évolutions pertinentes survenues depuis juin 2008 sont présentées sous de nouvelles rubriques permettant de les identifier facilement. Dans cet esprit, la mise à jour commence par une discussion de la discrimination fondée sur l'identité de genre afin d'attirer l'attention sur cette question importante qui a connu des évolutions importantes et d'attirer l'attention sur elle.

Ce rapport de mise à jour identifie plusieurs bonnes pratiques que les États membres ont décidé de mettre en œuvre. Ces bonnes pratiques ne sont pas énumérées séparément mais décrites dans les chapitres concernés à travers le rapport. Cette mise à jour contient également des tableaux et des cartes présentant une synthèse des données. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les informations présentées par ces cartes et tableaux étaient à jour en décembre 2009.

Les évolutions ultérieures ont également été prises en compte dans la mesure du possible jusqu'en juin 2010.

Tous les efforts ont été faits pour garantir l'exactitude des données figurant dans le présent rapport. Dans certains cas toutefois, l'absence de définitions explicites, les contradictions internes ou le manque de clarté des

législations nationales peuvent donner lieu à certaines ambiguïtés. Ces tableaux doivent donc être perçus comme un travail en cours, et la FRA recevra volontiers tout commentaire visant à les rendre plus exacts encore.

1. Accès à la réaffectation sexuelle et reconnaissance de la réaffectation sexuelle

Ce chapitre examine deux questions juridiques essentielles pour les règles et procédures concernant la réaffectation sexuelle qui ne pouvaient être abordées dans les autres parties du rapport. Il examine en premier lieu l'accès au traitement de réaffectation sexuelle pour aborder ensuite, dans un second point, la question de la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle, à savoir la possibilité de corriger le sexe et le nom indiqués sur les documents officiels et la possibilité de se marier ou de rester marié.

Une remarque préliminaire s'impose au niveau de la terminologie. Le terme « transgenre » désigne les personnes qui se présentent d'une façon contraire aux attentes liées au sexe qui leur a été assigné à la naissance, que ce soit par leur habillement, des accessoires, un choix cosmétique ou une modification corporelle. Il englobe, entre beaucoup d'autres, les personnes transgenres, les transsexuels, les travestis et les personnes pratiquant le cross-dressing. Le terme « transsexuel » est utilisé de façon plus spécifique pour désigner une personne qui a subi ou compte subir une réaffectation sexuelle¹. Les termes et notions relatifs à cette question sont volatiles et continuent de faire débat. Dans ce contexte, il convient donc de prendre note de la notion de « personne trans » (ou « trans »), une catégorie plus large qui englobe généralement les transsexuels, les transgenres ainsi que toutes les personnes qui s'identifient d'autres façons, comme les personnes intersexuelles, les variantes sexuelles ou celles qui s'identifient au moyen de concepts échappant au système binaire masculin/féminin². Enfin, conformément aux principes de Jogjakarta, le terme « identité de genre » désigne « l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la 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 autres) et d'autres expressions du genre, y compris

l'habillement, le discours et les manières de se conduire »³. La discrimination fondée sur l'« identité de genre » peut donc désigner les traitements inéquitables découlant de normes sociales et juridiques traditionnelles et subis par une personne en raison de sa qualité transgenre.

1.1. Identité de genre et réaffectation sexuelle

Même s'il y a des raisons de penser que la société progresse (lentement) vers une meilleure compréhension des questions relatives à l'identité de genre, cette évolution ne se traduit pas nécessairement par une amélioration de la situation des personnes transgenres. Elles restent un groupe marginalisé et opprimé confronté à un degré élevé de stigmatisation, d'exclusion et de violence. En juillet 2009, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a publié un document thématique intitulé *Droits de l'homme et identité de genre*⁴. Ce document thématique passe en revue les pratiques existantes en matière de réaffectation sexuelle et souligne le fait que les personnes transgenres subissent des violations de leurs droits de l'homme par la combinaison d'exigences juridiques et médicales lourdes aux contours souvent mal définis, de longues séries de tests physiques, psychiatriques et psychologiques et d'examens génitaux⁵. Il conclut que, souvent, « les personnes transgenres choisissent de ne pas suivre du tout les procédures officielles parce que les processus médicaux sont discriminatoires et le traitement proposé inadapté à leur cas, ou encore parce qu'un seul type de traitement est disponible. Elles sont alors privées de la reconnaissance officielle du nom et du genre qui ont leur préférence ou, pour certaines, de l'accès à un traitement répondant à leur volonté et à leurs besoins de santé »⁶. Ce document recommande l'adoption de législations s'appliquant aux crimes haineux, de procédures rapides et transparentes de changement

1 Voir également FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2009, p. 14-15, 24.

2 Voir par exemple la déclaration de mission de Transgenre Europe (www.tgeu.org/node/15) et la définition de travail utilisée par le projet de recherche en cours de Transgenre Europe « Transrespect versus Transphobia Worldwide » (www.transrespect-transphobia.org/en_US/tvt-project/definitions.htm). Le présent rapport n'aborde pas spécifiquement la situation des personnes intersexuelles.

3 Principe de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2007. Disponible à l'adresse : www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm (tous les hyperliens cités dans ce rapport ont été consultés le 9 décembre 2010). Les principes de Jogjakarta sont un ensemble de principes relatifs à l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Ces principes, sans être eux-mêmes contraignants, affirment des normes juridiques internationales contraignantes que tous les États sont tenus de respecter.

4 Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Document thématique, *Droits de l'homme et identité de genre*, CommDH/IssuePaper(2009) 2, 29 juillet 2009.

5 Le document thématique utilise l'expression « personnes transgenres » plutôt que « personnes trans ».

6 *Ibid.*, p. 16.

de nom et de sexe, ainsi que l'abolition de la stérilisation et d'autres procédures médicales obligatoires exigées par la loi pour reconnaître l'identité de genre d'une personne. Les paragraphes suivants synthétisent les points de vue majoritaires du monde médical concernant l'identité de genre et présentent quelques évolutions signalées dans deux États membres.

Le « trouble de l'identité de genre » (*gender identity disorder*) est actuellement repris dans la quatrième édition du Manuel statistique et de diagnostic des troubles mentaux (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM), un guide publié par l'*American Psychiatric Association* pour normaliser les critères de classification des troubles mentaux. Le trouble de l'identité de genre est aussi étroitement lié au diagnostic de « transsexualisme » dans la Classification internationale des maladies (CIM). Cela signifie que la majorité des États membres considèrent encore la variance en termes d'identité de genre comme un trouble psychopathologique et la traitent comme une pathologie nécessitant une approche (essentiellement) médicale. La cinquième édition (DSM-5) est actuellement en préparation, et un groupe de travail sur les troubles de l'identité sexuelle et de genre a été créé pour y travailler. Ce groupe de travail a été chargé de réexaminer les critères actuels pour le diagnostic des dysfonctionnements sexuels, des paraphilies et des troubles de l'identité de genre. L'adoption du nouveau DSM-5 est prévue pour mai 2013. Jusqu'à présent, les débats se sont concentrés sur l'éventualité d'exclure les « troubles de l'identité de genre » du DSM-5 ou de permettre un diagnostic différent, non psychiatrique. Rejetant la possibilité de supprimer la transsexualité de la liste des troubles mentaux, le groupe de travail a suggéré de renoncer au terme « trouble de l'identité de genre » et proposé que le DSM-5 catégorise ce diagnostic sous l'appellation « incongruence de genre ».

En ce qui concerne le débat sur les troubles de l'identité de genre, on constate une évolution intéressante en France, où le décret n° 2010-125 du 8 février 2010 a supprimé la transsexualité de la liste des « affections psychiatriques de longue durée » (ALD 23). Le processus reste attaché à la présomption d'une pathologie grave⁷ et laisse à l'appareil médical et judiciaire le soin de décider comment et quand offrir des soins aux patients et lui proposer un soutien médical, psychologique et financier. La médicalisation de cette procédure continue d'imposer un lourd fardeau aux personnes concernées, qui sont souvent confrontées à des résultats variables et incohérents selon les choix médicaux ou le tribunal traitant leur demande. Rien ne laisse penser que d'autres États membres se soient détournés du paradigme de la variance de genre comme trouble psychiatrique.

7 Les troubles de l'identité de genre font désormais partie des « affections de longue durée » relatives aux pathologies « graves » et « invalidantes » (ALD 31), conformément à la proposition de la Haute autorité de la santé (HAS).

Outre ces développements généraux, les chapitres ci-dessous examinent plus en détail deux aspects spécifiques que le rapport de 2008 avait déjà identifiés comme essentiels pour comprendre les questions transgenres dans une perspective de droits fondamentaux : l'accès au traitement de réaffectation sexuelle et la reconnaissance juridique du genre préféré.

1.2. Accès au traitement de réaffectation sexuelle

Le rapport de 2008 a décrit la situation dans les États membres de l'Union européenne en ce qui concerne les règles et pratiques applicables au traitement de réaffectation sexuelle. Ce rapport a observé que la plupart des États membres imposaient des conditions strictes à la disponibilité du traitement de réaffectation sexuelle. Ces conditions comprenaient généralement un temps d'attente, une expertise psychologique et médicale mais aussi, dans certains cas, une autorisation judiciaire préalable. Il a souligné que ces obstacles, s'ils sont parfois nécessaires afin de protéger des personnes se trouvant dans des situations psychologiquement vulnérables, devaient être évalués avec soin. Il convient notamment de se demander s'ils se justifient par la nécessité de protéger les candidats ou des personnes tierces, ou s'ils imposent des contraintes disproportionnées aux personnes désireuses de subir une réaffectation sexuelle. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH), la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) impose aux États membres de prévoir la possibilité, en principe au sein de leur juridiction, de subir une opération chirurgicale de réaffectation sexuelle⁸. La recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres déclare à ce sujet que « [l]es conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives »⁹.

Le document thématique du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe affirme que « du point de vue des droits de l'homme et de la santé, il n'est en rien nécessaire de diagnostiquer un trouble mental pour donner accès à un traitement lorsque le besoin s'en fait sentir »¹⁰.

À l'exception de la Lettonie, il semble que rien n'ait changé dans les États membres en ce qui concerne l'accès au traitement de réaffectation sexuelle. En Lettonie,

8 CouEDH, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, 11 septembre 2007.

9 Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010, annexe, paragraphe 20.

10 Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et identité de genre*, document thématique CommDH/IssuePaper(2009) 2, 29 juillet 2009, p. 26.

la législation a été modifiée à la suite d'un arrêt de la Cour suprême du 14 janvier 2008 concernant le refus, de la part de l'office de l'état civil, de modifier le certificat de naissance d'une personne après un changement de sexe. La Cour a conclu que la loi présentait une lacune, puisqu'elle ne précisait pas les critères à respecter pour déterminer si une réaffectation sexuelle avait eu lieu¹¹. Par la suite, le 25 septembre 2008, le Tribunal régional administratif a ordonné à l'office de l'état civil de présenter des excuses écrites au requérant pour avoir refusé d'inscrire les modifications au registre des naissances et pour avoir transmis des données sensibles au ministère de la santé. Une demande de dédommagement financier pour préjudice moral a par contre été rejetée¹². Le 18 août 2009, le conseil des ministres a approuvé des modifications aux lois sur la santé sexuelle et génésique et sur les documents d'état civil visant à combler les lacunes de la législation. La loi sur la santé sexuelle et génésique a été complétée par un chapitre distinct, le chapitre VII sur la « réaffectation sexuelle ». Ce chapitre désigne une autorité compétente chargée d'approuver la réaffectation sexuelle sur la base d'une expertise médicale (voir également ci-dessous pour les autres développements en Lettonie)¹³.

1.3. Reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle

Le rapport de 2008 de la FRA a également abordé une deuxième dimension spécifique de la protection des personnes transgenres. Il a observé que les normes en vigueur imposaient aux États de reconnaître juridiquement le sexe acquis à la suite d'une réaffectation sexuelle complète. En outre, la jurisprudence de la CouEDH reconnaît aux personnes transgenres le droit d'épouser une personne du sexe opposé au sexe acquis¹⁴. Ces deux aspects sont confirmés par la recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres, qui insiste en particulier sur « la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie ». Cette reconnaissance implique de « changer le nom et le genre de l'intéressé dans les

documents officiels de manière rapide, transparente et accessible » et d'apporter « les modifications correspondantes dans des documents importants tels que les diplômes ou les certificats de travail » (annexe, paragraphe 21). Cette recommandation réaffirme également « le droit [...] d'épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe » (annexe, paragraphe 22).

Le rapport de 2008 notait que même si quatre États membres de l'Union européenne (l'Irlande, le Luxembourg, la Lettonie et Malte) ne semblaient pas encore se conformer entièrement à ces obligations, la reconnaissance juridique était généralement possible dans les États membres. Cependant, les approches varient. Dans certains États membres, il n'y a aucune obligation de suivre un traitement hormonal ou de subir une intervention chirurgicale pour obtenir la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle. Dans d'autres États membres, cette reconnaissance n'est possible qu'au terme d'un processus de réaffectation sexuelle suivi médicalement et qui nécessite parfois, comme condition spécifique, que la personne concernée ne soit plus en mesure de procréer conformément à son ancien sexe (Belgique, Allemagne, Pays-Bas). D'autres encore exigent une opération chirurgicale en plus du traitement hormonal (Italie, Pologne). Les sous-chapitres suivants présentent les principaux changements intervenus entre 2008 et 2010 en ce qui concerne la rectification du sexe enregistré sur les documents officiels et la possibilité de changer de nom.

1.3.1. Rectification du sexe enregistré sur les certificats de naissance et autres documents officiels et droit au mariage

En ce qui concerne la rectification du sexe enregistré sur les certificats de naissance et autres documents officiels, la situation a évolué en Allemagne, en Irlande et aux Pays-Bas. Aux Pays-Bas, le Code civil prévoit toujours l'obligation d'une réaffectation sexuelle (pour autant que cela soit possible et raisonnable d'un point de vue médical et psychologique) et d'une stérilisation définitive pour qu'un tribunal puisse autoriser une personne à modifier le nom enregistré sur son certificat de naissance. Toutefois, à la suite de la demande du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe - sur la base des principes de Jogjakarta - d'abolir les conditions de stérilité absolue et de transformation physique¹⁵, le ministre de la justice a informé le parlement qu'un projet de loi était en préparation en vue de modifier la législation concernée¹⁶. La législation adoptée récemment en

11 Lettonie/Augstakas tiesas Senata Administrativo lietu departaments, affaire n° A42229505 SKA-5/2008 (14 janvier 2008).

12 Lettonie/Administrativa apgabaltiesa, affaire n° A42229505 (25 septembre 2008). Le 21 mai 2009, le département des affaires administratives du sénat de la Cour suprême a confirmé l'arrêt du tribunal régional, le requérant n'ayant présenté aucune preuve susceptible d'appuyer son affirmation selon laquelle ses droits (droit au travail, à la liberté de circulation) auraient été restreints par un retard dans l'obtention de nouveaux documents d'identité. Voir Lettonie/Augstakas tiesas Senata Administrativo lietu departaments, affaire n° SKA-138/2009 (21 mai 2009).

13 Lettonie/Projet de loi « Modification de la loi sur la santé sexuelle et génésique », article 28, paragraphe 1, disponible à l'adresse : www.mk.gov.lv/doc/2005/TMLik_160709_dzim.2765.doc (25 janvier 2009).

14 CouEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, 11 juillet 2002, paragraphe 103.

15 Thomas Hammarberg, Commissaire aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport du Commissaire aux Droits de l'Homme Thomas Hammarberg sur sa visite aux Pays-Bas, 21-25 septembre 2008*, CommDH(2009)2, 11 mars 2009, p. 33.

16 Pays-Bas/Documents parlementaires Chambre basse (2008-2009) 27017, n° 53 (1^{er} octobre 2009).

Espagne par la Communauté autonome de Navarre¹⁷ est particulièrement progressiste : elle prévoit que les services assurés par la Communauté autonome doivent être proposés sans discrimination à toute personne ayant lancé la procédure en vue de modifier le sexe enregistré sur le « *Registrio Civil* » (le document officiel de l'état civil). Le champ d'application de cette loi est particulièrement large, puisqu'elle vise à garantir que toutes les personnes qui, dans leur vie sociale, ont adopté un genre opposé à celui qui leur a été assigné à la naissance bénéficient d'une attention complète et adéquate du point de vue de ses besoins médicaux, psychologiques, juridiques et autre. En outre, cette loi n'instaure pas uniquement des mesures dans le domaine médical, mais aussi des actions positives en vue d'une meilleure intégration au travail.

Le rapport de 2008 mentionnait l'arrêt de la Haute cour d'Irlande dans l'affaire *Lydia Foy*, selon lequel la non-reconnaissance de la réaffectation sexuelle était incompatible avec la CEDH¹⁸. Le gouvernement avait interjeté appel devant la Cour suprême, mais il a renoncé à cet appel en juin 2010, acceptant ainsi l'arrêt de la Haute cour. De nouvelles propositions législatives conformes à la CEDH sont maintenant attendues. En Lettonie, après la modification de la loi sur la santé sexuelle et génésique afin de permettre la réaffectation sexuelle, il a également été proposé de modifier la loi sur les documents d'état civil afin de permettre la rectification du sexe enregistré dans le registre des naissances. Au moment de la rédaction de cette mise à jour, ces propositions n'avaient pas encore réuni la majorité nécessaire au Parlement et n'avaient donc pas été adoptées.

La décision de rectifier le sexe enregistré sur les certificats de naissance et autres documents officiels peut avoir des conséquences pour la vie de famille de la personne concernée. Le rapport de 2008 notait que dans certains États membres, la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle n'était possible que si la personne concernée n'était pas mariée ou si son mariage avait été dissout. Comme indiqué ci-avant, dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* de 2002, la CouEDH a statué qu'une personne ayant changé de sexe devait pouvoir épouser une personne du sexe opposé au sexe acquis¹⁹.

Cependant, on considère généralement que ce principe n'implique pas la possibilité de reconnaître juridiquement la réaffectation sexuelle d'une personne déjà mariée, puisque cette reconnaissance impliquerait l'existence d'un mariage entre deux personnes du même sexe. Cette

situation, comme le soulignait le rapport de 2008, oblige la personne à choisir entre rester mariée ou subir un changement qui mettra son sexe biologique et social en accord avec son sexe psychologique. On a donc proposé d'abandonner l'obligation de ne pas être marié ou d'être divorcé pour pouvoir changer de sexe. En 2008, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a statué qu'une transsexuelle mariée souhaitant obtenir la rectification juridique de son sexe de « masculin » en « féminin » à la suite d'une opération de réaffectation sexuelle, tout en restant mariée à sa femme, ne pouvait être obligée à divorcer par la loi sur les transsexuels pour obtenir la reconnaissance juridique de sa réaffectation sexuelle²⁰. Cette obligation, selon le raisonnement de la Cour, serait contraire au droit constitutionnel à la reconnaissance d'une identité de genre librement choisie et déterminée, lequel doit respecter un équilibre adéquat par rapport à la protection constitutionnelle de l'institution du mariage visée à l'article 6, paragraphe 1, de la loi fondamentale (*Grundgesetz*). Cet arrêt a entraîné une modification de la loi sur les transsexuels supprimant la disposition contestée²¹. Cette évolution, qui met fin à l'obligation de divorcer pour les couples mariés dont l'un des conjoints est transsexuel, a été saluée par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe²².

En ce qui concerne l'obligation légale de subir une chirurgie génitale entraînant une stérilisation ainsi que d'autres traitements médicaux, le réseau européen de défense des droits de l'homme Transgenre Europe a vivement critiqué ces obligations comme des atteintes au droit à l'intégrité physique, au droit de fonder une famille et au libre choix des traitements médicaux. Selon Transgenre Europe, l'impossibilité de procréer n'existe pour aucun autre groupe de la population.

1.3.2. Changement de nom

Enfin la possibilité de changer de prénom, avec ou sans réaffectation sexuelle, est reconnue dans le cadre de différentes procédures. Dans la plupart des États membres, la procédure de changement de nom (au profit d'un nom indiquant un genre autre que celui assigné à la naissance) n'est disponible que dans des circonstances exceptionnelles. Le changement de nom nécessite en général un témoignage médical attestant que la réaffectation sexuelle a bien eu lieu, ou encore la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle, que celle-ci fasse ou non suite à un traitement médical.

17 Ley Foral 12/2009, de 19 novembre, de non-discrimination fondée sur l'identité de genre et de reconnaissance des droits des personnes transsexuelles (*de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales*).

18 Irlande/Haute cour/2007/IEHC 470 (19 octobre 2007).

19 CouEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, 11 juillet 2002, paragraphe 103.

20 Allemagne/Bundesverfassungsgericht/1 BvL 10/05 (27 mai 2008), disponible à l'adresse : www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20080527_1bvl001005.html.

21 Allemagne/BGBl I, Nr. 43, p. 1978 (22 juillet 2009), Article 5 disponible à l'adresse : www2.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl.

22 Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et identité de genre*, document thématique CommDH/IssuePaper(2009) 2, 29 juillet 2009, p. 23.

Des évolutions positives ont eu lieu en Autriche et en Lettonie. Selon un arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne de 2009²³ et différents arrêts de la Cour suprême administrative autrichienne entre 2008 et 2010²⁴, le changement de nom doit être possible même en l'absence de réaffectation sexuelle complète, et notamment en l'absence d'intervention chirurgicale. Selon l'approche adoptée par les tribunaux dans ces affaires, les seuls facteurs décisifs sont la transsexualité du demandeur et le fait qu'il ou elle se présente comme une personne du sexe opposé dans sa vie ou dans son travail. Le ministère de l'intérieur a indiqué que la pratique consistant à exiger une opération de chirurgie génitale pour obtenir un changement de nom devait être modifiée, mais aucune proposition concrète n'a encore été proposée. En Lettonie, le 8 avril 2009, le Parlement a adopté la loi sur le changement de prénom, de patronyme et d'origine ethnique officielle. Cette loi autorise désormais explicitement une modification du prénom et du nom de famille à la suite d'une réaffectation sexuelle²⁵. Même lorsque des modifications positives sont apportées à la législation, ces modifications doivent être mises en œuvre avec soin afin d'éviter l'arbitraire des autorités compétentes, une application fragmentée et inégale ainsi que le harcèlement, la discrimination et le déni de droits. De façon générale, les organisations telles que Transgenre Europe ont salué le rôle important accordé à l'autodéfinition de l'identité de genre par la personne concernée. Transgenre Europe estime toutefois que la condition préalable d'un « test de vie réelle » mérite la critique parce qu'elle porte atteinte à la vie privée des

personnes transgenres et qu'elle risque de provoquer une discrimination. Transgenre Europe considère qu'un changement de nom devrait être possible sur la base d'une simple procédure administrative. Toute personne qui s'identifie comme transgenre devrait pouvoir décider quand elle souhaite changer de nom et se présenter socialement comme une personne transgenre, ceci afin de protéger sa vie privée et sa dignité.

Le tableau 1 résume la situation actuelle concernant les conditions à remplir pour pouvoir modifier le sexe et le nom enregistrés sur des documents officiels. Tous les efforts ont été faits pour garantir l'exactitude du contenu de ce tableau, mais nous rappelons au lecteur que les informations qu'il contient sont particulièrement difficiles à obtenir parce que souvent cette question n'est pas régie par la loi. Si une réglementation par la loi n'est pas toujours souhaitable, étant donné la contrainte supplémentaire qu'elle impose aux personnes concernées, elle améliore l'accessibilité et permet une meilleure comparaison des informations précises collectées. Ce tableau doit donc être perçu comme un travail en cours et la FRA recevra volontiers tout commentaire visant à le rendre plus exact encore.

23 Autriche/Verfassungsgerichtshof/B1973/08 (3 décembre 2009).

24 Autriche/Verwaltungsgerichtshof/2008/17/0054 (27 février 2009); Autriche/Verwaltungsgerichtshof/2008/06/0032 (15 septembre 2009); Autriche/Verwaltungsgerichtshof/2009/17/0263 (17 février 2010).

25 Lettonie/Loi sur le changement de prénom, de patronyme et d'origine ethnique officielle (8 avril 2009), article 2, paragraphe 6, disponible à l'adresse : www.vestnesis.lv/index.php?menu=doc&id=191209.

Tableau 1 : Conditions pour la rectification du sexe ou du nom enregistrés sur les documents officiels

Codes pays	Intention de vivre selon le sexe opposé	Test de la vie réelle	Diagnostic de dysphorie de genre	Traitement hormonal d'adaptation physique	Décision judiciaire	Avis médical	Chirurgie génitale avec stérilisation	Divorce obligatoire/ automatique	Non modifiable	Remarques
AT	✓	✓	✓	✓		✓	✗ Décision judiciaire	✗ Décision judiciaire		Modifications législatives prévues pour confirmer des décisions judiciaires
BE	✓			✓		✓	✓			Rectification du sexe enregistré
BE	✓			✓		✓				Changement de nom
BG				?	✓	✓	?	✓	✓ (certificat de naissance)	Seuls les documents d'identité peuvent être modifiés (lacune dans la législation)
CY						✓	✓	?		
CZ	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓		Ces exigences ne sont pas fixées par la loi, mais sont utilisées par les commissions médicales créés au titre de la loi sur les soins de santé.
DE	✓		✓		✓	✓				Solution minimale : changement de nom uniquement
DE	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✗ Décision judiciaire et loi		Solution maximale : rectification du sexe enregistré
DK	✓	✓				✓	✓	?		Rectification du sexe enregistré
DK			✓			✓				Changement de nom
EE	✓	✓				✓	✓	?		
EL					✓	✓	✓	?		
ES			✓	✓		✓				
FI	✓	✓	✓			✓	✓	✓		Changement de nom possible sur simple notification, y compris avant la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle
FR			✓	✓	✓	✓	✓	✓		Conditions fixées par la jurisprudence, les procédures légales et médicales – varient selon les régions
HU						✓		✓		Aucune règle explicite. Conditions issues de la pratique, mais difficile de dire ce qui est nécessaire pour obtenir un avis médical. À partir du 1 ^{er} janvier 2011, un mariage peut être transformé en partenariat enregistré.
IE									✓ (changement de nom possible par un acte unilatéral et au titre de la loi sur les passeports de 2008)	Nouvelles modifications attendues après l'affaire <i>Lydia Foy</i> (2007)
IT			✓	✓	✓	✓	✓	✓		
LT									✓ (code personnel)	Vide juridique faut de législation d'exécution, les tribunaux décident sur une base ad hoc.
LU										Pas de dispositions en vigueur, les pratiques varient

1. Accès à la réaffectation sexuelle et reconnaissance de la réaffectation sexuelle

Codes pays	Intention de vivre selon le sexe opposé	Test de la vie réelle	Diagnostic de dysphorie de genre	Traitement hormonal d'adaptation physique	Décision judiciaire	Avis médical	Chirurgie génitale avec stérilisation	Divorce obligatoire/ automatique	Non modifiable	Remarques
LV						✓	✓ changement de nom possible après une réaffectation sexuelle			Avis médical basé sur l'intention de vivre selon le sexe opposé sur un diagnostic de dysphorie de genre. Pour la rectification du sexe enregistré, le ministère de la santé décide actuellement au cas par cas (critères non spécifiés). Des amendements à la loi ont été proposés mais pas adoptés
MT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	(personnes non mariées uniquement, pas de possibilité de divorce)		Conditions peu claires, les tribunaux statuent au cas par cas
NL	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓			Selon l'article 28 bis du code civil, l'obligation d'adaptation physique ne s'applique pas dans les cas où elle ne serait pas possible ou raisonnable d'un point de vue médical ou psychologique. Modifications en cours, la stérilisation forcée pourrait être abolie.
PL				✓	✓	✓	✓	✓		Aucune législation, conditions fixées par la pratique des tribunaux
PT	✓		✓	✓	✓	✓	✓			Décisions au cas par cas par les tribunaux, nouvelle loi attendue
RO				✓	✓	✓	✓			
SE	✓	✓			?	✓	✓	✓		Décision par un conseil d'experts médicaux
SI										Aucune formalité pour le changement de nom
SK							✓	?		Changement de nom accordé sur simple demande accompagnée par une confirmation de l'établissement médical
UK										Pas de formalités pour le changement de nom
UK	✓	✓	✓			✓		✓		Rectification du sexe enregistré

Remarques : Ce tableau ne concerne pas les conditions à respecter pour pouvoir bénéficier d'un traitement de réaffectation sexuelle. Cela signifie notamment que, dans la pratique, un diagnostic de dysphorie de genre pourrait être requis par les spécialistes médicaux en tant que condition préalable à un avis positif. Cette situation n'est pas illustrée par ce tableau, qui indique les conditions requises pour la reconnaissance juridique de la réaffectation sexuelle. ✓=applicable ; ?=doute ; ✕=supprimé ; changement depuis 2008.

Source : FRA, 2010.

2. La non-discrimination et la promotion de l'égalité dans le domaine de l'emploi

Le présent chapitre est divisé en deux parties. La première traite des questions juridiques de fond marquant l'évolution de l'élaboration et de l'interprétation de la législation en matière d'égalité. Tout d'abord, elle examine les progrès accomplis par rapport à la « hiérarchie de motifs » actuelle, tant au niveau national qu'au niveau de l'Union. Deuxièmement, elle examine dans quelle mesure l'identité de genre est protégée par le cadre juridique des États membres et du droit européen. Troisièmement, elle examine dans quelle mesure les couples homosexuels peuvent bénéficier des avantages et prestations liés à l'emploi. Quatrièmement, elle se penche sur la pratique et sur la jurisprudence concernant les exemptions et exceptions au principe de l'égalité de traitement accordées aux organisations religieuses ou fondées sur une certaine éthique. La deuxième partie traite des questions de mise en œuvre et d'exécution. Tout d'abord, elle présente une vue d'ensemble des procédures d'infraction intentées par la Commission contre les États membres concernant la transposition de la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Deuxièmement, elle présente en détail les mesures prises au niveau national en vue de simplifier le cadre juridique, de mener des actions de promotion et de coordonner les actions aux niveaux régional et national. Et troisièmement, elle examine les mandats attribués aux organismes de promotion de l'égalité en matière d'orientation sexuelle.

2.1. Questions de fond

2.1.1. Progrès accomplis par rapport à la « hiérarchie des motifs »

Dans la législation européenne actuelle, l'interdiction de la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique couvre un plus large éventail de domaines que l'interdiction des autres formes de discrimination fondées sur tous les autres motifs visés à l'article 19 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 13 du traité instituant la Communauté européenne, TCE), y compris l'orientation sexuelle. Pourtant, cette « hiérarchie des motifs » est difficilement conciliable avec la position de la CEDH, qui prévoit que toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des raisons particulièrement graves. En outre, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fait aucune distinction concernant le degré de protection accordé en fonction des différents motifs mentionnés ici. Il n'y a donc rien de surprenant

à ce que, jusqu'en 2010, 18 États membres de l'Union européenne se soient inspirés du principe qui veut que tous les motifs de discrimination bénéficient d'un niveau de protection équivalent pour la transposition des directives relatives à l'égalité.

Le rapport de 2008 constatait des disparités entre les États membres et entre les différents domaines dans l'adoption des législations anti-discrimination. Il a opéré un classement des États membres de l'Union européenne en trois groupes selon les domaines couverts par leur législation anti-discrimination. La situation a évolué légèrement depuis l'achèvement du rapport de 2008. En 2010, 11 États membres interdisaient la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les domaines couverts par la directive sur l'égalité raciale. Ces pays sont la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Hongrie, la Roumanie, la Suède, la République slovaque, la Slovénie, l'Espagne et le Royaume-Uni. Dans sept autres États membres, la législation relative à l'égalité de traitement par rapport à l'orientation sexuelle couvre au moins certains de ces domaines. C'est le cas en Autriche²⁶, en Finlande, en Irlande, en Lettonie, en Lituanie, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Par rapport aux résultats de 2008, les changements les plus importants sont intervenus en République tchèque et au Royaume-Uni. La législation de ces pays, qui couvrait précédemment la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans une partie des domaines soumis à la directive sur l'égalité raciale seulement couvre désormais tous ces domaines. Cette situation est le signe d'une évolution soutenue vers l'alignement de la protection accordée aux personnes ayant à subir un traitement discriminatoire pour toute espèce de motif, y compris l'orientation sexuelle. En date de 2010, seuls neuf États membres ont maintenu la « hiérarchie » qui accorde à la race et à l'origine ethnique une protection supérieure à celle dont bénéficient les autres motifs. Ces pays sont Chypre, le Danemark, l'Estonie, la France, la Grèce, l'Italie, Malte, la Pologne et le Portugal.

26 En Autriche, sept des neuf provinces couvrent tous les domaines mais deux ne le font pas.

Tableau 2 : Législation relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : champ d'application matériel et organismes de contrôle de l'application

Code pays	Champ d'application matériel		Organisme de promotion de l'égalité	Commentaires	
	Emploi uniquement	Certains domaines de la DER ²⁷			Tous les domaines de la DER
AT		✓	✓	Deux des neuf provinces autrichiennes, à savoir le Vorarlberg et la Basse-Autriche, n'ont pas étendu la protection à tous les domaines couverts par la DER. Le Vorarlberg a étendu la protection aux biens et services en 2008.	
BE			✓		
BG			✓		
CY	✓		✓		
CZ			✓	Nouvelle législation anti-discrimination adoptée	
DE			✓		
DK	✓		✓	Nouvel organisme de promotion de l'égalité créé	
EE	✓		✓	Nouvelle législation anti-discrimination adoptée	
EL	✓		✓		
ES			✓		
FI		✓			
FR	✓		✓		
HU			✓		
IE		✓	✓		
IT	✓				
LT		✓	✓		
LU		✓	✓		
LV		✓	✓		
MT	✓				
NL		✓	✓		
PL	✓				
PT	✓				
RO			✓	✓	
SE			✓	✓	
SI			✓	✓	
SK			✓	✓	
UK			✓	✓	La loi sur l'égalité de 2010 reprend la protection de l'orientation sexuelle assurée par les règlements sur l'égalité (orientation sexuelle) de 2007 et le règlement sur l'égalité en matière d'emploi (orientation sexuelle) de 2003, et renforce cette protection de différentes façons. La nouvelle loi sur l'égalité devrait entrer en vigueur en octobre 2010.
TOTAL	9	7	11	20	

Remarque : ✓=applicable ; ?=doute ; ✕=supprimé ; changement depuis 2008.

Source : FRA, 2010.

27 La discrimination en matière d'emploi est interdite dans tous les États membres de l'Union européenne par la directive sur l'égalité raciale (DER ; directive 2000/43/CE du Conseil). Outre l'emploi et le travail, cette directive couvre également la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

En juillet 2008, la Commission européenne a publié une communication intitulée « *Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé* » dans laquelle elle présente une approche globale pour intensifier l'action contre les discriminations et promouvoir l'égalité des chances²⁸. L'accent mis sur la mise en œuvre et le respect du cadre législatif s'accompagne de l'engagement de renforcer les outils de politique en vue d'une promotion active de l'égalité des chances visant à faire évoluer les mentalités et les comportements. Cette communication accompagne une proposition de directive appliquant le principe de l'égalité de traitement au-delà du domaine de l'emploi, assurant ainsi une meilleure protection contre les discriminations fondées sur le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la religion ou les croyances. La procédure législative concernant cette directive « horizontale » n'a progressé que lentement²⁹. Un accord politique était initialement recherché pour la réunion du Conseil de juin 2010 mais faute de consensus seul un rapport d'avancement a été discuté.

2.1.2. Discrimination et identité de genre

Publié en 2009, le rapport de la FRA intitulé « Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE – Partie II : la situation sociale » (*Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States : Part II - The social situation*) présente une image fort sombre de la situation des personnes transgenres sur le marché du travail³⁰. On sait que pour la Cour de justice de l'Union européenne les instruments qui mettent en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes doivent être interprétés au sens large, de façon à couvrir la discrimination fondée sur une réaffectation sexuelle prévue ou effective³¹. Le droit européen protège donc clairement les personnes transgenres sous le motif du « sexe ». Cette approche est également celle de la directive sur l'égalité raciale (refonte)³², dont le considérant 3 contient une référence explicite à la discrimination fondée sur le « changement de sexe ».

Il s'agit de la première mention explicite de la réaffectation sexuelle par une directive européenne, même si cette mention n'intervient pas dans le dispositif de la directive. Le droit européen n'est toutefois pas explicite en ce qui concerne le droit à l'égalité de traitement des personnes transgenres qui n'ont pas subi et qui ne comptent pas subir d'opération chirurgicale de réaffectation sexuelle. En juin 2010, faisant référence au document thématique du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe cité plus haut, le Parlement européen a officiellement reconnu la discrimination fondée sur l'identité de genre et insisté pour que les futures initiatives européennes en matière d'égalité entre les genres abordent aussi spécifiquement les questions liées à l'identité de genre et à la réaffectation sexuelle³³.

Le rapport de 2008 notait que, conformément à cette approche, 13 États membres de l'Union européenne (Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Irlande, Italie, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Suède, République slovaque, Royaume-Uni) traitaient la discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle comme une forme de discrimination sexuelle, même si cette équivalence était généralement due à la pratique des organismes de lutte contre la discrimination et des tribunaux plutôt qu'à une disposition législative précise. Dans 11 autres États membres de l'Union européenne (Bulgarie, Chypre, République tchèque, Estonie, Grèce, Lituanie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie, Slovaquie), la discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle n'était abordée ni par la législation ni par la jurisprudence, entraînant ainsi une incertitude juridique quant à la protection exacte contre la discrimination accordée aux personnes transsexuelles et transgenres. Deux États membres, l'Allemagne et l'Espagne, semblaient assimiler la discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. Enfin, le Royaume-Uni traitait la réaffectation sexuelle comme un motif distinct de discrimination interdite, tout comme la Hongrie, quoique sous le motif d'« identité de genre ».

Le fait de considérer la discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle comme une forme de discrimination sexuelle, comme le prescrit la CJUE, signifie au minimum que les instruments de l'Union européenne interdisant la discrimination sexuelle dans les domaines du travail et de l'emploi et dans l'accès aux biens et aux services et à la fourniture de biens et de services s'appliquent également à toute discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle ou sur l'intention de subir une réaffectation sexuelle. Depuis la présentation du rapport de 2008, deux pays seulement ont choisi de considérer les

28 Commission européenne, communication intitulée *Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé*, COM(2008) 420 final, 2 juillet 2008.

29 Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle*, COM(2008) 426 final, 2 juillet 2008.

30 FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, 2009, p. 117.

31 CJUE, Affaire C-13/94 *P. / S. et Cornwall City Council*, [1996] Rec. I-2143; CJUE, Affaire C-117/01 *K.B. / National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, [2004] Rec. I-541; CJUE, Affaire C-423/04 *Sarah Margaret Richards / Secretary of State for Work and Pensions*, [2004] Rec. I-3585.

32 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), 5 juillet 2006.

33 Résolution du Parlement européen du 17 juin 2010 sur l'évaluation des résultats de la feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010 et les recommandations pour l'avenir (P7_TA-PROV(2010)0232).

personnes transgenres comme un groupe distinct pour concevoir leur législation anti-discrimination. Tout d'abord, la Suède a décidé d'interdire la discrimination fondée sur « l'identité et l'expression transgenres » en tant que motif distinct (Code suédois 2008 :567). La législation explique l'identité ou l'expression transgenre comme une situation dans laquelle « une personne ne s'identifie pas comme un homme ou une femme ou exprime, par la façon dont elle s'habille ou de toute autre façon, qu'elle appartient à un autre sexe ». Cette définition accorde une protection aux personnes transgenres en général, et pas uniquement aux transsexuels. En outre, la législation accorde explicitement une protection contre la discrimination fondée sur le « sexe » aux personnes qui ont subi ou qui comptent subir une réaffectation sexuelle³⁴.

Deuxièmement, la loi britannique sur l'égalité de 2010 couvre désormais la « réaffectation sexuelle » comme un motif distinct. La République tchèque a adopté une approche similaire, bien que différente : sa nouvelle loi anti-discrimination prévoit désormais explicitement que la discrimination fondée sur l'« identité de genre » est couverte par les lois relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. De façon générale, la protection contre les discriminations pourrait devenir une protection plus large contre les discriminations motivées par l'« identité de genre » englobant non seulement les transsexuels, mais aussi les personnes transgenres et trans comme les travestis, les personnes pratiquant le *cross-dressing*, les personnes vivant en permanence comme si elles étaient du sexe « opposé » à celui qui leur a été assigné à la naissance sans intervention médicale, ainsi que toutes les personnes qui souhaitent présenter leur genre différemment de la norme et des attentes stéréotypées vis-à-vis d'un « homme » ou d'une « femme » à travers leur comportement, leur façon de s'habiller ou de s'exprimer ou d'autres éléments. Comme on le voit ci-dessus, on constate une tendance claire à l'élargissement de la protection dans cette direction, dans la mesure où les définitions législatives couvrent des aspects d'« identité » et d'« expression », par opposition à la seule « réaffectation », mais cette tendance est loin d'être largement acceptée.

Hormis ces évolutions législatives explicites, plusieurs États membres ont connu des décisions judiciaires ou des propositions visant à inclure plus visiblement les personnes transgenres dans le champ d'application de la législation anti-discrimination. En Espagne, l'identité de genre n'est pas mentionnée explicitement à l'article 14 de la Constitution, qui interdit la discrimination contre tout ressortissant espagnol motivée par sa naissance, sa race, son sexe, sa religion, ses convictions ou toute autre

condition ou circonstance sociale. À travers son arrêt 176/2008 du 22 décembre 2008, la Cour constitutionnelle a arrêté que l'identité de genre devait être considérée comme faisant partie des motifs de discrimination interdits³⁵. En Finlande, en décembre 2009, le comité chargé de réviser la législation en matière d'égalité a proposé de modifier la loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes de façon à indiquer clairement que le concept de discrimination sexuelle englobe les discriminations fondées sur la réaffectation sexuelle et sur l'identité de genre³⁶. En Allemagne, où la protection contre la discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle dans le domaine de l'emploi n'est pas claire, les partis actuels d'opposition au parlement fédéral ont proposé de modifier la loi fondamentale et déposé un projet de loi réclamant l'inclusion spécifique du critère d'« identité sexuelle » parmi les motifs de discrimination interdits visés à l'article 3, paragraphe 3, de la loi fondamentale³⁷.

Bref, malgré certaines clarifications dans trois États membres (la République tchèque, la Suède et le Royaume-Uni), l'inclusion des personnes transgenres dans la législation anti-discrimination donne toujours l'impression d'être une mesure négligée ou problématique, ce qui entraîne un manque de clarté et de protection dans au moins 15 États membres. Même dans les cas où la législation semble adopter une approche inclusive en considérant le caractère transgenre ou l'« identité de genre » comme un motif de discrimination interdit, cela ne se traduit pas nécessairement par une prise de conscience des problèmes, une mise en œuvre adéquate du cadre juridique et une amélioration de la vie quotidienne des personnes transgenres. Dans les campagnes de sensibilisation et le discours public, les questions transgenres restent peu visibles ou font l'objet de représentations stéréotypées. Cette situation ne contribue pas au respect des droits fondamentaux des personnes transgenres.

34 Article 5. Traduction anglaise communiquée par le gouvernement suédois disponible à l'adresse : www.manskligarattigheter.gov.se/dynamaster/file_archive/090717/938e32b31f6d4029833f80fa1c7486c3/discrimination%20act.pdf.

35 Espagne/Tribunal Constitucional/Arrêt 176/2008 (22 décembre 2008). Par ailleurs, la Communauté autonome de Catalogne a adopté Catalogne/Loi 5/2008 du 24 avril relative au droit des femmes d'éradiquer la violence machiste. L'article 70 de cette loi, consacré aux personnes transsexuelles, prévoit que les transsexuels doivent être protégés contre les violences au même titre que les femmes.

36 Finlande/Rapport du Comité pour l'égalité, *Proposition de nouvelle loi sur l'égalité de traitement* (Rapports du Comité 2009 :4). Disponible sur le site internet du ministère de la justice : www.om.fi.

37 Allemagne/Projet de loi modifiant la loi fondamentale, BT-Drs 17/88 (27 novembre 2009) disponible à l'adresse : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/000/1700088.pdf>; Allemagne/Projet de loi modifiant la loi fondamentale, BT-Drs 17/254 (15 décembre 2009) disponible à l'adresse : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/002/1700254.pdf>; Allemagne/Projet de loi modifiant la loi fondamentale, BT-Drs 17/472 (20 janvier 2010) disponible à l'adresse : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/004/1700472.pdf>. Une proposition législative similaire a été déposée au Conseil fédéral (*Bundesrat*) par le gouvernement des Länder de Berlin, Brême et Hambourg, mais elle a été rejetée par la majorité, voir www.artikeldrei.de/dokumente/Bundesrat%200741_09.pdf.

Tableau 3 : La discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle ou sur l'identité de genre dans les législations nationales

Codes pays	Forme de « discrimination sexuelle »	Motif distinct	Équivoque / peu clair	Commentaires
AT	✓			Interprétation juridique et mémorandum explicatif
BE	✓			Disposition explicite dans la législation ou explication dans les travaux préparatoires
BG			✓	
CY			✓	
CZ	✓			La nouvelle loi anti-discrimination parle d'« identité de genre ».
DE			✓	Amendement constitutionnel proposé par l'opposition (« identité sexuelle »)
DK	✓			Décision par le Conseil de l'égalité entre les genres
EE			✓	Le commissaire chargé de l'égalité entre les hommes et les femmes et de l'égalité de traitement a traité une demande et considéré que la loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes pouvait s'appliquer à « d'autres questions liées au genre ».
EL			✓	
ES			✓	La Cour constitutionnelle a considéré que l'identité de genre devrait être considérée comme faisant partie des motifs de discrimination interdits au titre de l'article 14 de la Constitution. Avec l'adoption de plusieurs législations régionales, on constate une tendance à la protection de l'identité de genre.
FI	✓			Le comité pour la réforme législative propose de couvrir explicitement la discrimination contre les personnes transgenres dans la législation sur l'égalité.
FR	✓			Jurisprudence et décisions de l'organisme de promotion de l'égalité
HU		✓		
IE	✓			La loi sur l'égalité en matière d'emploi 1998-2004 est interprétée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE.
IT			✓	
LT			✓	
LU			✓	
LV			✓	
MT			✓	
NL	✓			Jurisprudence et avis de la Commission pour l'égalité de traitement
PL			✓	
PT			✓	
RO			✓	
SE	✓	✓		La discrimination fondée sur la réaffectation sexuelle est toujours considérée comme une discrimination « sexuelle ». Le nouveau motif « identité ou expression transgenre » couvre désormais d'autres formes de variance sexuelle, indépendamment de la réaffectation sexuelle.
SI			✓	La loi mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement contient une clause ouverte des motifs de discrimination.
SK	✓			Disposition explicite dans la législation
UK		✓		La loi de 2010 sur l'égalité reprend la protection en matière de « réaffectation sexuelle » assurée depuis 1999 par la loi sur la discrimination sexuelle, mais supprime l'obligation de « contrôle médical » et étend la protection de différentes façons. La nouvelle loi sur l'égalité devrait entrer en vigueur en octobre 2010.
TOTAL	10	3	15	

Remarque : ✓= applicable ; évolution positive depuis 2008.
Source : FRA, 2010.

2.1.3. Accès du partenaire aux prestations sociales liées à l'emploi

La directive relative à l'égalité dans le domaine de l'emploi ne précise pas clairement si dans les cas où les couples homosexuels ne peuvent pas se marier et où le mariage est une condition nécessaire pour bénéficier de certaines prestations sociales liées à l'emploi, les différences de traitement qui découlent de cette situation doivent être considérées comme une forme de discrimination (directe ou indirecte) fondée sur l'orientation sexuelle³⁸. La CJUE a rendu un arrêt rejetant clairement l'idée que le considérant 22 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi justifierait une différence de traitement entre les conjoints et les partenaires enregistrés qui se trouvent dans une situation comparable à celle des couples mariés³⁹. Au contraire, la CJUE affirme que les États membres, dans l'exercice de leur compétence en matière d'état civil et de prestations qui en découlent, doivent « respecter le droit communautaire, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination » (point 59).

Dans cette perspective, il peut être utile de noter que certains Länder allemands ont mis les partenaires homosexuels sur le même pied que les conjoints en ce qui concerne les pensions versées au conjoint/partenaire survivant et les allocations familiales⁴⁰. La loi relative à l'impôt sur le revenu et aux droits de succession a également été modifiée en 2009, et place désormais les partenaires homosexuels sur un pied d'égalité avec les conjoints mariés en ce qui concerne les seuils d'exonération fiscale – même si l'alignement n'est pas encore complet, notamment en ce qui concerne les taux d'imposition. Le Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*) a conclu que les unions civiles enregistrées ne pouvaient pas bénéficier d'un traitement moins favorable que celui accordé au mariage en ce qui concerne le versement de pensions pour les personnes à charge des travailleurs de la fonction publique⁴¹. Le Tribunal a constaté que, contrairement à l'assurance obligatoire du fonds de retraite public, l'assurance complémentaire en faveur des personnes à charge ne

prévoyait pas de pension pour les partenaires de vie et que cette situation était contraire au principe d'égalité visé à l'article 3, paragraphe 1, de la loi fondamentale. De même, en France, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a souligné le caractère discriminatoire de l'absence de reconnaissance juridique des partenariats homosexuels en ce qui concerne le droit à une pension pour le survivant après le décès du partenaire enregistré. Elle a conclu que le Code de la sécurité sociale ne devait pas conditionner au statut matrimonial le droit à une pension de conjoint/partenaire survivant⁴². La HALDE a étendu cet avis au refus de verser une allocation au conjoint survivant lorsque les personnes concernées n'étaient pas mariées⁴³.

L'égalité de traitement en matière d'emploi entre les partenaires homosexuels (enregistrés) et les conjoints prévue par la législation européenne n'implique pas l'obligation, pour les États membres, de mettre en place un régime équivalant au mariage pour les couples homosexuels ou d'autoriser le mariage homosexuel. La portée des obligations imposées à cet égard aux États parties par la CEDH était le principal enjeu de l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*⁴⁴. Même si l'arrêt rendu n'était pas encore définitif au moment de la rédaction du présent rapport⁴⁵, certaines questions posées dans cette affaire et certaines des conclusions de la CouEDH méritent d'être soulignées. Cette affaire trouve son origine dans la requête introduite par deux ressortissants autrichiens du même sexe affirmant que l'impossibilité de se marier était contraire à l'article 12 CEDH. Ils affirmaient également que leur relation homosexuelle (sans enfants) devait bénéficier d'une protection au nom du droit à la « vie de famille » (et pas seulement dans le cadre du droit à la « vie privée ») garanti par l'article 8 CEDH. Enfin, ils affirmaient que le fait de lier des prestations sociales au mariage alors que les couples homosexuels n'ont pas accès à ce moyen de prouver leur relation, ni à d'autres moyens, constitue une discrimination contraire à l'article 14 CEDH. La CouEDH n'a pas précisé si l'Autriche était dans l'obligation d'instaurer la loi sur les partenariats enregistrés pour les couples homosexuels qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Elle a simplement statué que le législateur autrichien ne pouvait se voir reprocher de ne pas l'avoir adoptée plus tôt, ni d'avoir refusé d'accorder aux partenaires homosexuels un statut correspondant en tous points au mariage. La CouEDH a également noté que

38 Voir A. Littler, *Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, 2004. Disponible à l'adresse : <https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/bitstream/1887/12587/23/DiscriminatoryPartnerBenefits-Appendix1-12Nov2004.PDF>.

39 CJUE, Affaire C-267/06 *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, [2008] Rec. I-1757.

40 Pour une vue d'ensemble comparative illustrant l'absence d'approche uniforme entre les différents Länder, voir www.lsvd.de/194.0.html#c1372. En ce qui concerne les professions libérales indépendantes, voir www.lsvd.de/1269.0.html.

41 Allemagne/Bundesverfassungsgericht/1 BvL 15/09 (10 août 2009), disponible à l'adresse : www.bverfg.de/entscheidungen/1k20090810_1bvl001509.html.

42 France/Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité/Délibération n° 2008-107 du 19 mai 2008.

43 France/Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité/Délibération n° 2009-132 du 30 mars 2009.

44 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010.

45 Selon l'article 44 de la Convention, l'arrêt d'une Chambre devient définitif « (a) lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre ; ou (b) trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ; ou (c) lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en application de l'article 43 ».

« l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide ». Elle a remarqué que « [c]ertaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de "famille" » (point 93). Renversant ainsi la jurisprudence antérieure, la Cour a estimé « artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation » (point 94). Comme mentionné précédemment, cet arrêt n'était pas encore définitif au moment de la rédaction de cette mise à jour⁴⁶.

La jurisprudence antérieure de la CouEDH indique clairement que les partenaires homosexuels doivent être traités sur un pied d'égalité par rapport aux partenaires hétérosexuels de même statut. Après l'arrêt *Karner c. Autriche* de 2003⁴⁷, la Cour a réaffirmé en 2010 qu'un partenaire homosexuel devrait avoir le droit de reprendre à son nom le bail de son partenaire de vie décédé⁴⁸. Dans *Kozak*, la Cour a statué à l'unanimité que l'exclusion systématique des personnes vivant dans des relations homosexuelles de la succession à un bail était contraire à l'article 14 et à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et de la vie de famille). Elle a aussi fait différentes déclarations importantes qui élargissent l'arrêt *Karner* de 2003, considérant que les États doivent reconnaître « les développements survenus au sein de la société et l'évolution de la perception des questions sociales, relationnelles et d'état civil, y compris le fait qu'il n'existe pas un seul choix possible quant à la façon de mener et de vivre sa vie familiale ou privée » (point 98). Par la suite, dans l'affaire *P.B. et J.S. c. Autriche*⁴⁹, la Cour a appliqué le même principe à une affaire concernant l'extension de l'assurance-maladie et de l'assurance contre les accidents d'un travailleur à son partenaire homosexuel. La Cour a réaffirmé qu'un couple homosexuel cohabitant, uni *de facto* par un partenariat stable, relève de la notion de « vie familiale » (point 30), et confirmé qu'il revient à l'État de démontrer la « nécessité » d'exclure certaines catégories

de personnes du champ d'application de la législation en question (point 42). Elle a conclu qu'une différence de traitement entre les partenaires homosexuels et hétérosexuels ne se justifiait pas.

Certains tribunaux nationaux ont également abordé des questions qui sortent de la sphère de l'emploi. L'organisme de promotion de l'égalité de Chypre, après avoir reçu deux réclamations concernant l'absence de cadre juridique permettant aux couples homosexuels de se marier ou d'enregistrer un partenariat, a adopté le 31 mai 2010 un rapport recommandant la reconnaissance juridique des partenaires homosexuels cohabitants. Le ministre de l'intérieur organise actuellement des consultations à ce sujet. En Italie, plusieurs tribunaux⁵⁰ ont posé la question de savoir si l'interdiction du mariage homosexuel par le Code civil (*Codice civile*) devait être jugée anticonstitutionnelle au vu de différentes dispositions de la Constitution⁵¹. Dans son arrêt n° 138/2010, la Cour constitutionnelle a déclaré cette question partiellement irrecevable et partiellement infondée et conclu qu'il revenait au Parlement de décider de la reconnaissance des unions homosexuelles⁵². La Cour a toutefois affirmé clairement que les couples homosexuels bénéficiaient de la protection que l'article 2 de la Constitution accorde aux « groupes sociaux » et qui implique le « droit fondamental de vivre librement en couple » et le droit à la reconnaissance juridique et aux droits et obligations qui l'accompagnent.

2.1.4. La position des Églises et autres organisations religieuses ou éthiques dans le régime de la directive sur l'égalité en matière d'emploi

L'article 4, paragraphe 2, de la directive sur l'égalité dans le domaine de l'emploi prévoit que, sous certaines conditions, des différences de traitement fondées sur la religion ou les croyances peuvent être autorisées dans le cas des activités professionnelles d'Églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. Le champ d'application exact de ces exceptions reste à clarifier⁵³. Trois questions spécifiques se posent. Il y a tout d'abord la question de savoir s'il est admissible de licencier des salariés qui se lancent dans un partenariat de vie même

46 Par ailleurs, l'affaire n° 40183/07 *Stéphane Chapin & Bertrand Charpentier c. France*, actuellement pendante devant la CouEDH, demande à la Cour si l'article 12 CEDH (seul on en combinaison avec l'article 14) impose à un État d'accorder l'égalité d'accès au mariage pour les couples homosexuels, ou si les articles 14 et 8 interdisent aux États membres du Conseil de l'Europe : (a) d'associer des droits et des obligations au mariage légal ; (b) de refuser le mariage aux couples homosexuels ; et (c) de n'offrir aux couples homosexuels aucun autre moyen de prouver leurs relations afin de devenir éligibles pour ces droits et obligations.

47 CouEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003.

48 CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010.

49 CouEDH, *P.B. & J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010. Cet arrêt n'était pas encore définitif au moment de la rédaction du présent rapport.

50 Italie/Tribunale di Venezia (3 avril 2009) ; Italie/Corte di Appello di Trento (29 juillet 2009) ; Italie/Corte di Appello di Firenze (3 décembre 2009) ; Italy/Tribunale di Ferrara (3 décembre 2009).

51 Article 2, protégeant les droits humains inaliénables et les groupes sociaux ; article 3, interdisant la discrimination fondée sur les conditions sociales ; article 29, reconnaissant le mariage ; et article 117, paragraphe 1, qui dispose que l'exercice des pouvoirs législatifs de l'État et des régions doit respecter les obligations au titre du droit international.

52 Italie/Corte Costituzionale 138/2010 (14 avril 2010).

53 Voir K. Waaldijk, M. Bonini Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union : National Laws and the Employment Equality Directive*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2006, p. 50.

si ce partenariat n'influence en rien « la nature de cette activité ou les conditions de son exercice », comme l'exige l'article 4, paragraphe 2, de la directive. Cette question reste controversée en Allemagne. Un arrêt du tribunal du travail de Hambourg y avait répondu par la négative⁵⁴, mais en seconde instance, le tribunal du travail du *Land* de Hambourg a rejeté par la suite la revendication du requérant, faisant valoir qu'il ne pouvait y avoir de discrimination en matière de demande d'emploi que si le candidat était objectivement qualifié pour l'emploi concerné, et que, puisque le requérant n'était pas qualifié, le refus ne constituait pas une discrimination⁵⁵. Au moment de la rédaction du présent rapport, cette affaire est en instance d'appel devant le tribunal fédéral du travail (*Bundesarbeitsgericht*).

En Lituanie, l'article 3 de la loi sur l'égalité de traitement prévoit des exceptions particulièrement larges en faveur des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement, ainsi que pour les biens et services fournis par ces organisations. Le libellé de cet article semble autoriser une restriction de la liberté d'expression des personnes LGBT, notamment en ce qui concerne les activités d'éducation et de sensibilisation⁵⁶.

Aux Pays-Bas, la loi générale sur l'égalité de traitement (*Algemene wet gelijke behandeling*, LGET)⁵⁷ ne s'applique pas aux relations juridiques au sein des Églises et d'autres organisations à caractère spirituel. La Commission européenne a fait savoir au gouvernement que cette exception était trop large parce qu'elle ne respecte pas les limites imposées par l'article 4, paragraphe 2, de la directive sur l'égalité en matière d'emploi. La LGET contient également une exception en faveur des institutions fondées sur des principes religieux, précisant qu'elle ne s'applique pas : « (a) aux relations juridiques au sein des communautés religieuses, des antennes indépendantes ou des associations de ces communautés ou au sein d'autres associations à caractère spirituel ; (b) à l'office de prêtre » (article 3). Certains observateurs considèrent que cette exemption *inconditionnelle* est incompatible avec l'article 2, paragraphe 5, l'article 4, paragraphe 1, et l'article 4, paragraphe 2, de la directive. La Commission européenne la juge trop large et rappelle que la législation devrait indiquer clairement les limites imposées par l'article 4, paragraphe 2, de la

directive⁵⁸, une position rejetée par le gouvernement⁵⁹. Ces institutions peuvent également imposer « des conditions qui, au vu de la finalité de l'institution, sont nécessaires à l'accomplissement des obligations liées à une fonction », sauf si ces conditions entraînent une distinction basée « exclusivement » sur (par exemple) l'orientation homosexuelle (article 5, paragraphe 2, LGET). La Commission européenne a critiqué le fait que ces conditions ne sont pas soumises à des critères de légitimité et de proportionnalité. En septembre 2009, le gouvernement a annoncé une législation qui rendrait le libellé de cette exception légèrement plus conforme à la directive sur l'égalité en matière d'emploi⁶⁰.

Au Royaume-Uni, la Commission européenne a considéré que l'exception existante était trop large⁶¹ et donc incompatible avec la directive sur l'égalité en matière d'emploi, et rendu un avis motivé à cet effet en novembre 2009. En avril 2009, le gouvernement a adopté un « projet de loi sur l'égalité » visant à modifier la législation de façon à ce que les exceptions aux dispositions en matière d'égalité s'appliquent uniquement aux emplois concernant « principalement ou exclusivement » la participation aux services et rituels religieux ou l'explication des doctrines religieuses. Le projet du gouvernement britannique a cependant été rejeté au cours de trois votes par la Chambre des Lords le 25 janvier 2010. C'est ainsi que la loi sur l'égalité, dans la forme finalement adoptée, maintient les exceptions en faveur des organisations religieuses qui avaient fait l'objet de critiques de la part de la Commission européenne.

2.2. Mise en œuvre et application

2.2.1. Procédures d'infraction pour transposition incorrecte de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi

Plusieurs États membres ayant progressé dans la mise en œuvre de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, cela a permis de clore plusieurs procédures

54 Allemagne/*Arbeitsgericht Hamburg*, affaire n° 20 Ca 105/07 (4 décembre 2007).

55 Allemagne/*Landesarbeitsgericht Hamburg*, affaire n° 3 Sa 15/08 (29 octobre 2008).

56 Les travaux préparatoires donnent à penser que ces dispositions de l'article 3 pourraient servir d'« outil d'auto-défense en vue d'éliminer les orientations sexuelles « non traditionnelles » des écoles et du système éducatif de façon générale » (Compte rendu de la séance parlementaire du 18 septembre 2007, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=304466).

57 Pays-Bas/Loi générale sur l'égalité de traitement (LGET), *Staatsblad* (2004) 119, amendements à la loi générale sur l'égalité de traitement de 1994, 1^{er} avril 2004 (entrée en vigueur).

58 Avis motivé de la Commission européenne (31 janvier 2008) 2006/2444, C(2008)0115, p. 5-6.

59 Pays-Bas/Documents parlementaires de la Chambre basse (2008-2009) 27017, n° 6, p. 3-4.

60 Voir Pays-Bas/Documents parlementaires de la Chambre basse (2008-2009) 28481, n° 6, p. 3.

61 L'article 7(3) dispose que : « Le présent paragraphe s'applique dans les cas où (a) l'emploi concerné sert aux fins d'une religion constituée ; (b) l'employeur applique une condition relative à l'orientation sexuelle – (i) afin de respecter les doctrines de cette religion ; ou (ii) en raison de la nature de l'emploi ou du contexte dans lequel il est exercé, afin d'éviter de heurter les convictions religieuses fortes d'une grande partie des disciples de cette religion ; et (c) soit (i) la personne soumise à cette condition ne la respecte pas, soit (ii) l'employeur n'est pas convaincu, ou en tout cas il est raisonnable qu'il ne soit pas convaincu, que cette personne la respecte. L'article 16(3) prévoit une exception presque identique pour « qualification professionnelle ou spécialisée aux fins d'une religion instituée ».

d'infraction pour transposition incorrecte. Plusieurs procédures restent toutefois ouvertes⁶². Au moment de la rédaction de ce rapport, la Commission européenne a encore 13 procédures d'infraction en cours contre 11 États membres : la Belgique, l'Allemagne, la Grèce (2), l'Irlande (2), l'Italie, la Lettonie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Suède et le Royaume-Uni. Dans le cadre de ces procédures, des avis motivés ont été transmis aux États membres suivants : l'Allemagne, la Grèce (1), l'Irlande (1), l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Suède et le Royaume-Uni. Ces procédures portent sur différents aspects de la directive. Les griefs de la Commission européenne en matière d'orientation sexuelle ont été exposés dans les avis motivés suivants :

- 1) Allemagne (avis motivé envoyé le 3 novembre 2009) : certaines restrictions concernant l'applicabilité de la loi anti-discrimination à certaines prestations sociales accordées à des fonctionnaires vivant dans le cadre d'un partenariat de vie enregistré constituent une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.
- 2) Pologne (avis motivé envoyé le 29 janvier 2010) : l'interdiction de la discrimination fondée sur tous les motifs prévus par la directive (y compris l'orientation sexuelle) n'est pas précisée dans les règles relatives à l'accès à certaines professions.
- 3) Royaume-Uni (avis motivé envoyé le 23 novembre 2009) : la possibilité de justifier la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre d'un emploi auprès d'institutions religieuses est jugée trop large.
- 4) Pays-Bas (avis motivé envoyé le 1^{er} février 2008) : les exceptions prévues pour les relations de droit au sein des communautés religieuses et pour l'emploi auprès d'institutions religieuses sont jugées trop larges, par ex. concernant le motif de l'orientation sexuelle.

2.2.2. Simplification et renforcement de la législation aux niveaux national et régional

Les progrès accomplis dans la législation de trois États membres visent à répondre à trois besoins principaux : i) simplification du cadre juridique ; ii) adoption d'obligations de promouvoir activement l'égalité ; et iii) efforts conjoints au niveau régional ou local.

La loi anti-discrimination de la République tchèque, adoptée le 17 juin 2009, transpose à la fois la directive sur l'égalité raciale et la directive relative à l'égalité

en matière d'emploi⁶³. Cette nouvelle loi interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les grands domaines couverts par la directive sur l'égalité raciale. Cette loi donne aussi au Défenseur public des droits (un médiateur général) le pouvoir d'agir en cas de discrimination alléguée. En Lituanie, plusieurs améliorations ont été apportées à la loi de 2003 sur l'égalité de traitement. Les dernières améliorations en date ont été apportées par des amendements adoptés le 17 juin 2008⁶⁴ et qui prévoient notamment un déplacement de la charge de la preuve, même si cette disposition risque d'être difficile à invoquer dans la pratique. Il semble toutefois rester certaines lacunes concernant, par exemple, le droit des associations de participer aux procédures judiciaires. On notera que l'orientation sexuelle n'est pas mentionnée parmi les motifs de discrimination interdits à l'article 1^{er} de cette loi, même si elle apparaît ailleurs dans le dispositif. Dans ce contexte, il est utile de rappeler que l'article 5 de l'actuelle loi sur l'égalité de traitement prévoit une obligation générale pour les institutions ou agences nationales et locales, dans leurs sphères de compétences, d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes et des mesures conçues pour garantir l'égalité de traitement indépendamment de l'orientation sexuelle et d'apporter un soutien aux programmes et aux activités des organisations de la société civile qui luttent pour l'égalité de traitement. Cette disposition rappelle la nouvelle « obligation d'égalité dans le secteur public » au Royaume-Uni, qui a été élargie à l'orientation sexuelle en 2010, comme indiqué ci-dessous.

Une nouvelle législation adoptée aux Pays-Bas oblige les autorités locales à créer des agences anti-discrimination indépendantes et accessibles⁶⁵. Ces nouveaux « Offices anti-discrimination » sont considérés comme faisant partie du système des organismes de promotion de l'égalité, et seront chargés de fournir des conseils (juridiques) indépendants aux personnes affirmant avoir fait l'objet d'une discrimination ainsi que d'enregistrer formellement les plaintes déposées. En Espagne, plusieurs améliorations ont été apportées au cadre législatif existant de lutte contre la discrimination, au niveau national comme au niveau régional. Le changement le plus significatif résulte probablement de la loi 25/2009 portant modification de certaines lois pour les adapter à la loi sur le libre accès aux activités de services et à leur exercice (*de modificación*

62 Ces informations reflètent la situation en août 2010. Elles nous ont été communiquées par la Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, Unité G2 : « Égalité, action contre la discrimination : questions juridiques ».

63 République tchèque/Loi n° 198/2009 sur l'égalité de traitement et les moyens juridiques de protection contre la discrimination et modifiant certains actes (loi anti-discrimination) (17 juin 2009), disponible en tchèque à l'adresse : http://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/701?number1=198%2F2009&number2=&name=&text=

64 Lituanie/Loi modifiant la loi sur l'égalité de traitement, n° X 1602 (17 juin 2008), publication officielle Valstybės Žinios, 5 juillet 2008, n° 76-2998. Disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=323620&p_query=&p_tr2=

65 Pays-Bas/Loi sur les services municipaux anti-discrimination, Staatsblad (2009) 313 (signature et entrée en vigueur le 25 juin 2009).

de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (entre autres) dans l'accès à toute profession réglementée par une fédération ou un organisme professionnel et dans l'exercice de cette profession⁶⁶. Certaines régions ont renforcé leurs dispositions en matière d'égalité de traitement de façon à couvrir l'accès au logement (Catalogne) et aux services sociaux (Galice). Des évolutions régionales ont également eu lieu en Autriche, en Belgique et en Italie. La province autrichienne du Vorarlberg a étendu la protection à la fourniture des biens et des services⁶⁷. La région italienne de Ligurie a adopté la loi régionale 52/2009 prévoyant des actions spécifiques en faveur des personnes LGBT dans des domaines tels que l'emploi, la santé et la culture. Elle est la deuxième région à le faire après la Toscane en 2004. À la suite de changements récents, la Belgique compte désormais 11 instruments législatifs qui, à différents niveaux de gouvernement, visent à garantir la mise en œuvre dans tous ses aspects de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi.

À la suite des procédures d'infractions lancées par la Commission européenne pour mise en œuvre incorrecte de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi et d'autres instruments de la législation européenne relative à l'égalité, plusieurs États membres ont renforcé leur législation nationale. En France, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 a modifié le Code du travail de façon à inclure une définition de la discrimination directe et indirecte, du harcèlement moral et du harcèlement sexuel. Ces définitions apparaissent désormais à l'article L. 1132-1 et à l'article L. 1134-1 du Code du travail et reproduisent le libellé des directives applicables. On peut considérer que ces amendements étendent l'interdiction de la discrimination à des situations qui, précédemment, n'étaient pas couvertes par la loi. En Italie, une disposition plus détaillée adoptée en juin 2008 clarifie les motifs pouvant justifier un traitement différencié. Les exceptions prévues pour les forces armées, la police, l'administration pénitentiaire et les services de secours ont été abrogées, les dispositions relatives à la persécution et aux conventions collectives ont été renforcées et le partage de la charge de la preuve a été clarifié dans une certaine mesure⁶⁸.

En Suède, la nouvelle loi générale sur la discrimination (Code suédois 2008 :567), qui est entrée en vigueur le

1^{er} janvier 2009, couvre la vie professionnelle, l'éducation, la politique relative au marché du travail, la création et la gestion d'entreprises, les biens, les services et le logement, les rassemblements et événements publics, le système d'assurance sociale, la santé et les services de soins de santé. Deux motifs de discrimination cités sont nouveaux : l'« âge » et l'« identité ou expression transgenre », un libellé remarquablement large qui s'applique à tous les domaines mentionnés ci-dessus et qui devrait couvrir la plupart des formes de discrimination à l'encontre des personnes transgenres. Il est remarquable que la protection contre la discrimination fondée sur l'« identité ou expression transgenre » présente désormais un champ d'application plus large que la protection contre la discrimination fondée sur l'âge, qui se limite à l'emploi et à l'éducation. Cette législation apporte également certaines améliorations concernant les voies de recours et le dédommagement financier. En réunissant tous les motifs de discrimination en un seul instrument législatif, la loi sur la discrimination peut contribuer à un recours plus efficace contre la discrimination multiple et transversale. Cette nouvelle loi prévoit également un certain nombre de mesures actives de promotion de l'égalité, même si ces mesures ne sont pas uniformes pour tous les domaines et motifs, ce qui témoigne de la nécessité d'affiner encore le contenu et la mise en œuvre de mesures positives pour l'inclusion des personnes LGBT dans toute l'Union européenne.

Au Royaume-Uni, la nouvelle loi sur l'égalité va entrer en vigueur en octobre 2010 (en majeure partie)⁶⁹. Cette loi harmonise la législation anti-discrimination à travers toutes les caractéristiques protégées, y compris l'orientation sexuelle, et renforce la législation afin de faciliter les progrès en matière d'égalité. Cette loi rassemble et réaffirme toutes les dispositions existantes de la législation anti-discrimination nationale concernant chacune des « caractéristiques protégées », notamment les réglementations de 2003 et 2007 relatives à l'orientation sexuelle, afin de rationaliser l'action via un instrument unique. Ainsi, l'« obligation d'égalité dans le secteur public » visée à l'article 149 de cette loi s'applique désormais aussi à l'orientation sexuelle. On remarquera que la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (*Equality and Human Rights Commission*) du Royaume-Uni a reconnu que « depuis avril 2008, la portée de l'obligation d'égalité a été élargie pour exiger des pouvoirs publics qu'ils s'emploient à éliminer la discrimination et le harcèlement motivés par la réaffectation sexuelle dans la fourniture de biens, d'infrastructures et de services »⁷⁰.

66 Espagne/Ley 25/2009 (22 décembre 2009), article 5, modifiant la Ley 2/1974 relative aux associations professionnelles (*sobre Colegios Profesionales*) (13 février 1974) en ajoutant un nouvel article 15 à la législation originale.

67 Vorarlberg/LGBl 49/2008 (13 août 2008).

68 Italie/Décret-loi n° 59/2008 (8 avril 2008), Journal officiel n° 84 (9 avril 2008), Article 8 septies, devenu Italie/loi n° 101/2008 (6 juin 2008), Journal officiel n° 132 (7 juin 2008) modifiant Italie/décret législatif 216/2003 (9 juillet 2003), Journal officiel n° 187 (13 août 2003).

69 Royaume-Uni/Loi sur l'égalité 2010 (c. 15) (8 avril 2010), disponible à l'adresse : http://195.99.1.70/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100015_en.pdf.

70 UK Equality and Human Rights Commission, *Provision of goods, facilities and services to trans people - Guidance for public authorities in meeting your equality duties and human rights obligations*, disponible à l'adresse : www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/PSD/psd_trans_guidance.pdf.

Cette obligation a un champ d'application large et prévoit un système de contrôle. La plupart des instruments législatifs antérieurs à la loi sur l'égalité de 2010 ont été abrogés. Cette loi s'applique en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles. La décentralisation a conféré à l'Assemblée d'Irlande du Nord les compétences nécessaires pour présenter ses propres propositions. Cette loi vise à simplifier, harmoniser et consolider la législation anti-discrimination et à renforcer le cadre juridique dans un certain nombre de domaines⁷¹. Elle prévoit également une nouvelle compétence permettant d'harmoniser la législation pour le cas où des modifications seraient rendues nécessaires par le droit européen.

2.2.3. Le mandat des organes de promotion de l'égalité

Vingt États membres (incluant aujourd'hui le Danemark et l'Estonie) possèdent désormais un organisme de promotion de l'égalité chargé de lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, soit deux de plus qu'en 2008. Les sept autres États membres (République tchèque⁷², Finlande, Italie, Malte, Pologne, Portugal, Espagne) ne possèdent pas d'organisme de promotion de l'égalité chargé de cette mission.

En ce qui concerne l'identité de genre, il découle logiquement de la jurisprudence européenne existante que les organismes de promotion de l'égalité qui couvrent (aussi) la discrimination fondée sur le sexe devraient défendre la position des personnes transgenres. En 2010, Equinet, le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, a intensifié ses efforts en vue d'améliorer la protection des personnes transgenres et de soutenir de nouvelles politiques et des initiatives de bonnes pratiques.

En 2009, le Danemark a créé le Conseil pour l'égalité de traitement (*Ligebehandlingsnævnet*), un organe administratif chargé de traiter les plaintes relatives aux

discriminations fondées sur le sexe, la race, la couleur, la religion ou les croyances, les opinions politiques, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap ou l'origine nationale, sociale ou ethnique dans le domaine de l'emploi⁷³. En Estonie, la loi sur l'égalité de traitement a transformé le commissaire pour l'égalité entre les hommes et les femmes en commissaire pour l'égalité entre les hommes et les femmes et l'égalité de traitement, élargissant ses compétences de façon à inclure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Outre les modifications relatives au mandat, certains amendements modifient également les compétences ou la structure de l'organisme. En République slovaque, l'amendement de 2008⁷⁴ à la loi anti-discrimination a instauré une forme d'action d'intérêt public (*actio popularis*) permettant au Centre national slovaque pour les droits de l'homme⁷⁵ d'intenter une action sans représenter concrètement une victime précise dans les cas où les droits, les intérêts protégés par la loi ou les libertés d'un nombre important ou indéterminé de personnes semblent avoir été violés, ou si la violation alléguée représente une menace grave pour l'intérêt public. En Suède, la tendance déjà soulignée à l'unification des organismes de promotion de l'égalité a été renforcée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la discrimination le 1^{er} janvier 2009. Cette loi a instauré une nouvelle agence gouvernementale appelée « Médiateur pour l'égalité » (*Diskrimineringsombudsman*)⁷⁶. De ce fait, le Médiateur pour l'égalité des chances, le Médiateur contre la discrimination ethnique, le Médiateur en matière de handicap et le Médiateur contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (HomO) ont tous été supprimés le 31 décembre 2008.

On peut conclure que la plupart des États membres ont adopté le modèle d'un organisme unique de promotion de l'égalité couvrant l'ensemble des caractéristiques protégées par le droit européen, plutôt que d'avoir un organisme spécialisé dans la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ce choix se justifie principalement par le souci de faire des économies d'échelle, la nécessité de cohérence dans l'interprétation de la loi et la fréquence de la discrimination multiple. Cependant, étant donné la réticence des personnes LGBT à déposer des plaintes formelles et à utiliser les voies de recours disponibles, la réalisation de ces objectifs pourrait nécessiter de donner une plus grande visibilité au travail des organismes de promotion de l'égalité en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre et au développement de l'expertise dans ce domaine. Comme le montrent les résultats obtenus par l'ancien Médiateur suédois (HomO), une organisation spécialisée

71 L'*Equality and Human Rights Commission* britannique a produit une série de guides expliquant les droits et les responsabilités des personnes en vertu de la nouvelle loi sur l'égalité de 2010. Ces orientations sont disponibles sur le site Internet de la commission, ou via le lien suivant : www.equalityhumanrights.com/ea2010.

72 En République tchèque, la loi anti-discrimination récemment adoptée confère au Défenseur public des droits le pouvoir d'agir dans les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le rôle principal de ce médiateur est de protéger les droits et les intérêts légitimes principalement dans des domaines dans lesquelles les citoyens ou d'autres entités sont en contact avec les services de l'État. Le médiateur ne dispose d'aucun moyen ni mécanisme direct pour faire appliquer la loi. Il demande à l'organisme public responsable de la mauvaise pratique ou de l'erreur de remédier à la situation, et, en l'absence d'une solution, transmet finalement le dossier au gouvernement. Le médiateur ne peut pas modifier ni remplacer la décision de l'organisme public concerné, mais il peut demander aux organes de contrôle d'exercer leurs pouvoirs. Selon les informations fournies par l'Office, le Défenseur public des droits n'a encore traité aucun cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (courriel de l'Office du médiateur, 24 février 2010).

73 Ce Conseil a été créé par Danemark/Loi n° 387 du 27 mai 2008 relative au Conseil pour l'égalité de traitement.

74 République slovaque/loi 384/2008 (23 septembre 2008).

75 Créé à l'origine en 1993. République slovaque/loi 308/1993 (15 décembre 1993).

76 Suède/prop. 2007/08 :95, bet. 2007/08 :AU7, rskr. 2007/08 :219 (6 mars 2008).

est nettement mieux adaptée pour recevoir des plaintes et construire une relation de confiance avec les personnes LGBT victimes de discrimination. De façon générale cependant, un rapport consacré aux INDH publié par la FRA en mai 2010 présente une situation fragmentée dans de nombreux États membres, avec une multitude d'institutions dont les compétences se chevauchent et l'absence d'une approche plus cohérente du contrôle des droits de l'homme⁷⁷. Par ailleurs, la FRA a demandé aux États membres de faire en sorte que les INDH et les organismes de promotion de l'égalité se voient attribuer un mandat large, qu'ils disposent de moyens suffisants et qu'ils puissent agir en toute indépendance. Parallèlement à cela, le rapport de l'enquête UE-MIDIS montre que les mécanismes existants, comme les organismes de promotion de l'égalité, sont rarement utilisés et à vrai dire peu connus parmi certains groupes de population vulnérables à la discrimination⁷⁸. Un rapport à paraître de la FRA portant sur l'efficacité de la directive sur l'égalité raciale arrive à une conclusion similaire. En ce qui concerne les personnes LGBT, plutôt que d'indiquer une

faible incidence de discrimination, les données suggèrent que les incidents sont sous-signalés. Le fait de déposer plainte et de révéler son orientation sexuelle ou son identité de genre reste en effet coûteux en termes de réputation et de risques pour la vie privée. Une solution partielle à ce problème du sous-signalage consisterait à permettre aux organismes de promotion de l'égalité d'agir de leur propre initiative ou d'agir sur la base de plaintes anonymes sans que l'identité de la victime soit révélée à l'auteur des faits. Une autre solution serait de faire en sorte que les personnes qui disent faire l'objet d'une discrimination en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre soient entendues par un personnel spécialisé dans les problèmes des LGBT ou par un personnel s'identifiant ouvertement comme LGBT afin de créer la confiance entre les parties.

Voir le tableau 2 ci-dessus pour une vue d'ensemble des organismes de promotion de l'égalité couvrant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

77 FRA, *National Human Rights Institutions in the EU Member States. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU, I*, Luxembourg : Office des publications, 2010.

78 FRA, *European Union Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS) – Survey Results*, Luxembourg : Office des publications, 2009, et *Données en bref de l'EU-MIDIS, 3e rapport - Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité - Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE III*, Luxembourg : Office des publications, 2010.

3. Les personnes LGBT et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence

Le présent chapitre examine des décisions ou des législations récentes concernant divers phénomènes liés à la liberté de réunion ou d'expression ainsi que le droit à la vie, à la sécurité et à la protection contre la violence. Il commence par décrire les difficultés restantes et les évolutions positives dans l'exercice de la liberté de réunion par les personnes ou les organisations qui se réunissent ou qui manifestent en faveur des droits des LGBT. Il présente ensuite une vue d'ensemble comparative des législations nationales relatives au contrôle de l'accès aux informations concernant l'homosexualité pour les mineurs, et examine des initiatives proactives prises par certains États membres en vue d'améliorer l'acceptation de l'homosexualité et des personnes LGBT. Enfin, il décrit différents développements relatifs à l'utilisation du droit pénal pour lutter contre les formes d'expression et de violence inspirées par des préjugés envers les personnes LGBT.

3.1. Contexte

Si les États membres ne criminalisent plus désormais les « actes homosexuels consensuels en privé »⁷⁹, le droit à la libre manifestation d'un comportement, d'identités et de relations LGBT, au sens large, n'est pas encore reconnu de façon égale à travers l'Union européenne. Ainsi, en juillet 2008, le maire de Vilnius s'est opposé à une campagne européenne contre la discrimination parce qu'il estimait qu'elle « faisait la publicité des minorités sexuelles »⁸⁰. Comme l'ont montré les rapports de la FRA, les motifs invoqués pour les interdictions incluent la sécurité des participants, les atteintes à la morale publique et le maintien de l'ordre public⁸¹. Le refus d'accepter les manifestations LGBT et d'autres formes d'expression peut contribuer à un environnement propice à un traitement inéquitable et à la discrimination. Mais ce chapitre montre aussi clairement que certains États membres se sont attaqués à ces problèmes et qu'ils ont développé de bonnes pratiques et obtenu des résultats importants pour permettre aux personnes LGBT de vivre ouvertement leur

orientation sexuelle ou d'exprimer leur identité de genre librement et en toute sécurité.

Ce chapitre examine les législations et les pratiques qui ont eu un impact négatif sur le droit des personnes LGBT à la vie, à la sécurité, à la liberté de réunion et d'expression et à la protection contre la violence. Les exemples d'incidents homophobes et transphobes présentés dans ce chapitre témoignent de l'existence de représentations et d'attitudes négatives selon lesquelles les personnes LGBT n'ont pas le droit d'exister, de vivre ouvertement sans honte ni crainte, de jouir de droits égaux dans la recherche d'un emploi, par exemple, ni de participer pleinement aux communautés dans lesquelles elles vivent. Ces attitudes semblent reposer sur la conviction que les personnes LGBT ne sont pas capables de contribuer utilement à la société et sur la crainte que l'homosexualité soit contagieuse et représente un danger particulier pour les jeunes. Ces attitudes renforcent la tendance à l'invisibilité des personnes LGBT. Ainsi, en mars 2010, la CouEDH a transmis au gouvernement roumain une affaire relative au comportement de la police de Bucarest qui, selon le plaignant, avait abusé de ses pouvoirs en l'interrogeant longuement et en prélevant ses empreintes digitales après avoir découvert qu'il était homosexuel⁸².

L'analyse des pratiques et de la jurisprudence recueillies par la FRA montre que les expressions verbales et physiques de préjugés, en plus de cibler des personnes en particulier, délimitent un « espace », souvent assimilé à l'« espace public » dans son ensemble, dans lequel les personnes LGBT ne peuvent pas s'exprimer librement et où les informations relatives à l'homosexualité ne peuvent pas circuler librement. Les contre-manifestations sont souvent appelées « marches de la normalité » ou « marches pour les traditions et la culture ». Elles tendent à dépeindre les LGBT comme des personnes anormales qui s'écartent d'une norme morale ou imposée par la société. Cette norme est étroitement liée à la définition sociétale des frontières entre le sexe masculin et le sexe féminin, et elle peut aboutir à une forme d'hégémonie. En ce qui concerne les expériences de harcèlement des personnes transsexuelles et transgenres en public, l'étude *Transphobic Hate Crime in the European Union* réalisée en 2009 par l'organisation Press for Change signale que 79 % des répondants avaient connu l'une ou l'autre forme de harcèlement en public, depuis des commentaires transphobes jusqu'à des agressions

79 CouEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, paragraphe 62 ; CouEDH, *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, 26 octobre 1988, paragraphe 46 ; CouEDH, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, 22 avril 1993, paragraphe 23. Voir le chapitre 3.3 ci-dessous pour la situation en Grèce.

80 Voir 15min.lt (2008), *Imbrasas : Gėjams vietos nėra*, 21 juillet 2008, disponible en lituanien à l'adresse www.15min.lt/naujiena/miestas/vilnius/imbrasas-gejams-vietos-nera-41-672.

81 FRA, *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, Luxembourg : Office des publications, 2009, p. 51.

82 CouEDH, *Adrian Costin Georgescu c. Roumanie*, n° 4867/03, affaire communiquée au gouvernement roumain le 31 mars 2010.

physiques ou sexuelles⁸³. L'analyse qualitative a révélé que les pouvoirs publics considèrent implicitement les attaques par des hommes contre les femmes trans (personnes biologiquement masculines mais qui s'identifient avec le sexe féminin) comme des attaques « homme contre homme » plutôt que comme des attaques perpétrées par des hommes contre des femmes, et que la vulnérabilité des femmes trans en tant que femmes et en tant que transsexuelles est souvent perdue de vue. Cette étude a également révélé que, bien souvent, la police suppose que la femme trans a été la cause de l'incident plutôt que sa victime. On reproche même parfois implicitement aux femmes trans de ne pas avoir réagi « comme un homme » à ces attaques. Par exemple, dans le cas d'un meurtre commis contre une femme trans, on suppose que la victime possédait « la force d'un homme ». Cette étude conclut que la police et les tribunaux doivent reconnaître le fait que les personnes trans sont vulnérables face aux attaques transphobes.

Dans ce contexte, il est remarquable que plusieurs États membres aient lancé des initiatives visant à promouvoir la connaissance et l'acceptation de l'homosexualité et des personnes LGBT, contribuant ainsi à faire reculer la stigmatisation, les stéréotypes et les attitudes négatives. Aussi important qu'elle puisse être, l'utilisation du droit pénal risque de ne pas suffire. Comme l'explique le présent chapitre, l'absence de preuve d'« intention » au cours de l'instruction ou de la poursuite de délits s'est révélée un problème dans plusieurs affaires. L'approche adoptée par certains tribunaux consiste à refuser la prise en compte d'une circonstance aggravante s'ils ne sont pas convaincus que l'auteur des faits connaissait avec certitude l'orientation sexuelle de la victime. Ce seuil élevé ignore le fait que les comportements violents peuvent reposer plus souvent sur des perceptions liées à des stéréotypes. Deuxièmement, l'interdiction de l'« incitation » à la haine est rarement appliquée parce que le comportement du contrevenant doit présenter une gravité suffisante ou doit se produire en public avec un nombre suffisant de personnes présentes pour répondre aux critères constitutifs du délit. Dans des affaires concernant des déclarations générales relatives à l'homosexualité, il a été conclu que les ONG de LGBT, ou même une personne s'identifiant comme LGBT, ne peuvent pas agir au nom d'une victime non identifiée ou n'ont pas le statut juridique requis pour faire valoir une réclamation. D'autres tribunaux ont également conclu que les expressions insultantes ou offensantes ne constituent pas nécessairement une incitation à la haine ou à la discrimination et ne méritent donc pas une sanction (plus lourde). Troisièmement, la notion de « haine » est problématique parce qu'elle suppose un seuil élevé : ce délit ne recouvre pas nécessairement

les autres insultes ni les déclarations, images ou publications humiliantes. Ce problème se pose d'autant plus lorsque le comportement de la personne accusée consiste en insultes et agressions verbales, ou quand il n'implique pas le recours à la parole mais passe par l'affichage de textes ou de T-shirts, la représentation publique d'une pièce, la lecture de médias enregistrés ou la radiodiffusion d'un programme. Même la violence ne répond pas nécessairement à cette définition. Les personnes LGBT peuvent subir des attaques simplement parce qu'elles sont perçues comme des « proies faciles », sans qu'il y ait nécessairement un élément de haine. Cette attitude pourrait s'expliquer par le fait que les personnes LGBT sont jugées plus vulnérables, moins promptes à réagir, plus réticentes à signaler l'incident ou menacées de chantage et de représailles si elles portent plainte. La promotion d'une culture de pluralisme et de respect pour les personnes LGBT nécessite donc un engagement accru en faveur de l'éducation, la sensibilisation, l'acceptation de la diversité et la discussion proactive et équilibrée de l'expression LGBT dans tous les domaines de la vie sociale.

3.2. Marches pour la fierté LGBT et liberté de réunion

En ce qui concerne la liberté d'expression et de réunion pacifique, la recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre demande aux pouvoirs publics de protéger les participants à des manifestations pacifiques et d'éviter les restrictions arbitraires aux droits à la liberté d'expression et de réunion pacifique. Cette recommandation affirme également que les États membres du Conseil de l'Europe devraient « prendre des mesures appropriées pour protéger de manière effective les défenseurs des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres contre les actes d'hostilité et les agressions auxquelles ils peuvent être exposés, y compris lorsqu'ils sont censés avoir été commis par des agents de l'État ». Enfin, elle affirme que les gouvernements devraient consulter de façon appropriée les organisations LGBT « sur l'adoption et la mise en œuvre de mesures pouvant avoir un impact sur les droits de l'homme de ces personnes » et assurer leur participation (paragraphe 12).

Le rapport de 2008 a examiné deux thèmes : tout d'abord la liberté de réunion des personnes LGBT ou des organisations qui manifestent en faveur des droits LGBT, et ensuite les répercussions des manifestations hostiles aux personnes LGBT et leur potentiel d'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination. Les sous-chapitres suivants présentent une brève mise à jour de la situation dans les États membres.

83 L. Turner, S. Whittle, R. Combs, *Transphobic Hate Crime in the European Union*, mai 2009, disponible à l'adresse : www.pfc.org.uk/.

3.2.1. Liberté de réunion des personnes LGBT ou des organisations qui manifestent pour les droits des LGBT

En ce qui concerne l'exercice de la liberté de réunion pour les personnes ou les organisations qui manifestent en faveur des droits des LGBT, le rapport de 2008 signalait certains cas dans lesquels les autorités (notamment au niveau local) avaient imposé des restrictions arbitraires ou disproportionnées à l'organisation d'événements en faveur des droits des LGBT. Ce rapport notait que les dispositions vagues ou trop larges que les autorités pouvaient invoquer pour interdire une manifestation risquaient d'être utilisées de façon arbitraire ou discriminatoire. Un aspect particulièrement préoccupant était le recours à des notions telles que l'« ordre public », donnant en pratique un « droit de veto » aux contre-manifestants hostiles aux droits des LGBT menaçant de perturber, ou perturbant effectivement, les marches pour la fierté ou autres événements similaires⁸⁴.

Des progrès ont été réalisés dans certains pays, notamment en Pologne, où l'on constate des améliorations importantes et où la marche Europride 2010 s'est déroulée sans incidents⁸⁵, ou encore en Roumanie, où, en 2008, un tribunal a rejeté une demande d'interdiction d'une marche pour la fierté⁸⁶. Le tribunal de Bucarest a statué que la liberté de réunion des personnes LGBT ne pouvait pas être restreinte au motif d'une atteinte alléguée à l'intégrité morale et spirituelle des enfants. Il a donc rejeté l'argument selon lequel une marche LGBT portait atteinte aux droits d'autres personnes. Pourtant, des événements récents montrent que ce problème persiste : en Lituanie, l'ancien maire de Vilnius a tenté de faire interdire une manifestation pour la fierté en août 2008⁸⁷. L'organisation LGBT Ligue gay de Lituanie (*Lietuvos gėjų lyga*, LGL) a déposé plainte auprès du Médiateur pour l'égalité des chances. Cette plainte demandait au Médiateur de clarifier la compatibilité des déclarations publiques du maire de Vilnius, et de l'application du « règlement relatif à la propreté et à l'élimination des déchets » (modifié avant l'événement dans le seul but de pouvoir l'interdire), avec l'article 5 de la loi sur l'égalité de traitement. Cette loi impose aux autorités nationales et municipales une obligation générale de respecter l'égalité des chances. Le Médiateur a toutefois refusé d'instruire la plainte, considérant que la

LGL ne pouvait pas s'adresser à lui – seules les victimes directes de la mesure étant habilitées à déposer plainte. Il a également conclu que cette affaire constituait un litige qui, selon la loi sur l'égalité de traitement, devait être tranché par les tribunaux (c'est le cas pour la mise en œuvre de la loi sur les rassemblements). Enfin, il a conclu que les déclarations publiques de responsables ne tombaient pas sous le coup de la loi sur l'égalité de traitement⁸⁸. Un tribunal de première instance a confirmé ce raisonnement, mais un appel est en cours d'instance au moment de la rédaction du présent rapport. En mai 2010, le tribunal administratif de l'arrondissement de Vilnius a ordonné la suspension de l'autorisation accordée par la municipalité de Vilnius d'organiser la Gay Pride balte « Pour l'égalité » prévue pour le 8 mai 2010. L'événement a bien eu lieu à la date prévue, mais il a fallu une décision de la Cour suprême administrative pour maintenir l'autorisation de manifester. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a noté que cette marche « a eu lieu sous forte protection policière, au milieu d'un nombre considérable de contre-manifestants. L'hostilité était si importante que les policiers étaient plus nombreux que les participants »⁸⁹. En Lettonie, malgré plusieurs décisions judiciaires annulant l'interdiction des marches pour la fierté, certains élus continuent de contester le droit d'organiser ces événements.

3.2.2. Manifestations contre les personnes et événements LGBT

Le rapport 2008 a examiné en détail la jurisprudence de la CouEDH considérant que, dans une démocratie, le droit d'organiser une contre-manifestation ne peut pas aller jusqu'à empêcher l'exercice du droit de manifester⁹⁰. Si la plupart des États membres de l'Union européenne prévoient dans leur législation nationale la possibilité d'interdire les manifestations qui incitent à la haine, à la violence ou à la discrimination (fondée sur l'orientation sexuelle), ils sont parfois réticents à faire usage de cette possibilité. Au cours des deux dernières années, des problèmes ont été signalés en Bulgarie, où l'Alliance nationale bulgare (*Български национален съюз*, ANB) organise régulièrement des contre-manifestations opposées aux marches pour la fierté. À plusieurs reprises, ces manifestations ont dégénéré en violences organisées au cours de ces marches. Les autorités ont instauré une meilleure collaboration avec les organisateurs, notamment pour l'organisation de la marche « Aimer l'égalité, apprécier la diversité » organisée à Sofia le 26 juin 2010.

84 FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, Luxembourg : Office des publications, 2009, p. 111 (le rapport a été republié en 2009, c'est cette version qui est disponible en ligne).

85 Voir le reportage à l'adresse : www.bbc.co.uk/news/world-europe-10670489.

86 Roumanie/Tribunalul București/Asociația Pro Vita pentru Copii Născuți și Nenăscuți - Filiala București v. Primăria Municipiului București și Asociația ACCEPT, arrêt 2807 dans l'affaire n° 18838/3/CA/2008 (24 octobre 2008).

87 15min.lt (2008), Imbrasas : Gėjams vietos nėra, publié le 21 juillet 2008, disponible en lituanien à l'adresse : www.15min.lt/naujiena/miestas/vilnius/imbrasas-gejams-vietos-nera-41-672.

88 Lituanie/Décision du Médiateur à l'égalité des chances du 28 novembre 2009. On trouve des extraits du raisonnement dans le rapport annuel 2008 du Médiateur, disponible en lituanien à l'adresse : www.lygybe.lt/?pageid=7.

89 Voir http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog.php?blogId=1&date_min=1275343200&date_max=1277935199.

90 FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2009, p. 108-109.

Cet événement a réuni environ 800 manifestants encadrés par 300 policiers. Quelques manifestants anti-LGBT ont été arrêtés lors de cet événement, mais aucun autre incident ne s'est produit⁹¹. Néanmoins, le 18 novembre 2009, le conseil municipal de Pazardzhik avait adopté une ordonnance locale d'ordre public interdisant explicitement « la manifestation et l'expression publiques de l'orientation sexuelle dans les lieux publics »⁹². Malgré son libellé apparemment neutre, cette disposition semble en fait viser l'expression des personnes LGBT, puisqu'il semble peu probable que cette interdiction couvre également l'expression d'une orientation hétérosexuelle. Il est important de rappeler que la possibilité de manifester de façon pacifique, sans crainte et en faveur de la promotion des droits de la population LGBT, doit être considérée comme un aspect essentiel dans tous les États membres de l'Union européenne.

Les contre-manifestations, les attaques violentes et l'interdiction des manifestations ou de l'expression des identités LGBT en public témoigne de préjugés persistants envers l'homosexualité et les personnes LGBT. Perçues comme des phénomènes moralement inacceptables, comme appartenant à un « autre » monde dissident et comme une menace permanente pour les conceptions traditionnelles du genre, de la sexualité et de la famille, les personnes LGBT sont contraintes de rester invisibles. Cette conceptualisation est problématique à deux égards : tout d'abord, elle témoigne d'une compréhension très étroite du respect de la sphère privée de la personne et du développement de sa personnalité, dans la mesure où elle assimile « privé » à « caché ». Deuxièmement, elle donne lieu à un traitement inégal et inéquitable, dans la mesure où l'expression publique d'une orientation hétérosexuelle ne fait pas l'objet des mêmes restrictions.

3.3. Les interdictions de diffusion d'informations sur l'homosexualité aux mineurs ou d'expression LGBT dans la sphère publique

Le 22 décembre 2009, le parlement lituanien (*Seimas*) a adopté la loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique (*Nepilnamečių apsaugos nuo neigiamo viešosios informacijos poveikio*)⁹³.

L'article 4 de cette loi porte sur l'homosexualité et sur les relations familiales, déclarant (entre autres) nuisibles aux mineurs les informations « qui promeuvent les relations sexuelles ; [...] qui expriment un mépris envers les valeurs familiales, encouragent une notion de mariage et de création de famille autre que celle prévue par la Constitution de la République de Lituanie et le Code civil de la République de Lituanie [...] »⁹⁴. Ce libellé est le résultat d'amendements apportés à une version antérieure, contestée au niveau international comme dans le pays⁹⁵, qui cherchait à interdire explicitement dans les écoles, les espaces publics et les médias les informations « qui promeuvent les relations homosexuelles, bisexuelles et polygames » afin de protéger les enfants contre les « informations néfastes »⁹⁶. Les longs débats qui ont suivi se sont concentrés principalement sur les dispositions relatives à l'homosexualité⁹⁷ et ont abouti à un libellé quelque peu incohérent, puisque l'article 4, paragraphe 2 (12) considère comme des « informations néfastes » les informations qui ridiculisent ou humilient une personne ou un groupe de personne sur la base, entre autres, de leur orientation sexuelle.

La dernière version de cette loi conserve un libellé ambigu, mais elle n'affirme plus explicitement que les informations relatives à l'homosexualité sont considérées comme ayant un effet nuisible sur les mineurs. On pourrait toutefois considérer que cette loi reste problématique, dans la mesure où elle interdit les informations relatives aux relations homosexuelles, actuellement exclues des notions de mariage et de famille telles qu'elles sont précisées dans la Constitution et le Code civil lituaniens. En effet, la

91 International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *Bulgaria Pride 2010 Celebrates Love, Equality and Diversity Free from Threatened Anti-LGBT Violence*, voir www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/article/takeaction/resourcecenter/1151.html.

92 Bulgarie/Règlement d'ordre public de la municipalité de Pazardzhik, adopté par la décision 61 (27 avril 2006) et modifié par la décision 21 (12 novembre 2009).

93 Lituanie/Loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique (STATYMAS, décembre 2009, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=361998).

94 L'article 38 de la Constitution de la République de Lituanie prévoit que « le mariage est contracté sur la base du consentement mutuel d'un homme et d'une femme ».

95 Résolution du Parlement européen du 17 septembre 2009 sur la loi lituanienne relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique (P7_TA(2009)0019), disponible en ligne à l'adresse : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//FR. Voir aussi la visite du Commissaire du Conseil de l'Europe aux droits de l'homme des 19-20 octobre 2009 et les lettres de demande qu'il a adressées par la suite au Premier ministre et au président. Pour plus d'informations, voir : https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR132%282010%29&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE/t/commissioner/News/2010/100217Lithuania_fr.asp.

96 La version originale de la loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique a été adoptée par le parlement en dépit du veto du président par 87 voix pour et 6 voix contre (25 abstentions), le 14 juillet 2009. Lituanie/Loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique, IX-1067, 14 juillet 2009, disponible en ligne à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=349641.

97 Le compte rendu des audiences au parlement est disponible en lituanien à l'adresse suivante : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=357210&p_query=Nepilname%E8i.

3. Les personnes LGBT et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence

jurisprudence de la CouEDH prévoit généralement que toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit se justifier par des raisons particulièrement graves, et le pouvoir discrétionnaire des États en la matière est limité⁹⁸.

Parallèlement à cette loi, un projet de loi a été déposé le 9 juillet 2009 en vue de modifier le Code pénal⁹⁹ et le Code des infractions administratives¹⁰⁰. Ces amendements proposaient tout d'abord de créer une forme de responsabilité administrative pour la « promotion » des relations homosexuelles et le financement de la promotion publique de l'homosexualité, et ensuite de criminaliser l'« agitation publique » en faveur des relations homosexuelles. En partie du fait de l'incertitude juridique liée à l'emploi du terme « agitation », le ministère de la justice a eu des doutes concernant la conformité des amendements proposés avec les obligations internationales de la Lituanie¹⁰¹. Ces amendements sont donc actuellement en cours de réexamen. S'ils sont adoptés, ils permettront de réprimer un très large éventail d'activités telles que les séminaires et les conférences, les campagnes de défense des droits de l'homme portant sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la diffusion d'informations relatives à la santé sexuelle auprès des personnes LGBT, l'organisation de festivals du cinéma ou de marches et d'événements pour la fierté. Ils pourraient également susciter une discrimination accrue et d'autres violations des droits de l'homme dans différents domaines, y compris l'emploi et l'accès aux biens et services. Ces amendements pourraient criminaliser presque toutes les expressions ou représentations publiques de l'homosexualité, ou les informations relatives à l'homosexualité.

Une analyse comparative à l'échelle européenne montre que l'exemple lituanien est la seule tentative récente de maintenir l'invisibilité des personnes LGBT par des lois dont on peut considérer qu'elles « tradui[sen]t les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle »¹⁰², une situation tout aussi inacceptable que tout traitement différentiel basé sur des « attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine

ou couleur différentes »¹⁰³. Plusieurs États membres ont adopté une législation qui prévoit une protection générale des mineurs contre certains types de contenus, notamment de nature pornographique. L'analyse comparative de la FRA révèle cependant qu'aucune de ces dispositions ne fait de distinction entre les ouvrages hétérosexuels, homosexuels ou bisexuels. Dans les États membres de l'Union européenne, aucune disposition législative ne cible spécifiquement la diffusion d'informations relatives à l'homosexualité. Le Danemark est le seul pays où la situation est plus ambiguë. L'article 234 du Code pénal danois interdit la vente d'images ou d'articles obscènes à des personnes de moins de 16 ans, et le memorandum explicatif officiel de cette disposition affirme que les images ou films contenant de la nudité ou montrant un rapport sexuel ne sont pas considérés comme obscènes sauf s'ils contiennent des images à caractère homosexuel, sadique ou sexuellement pervers¹⁰⁴. Ce commentaire semble toutefois désuet, et il est difficile d'imaginer les tribunaux danois s'en inspirer. Il peut être utile de recommander une mise à jour du texte explicatif officiel à cet égard. En Autriche, l'article 220 du Code pénal interdisait autrefois la promotion des activités homosexuelles ou de la sodomie¹⁰⁵, mais cette disposition a été abrogée en 1996 par BGBl 1996/762. Outre les interdictions portant sur la « promotion de l'homosexualité », en Grèce, l'article 347 du Code pénal continue de pénaliser les « abus sexuels contre nature » (*παρά φύσιν ασέλγεια*) entre hommes a) lorsque ces abus découlent de l'exploitation d'une relation de dépendance basée sur des « services » rendus ; ou b) lorsque l'une des parties est âgée de moins de 17 ans, par la séduction ou à titre vénal. L'article 347 criminalise en outre ce même comportement lorsqu'il est pratiqué à titre professionnel, rendant ainsi illégale la prostitution masculine¹⁰⁶. Cette disposition semble

98 Voir CouEDH, *L. et V. c. Autriche*, n° 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003, paragraphe 45 ; CouEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, 9 janvier 2003, paragraphe 37 ; CouEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003, paragraphe 37 ; CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010, paragraphe 92.

99 Lituanie/Baudžiamojo kodekso papildymo 310(1) straipsniu ĮSTATYMO PROJEKTAS, XIP-668(2), 16 juin 2009, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=346178&p_query=&p_tr2=.

100 Lituanie/Administracinių teisės pažeidimų kodekso papildymo 214(30) straipsniu ir 224 bei 259(1) straipsnių papildymo ĮSTATYMO PROJEKTAS, XIP-667(2), 16 juin 2009, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=346176&p_query=&p_tr2=.

101 Lituanie/EUROPOS TEISĖS DEPARTAMENTO IŠVADA Baudžiamojo kodekso papildymo 310(1) straipsniu įstatymo projektui XIP-668(2), Voir aussi 7 juillet 2000, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=348021. Voir aussi : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=348020&p_query=&p_tr2=.

102 CouEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, 9 janvier 2003, paragraphe 44.

103 Ibid.

104 Karnov, Information om LBKG 2009-10-29 nr 1034 Straff eloven, note 929 (disponible sur le site www.thomson.dk).

105 Considérée à l'époque comme un délit constitué par le contenu d'un média (*Medieninhaltsdelikt*) selon l'article 1, paragraphe 1, point 12 de la loi sur les médias (*Mediengesetz*).

106 En vertu de l'article 339 du Code pénal grec, l'âge de la majorité sexuelle est de 15 ans. La majorité sexuelle différente prévue à l'article 347 en cas de séduction s'applique uniquement aux relations sexuelles entre hommes, et peut donc être considérée comme contraire aux arrêts CouEDH *L. et V. c. Autriche*, n° 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003 et CouEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, 9 janvier 2003 (voir aussi CouEDH, *Sutherland c. Royaume-Uni*, n° 25186/94, 27 mars 2001). Dans la mesure où le délit pénal prévu à l'article 347, sous ses différentes formes, vise explicitement les relations sexuelles entre personnes du sexe masculin uniquement, on pourrait également considérer qu'il est contraire aux arrêts CouEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981 ; CouEDH, *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, 26 octobre 1988 ; et CouEDH, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, 22 avril 1993. Dans la mesure où les différentes dispositions interdisent les activités sexuelles entre hommes au travail, dans le travail indépendant et dans les professions libérales, cette interdiction tomberait sous le coup de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cette interdiction jette un doute sur la compatibilité avec la directive, transposée en droit grec par la loi 3304/05.

incompatible avec la loi 2734/99 réglementant la prostitution.

Contrairement aux évolutions constatées en Lituanie, certains États membres ont choisi de promouvoir activement l'acceptation des LGBT par l'opinion publique en encourageant la distribution d'ouvrages qui abordent l'homosexualité dans une perspective de respect et de compréhension, en contrôlant et en combattant la discrimination et la violence et en reconnaissant et soutenant les relations LGBT. Cette approche est conforme à la déclaration des Nations unies relative à une culture de la paix du 13 décembre 1999, aux termes de laquelle « [l']épanouissement d'une culture de la paix repose sur la transformation des valeurs, des attitudes, des comportements et des modes de vie de nature à favoriser la paix entre les individus, les groupes et les nations » (article 2). Cette déclaration encourage les États à « [f]aire en sorte que les enfants reçoivent, dès leur jeune âge, une éducation au sujet des valeurs, des attitudes, des comportements et des modes de vie qui doivent leur permettre de régler tout différend de manière pacifique et dans un esprit de respect de la dignité humaine et de tolérance et de non-discrimination » (paragraphe 9 du Programme d'action pour une culture de la paix)¹⁰⁷.

La déclaration des Nations unies et le programme d'action qui l'accompagne, ainsi que la recommandation 2002(12) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'éducation à la citoyenneté démocratique (adoptée le 16 octobre 2002), soulignent la nécessité pour les enfants d'acquiescer la capacité de « reconnaître et accepter les différences ». Ces textes ont été l'inspiration directe de la loi espagnole 27/2005 du 30 novembre 2005 relative à l'éducation et à la culture de paix¹⁰⁸. Cette loi impose au gouvernement l'obligation de « promouvoir toutes les actions nécessaires afin de développer le contenu des accords internationaux visant à éliminer toutes les formes de discrimination raciale, de discrimination contre les femmes et de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle » (article 4.1). En outre, la loi organique sur l'éducation¹⁰⁹ de 2006 prévoit que le système éducatif espagnol promeut, entre autres, une éducation secondaire permettant aux enfants « de connaître et d'apprécier la dimension humaine de la sexualité dans toute sa diversité » (article 23.k)¹¹⁰.

D'autres États membres ont également évolué dans cette direction. En Allemagne par exemple, plusieurs initiatives ont été adoptées dans ce sens¹¹¹, comme la distribution par le Centre fédéral de l'éducation en matière de santé d'un manuel intitulé « Hétérosexuel? Homosexuel? »¹¹², ou encore l'initiative « École sans homophobie – école de la diversité » du Land de Rhénanie du Nord – Westphalie¹¹³. En Estonie, le ministère des affaires sociales considère que le programme scolaire national actuel défini par le ministère de l'éducation et des sciences devrait encourager les discussions relatives aux minorités sexuelles, puisqu'il précise que l'un des objectifs des cours de sciences humaines est de promouvoir la tolérance des élèves envers les différences des autres personnes et leur compréhension de la nature de la sexualité¹¹⁴. En France, la HALDE recommande de former les enseignants et le personnel de l'Éducation nationale, mais aussi d'inclure l'homophobie dans les programmes scolaires¹¹⁵. Elle considère en outre que le refus par une collectivité locale d'accréditer une association désireuse d'organiser des séances d'information pour les élèves sur le thème de la discrimination liée à l'orientation sexuelle constitue également une forme de discrimination¹¹⁶. Cette position a reçu l'aval des tribunaux administratifs, qui confirment que le fait de communiquer des informations sur l'homophobie est conforme au principe de neutralité dans l'éducation publique.

Aux Pays-Bas, plusieurs dossiers éducatifs visant à susciter des discussions sur l'homosexualité dans l'enseignement secondaire ont été développés. À la suite d'une résolution adoptée en décembre 2009 par la chambre basse du parlement néerlandais, le gouvernement a annoncé que la diversité sexuelle allait devenir l'un des principaux objectifs de l'éducation primaire et secondaire¹¹⁷. Les Pays-Bas ont également adopté un document de politique globale en matière de LGBT pour la période 2008-2011 (« Simplement gay »). Ce document met sur pied un plan d'action national comprenant 60 mesures différentes, dont 24 projets sponsorisés par différents ministères afin de promouvoir l'acceptation sociale et l'émancipation des citoyens LGBT. Au Royaume-Uni, les questions relatives à la discrimination, à l'homosexualité et aux partenariats civils ont été intégrées à des initiatives visant à améliorer le programme scolaire national. Les changements adoptés obligeront

107 Assemblée générale de l'ONU, Résolution 53/243 (Doc. ONU A/53/243), 6 octobre 1999.

108 Espagne/Loi 27/2005 Éducation et culture de la paix (30 novembre 2005).

109 Espagne/Ley Orgánica 2/2006 (3 mai 2006).

110 On peut également mentionner l'adoption d'une législation relative à l'éducation par les communautés autonomes espagnoles. On notera en particulier Andalousie/Loi 17/2007 (10 décembre 2007) relative à l'éducation en Andalousie (*Educación en Andalucía*), qui cite, parmi les principes du système éducatif d'Andalousie : « la coexistence en tant qu'objectif et que condition nécessaire au bon déroulement du travail des élèves et des enseignants, et le respect de la diversité par la compréhension réciproque de façon à éviter toute ségrégation des élèves basée sur les croyances, le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine ethnique ou la situation économique et sociale » (article 4.1.f).

111 Voir www.kombi-berlin.de/01-start-engl.html ; www.schwulelehrer.de/.

112 Voir www.bzga.de/?uid=10e7dba5ff6db8a8c3deaf179e4eefc&id=me dien&sid=71&idx=42.

113 Voir www.schule-der-vielfalt.de/index.htm.

114 Estonie/*Sotsiaalministeerium (01.2010) Réponses de l'étude thématique relative à l'homophobie et aux discriminations fondée sur l'orientation sexuelle (Teemauuringu homofoobia ja diskrimineerimise kohta seksuaalse sättumuse alusel vastused)* n° 15.1-1/90.

115 Voir France/Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)/Délibération n° 2009-252 (12 janvier 2009) ; HALDE Rapport annuel 2008, p. 60-61, disponible à l'adresse : www.halde.fr/IMG/pdf/RA_UK_version_integrale.pdf.

116 HALDE *Rapport annuel 2008*, p. 59.

117 Pays-Bas/Documents parlementaires Chambre basse (2009-2010) 27017, n° 59 et 66.

toutes les écoles à expliquer les relations homosexuelles aux élèves âgés de 14 à 16 ans.

Le Conseil de l'Europe recommande vivement de progresser davantage dans cette direction, comme l'indique clairement la recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres : « En tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, des mesures appropriées devraient être prises [...] à tous les niveaux pour promouvoir la tolérance et le respect mutuel à l'école, quelle que soit l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Cela devrait comprendre la fourniture d'informations objectives concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, par exemple dans les programmes scolaires et le matériel pédagogique ; les États membres devraient également fournir à tous les élèves et étudiants l'information, la protection et le soutien requis pour leur permettre de vivre en accord avec leur orientation sexuelle et leur identité de genre. En outre, les États membres pourraient concevoir et mettre en œuvre des politiques scolaires et des plans d'action pour l'égalité et la sécurité, et garantir l'accès à des formations ou soutiens et des outils d'aide pédagogiques appropriés pour lutter contre la discrimination. Ces mesures devraient tenir compte des droits des parents concernant l'éducation de leurs enfants » (annexe, paragraphe 32). Cette approche demande donc de promouvoir et de renforcer une culture du respect et des droits de l'homme. Cette perspective est intrinsèquement préventive dans sa conceptualisation, puisqu'elle vise à éradiquer les idées fausses, les stéréotypes et les suppositions implicites qui donnent naissance à l'intolérance, à l'exclusion, à l'intimidation et à la violence. Comme le montre le sous-chapitre suivant consacré aux discours et crimes anti-LGBT, une réaction basée uniquement sur le droit pénal ne suffira pas à assurer de meilleures conditions de vie aux personnes LGBT ainsi que leur participation pleine et entière à la société.

En conclusion, dans ce contexte comparatif, la Lituanie semble fort isolée parmi les États membres de l'Union européenne dans son intention d'interdire la diffusion de contenus pouvant être considérés comme « promouvant les relations (homo)sexuelles » ou « exprimant un mépris pour la famille ». Seul le Danemark garde une certaine ambiguïté du fait du commentaire officiel de l'article 234 du Code pénal et de sa discussion du « caractère obscène ».

3.4. Protection contre les discours et violences anti-LGBT par le droit pénal

Ce sous-chapitre examine dans quelle mesure le droit pénal national protège les LGBT contre les discours anti-LGBT (expressions de préjugés, insultes, menaces

et agressions verbales), les incitations à la haine ou à la discrimination (« discours haineux ») ainsi que contre les violences (« crimes haineux »). Il n'existe actuellement aucun instrument contraignant adéquat au niveau de l'Union visant à combattre effectivement l'expression d'avis négatifs à l'encontre des personnes LGBT, l'incitation à la haine ou à la discrimination ou encore les agressions et actes de violence¹¹⁸. Comme le soulignent les rapports de la FRA, les données relatives à l'incidence de ce phénomène parmi la population LGBT sont rares, même si certains États membres ont commencé à les collecter dans le cadre de leurs statistiques officielles ou d'enquêtes sur la criminalité¹¹⁹. En ce qui concerne cette collecte de données, le nombre des États membres ayant pris des mesures concernant les discours et les violences anti-LGBT reste largement en retrait du nombre de ceux qui enregistrent officiellement les crimes racistes¹²⁰.

Le Conseil de l'Europe est arrivé à un consensus concernant la nécessité de promouvoir une culture de tolérance et de respect et d'intensifier les efforts de lutte contre les « discours haineux ». La recommandation n° R(97)20 du Comité des Ministres aux États membres affirme que le « discours de haine » couvre « toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance » et déclare que ces formes d'expression « minent la sécurité démocratique, la cohésion culturelle et le pluralisme ». Cette recommandation contient une série de principes devant permettre de prendre des mesures adéquates pour combattre le discours de haine. Elle précise que certaines formes de discours haineux peuvent être « tellement insultantes pour des individus ou des groupes qu'elles ne bénéficient pas du degré de protection que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme accorde aux autres formes d'expression ». Tel est le cas lorsque le discours de haine vise à la destruction des autres droits et libertés protégés par la Convention, ou à des limitations plus amples que celles prévues dans la CEDH. La jurisprudence de la CouEDH indique que l'exercice de la liberté d'expression implique des « devoirs

118 S'inspirant des avis exprimés dans le rapport de 2008, de la FRA, la résolution du Parlement européen du 14 janvier 2009 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne 2004-2008 (2007/2145(INI)) (P6_TA(2009)0019) demandait à la Commission, après avoir consulté l'Agence, de lutter contre l'homophobie à travers une législation similaire à la décision-cadre 2008/913/JHA du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. Le délai de mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JHA sur le racisme et la xénophobie expire en novembre 2010. La Commission a annoncé une communication sur la lutte contre le racisme, la xénophobie et la discrimination pour 2011, et un rapport sur la mise en œuvre de la décision-cadre pour 2013.

119 FRA, *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, 2009, p. 37.

120 FRA, *Rapport annuel*, Luxembourg : Office des publications, 2010, p. 37.

et des responsabilités »¹²¹ correspondants, et que les formes d'expression constituant clairement un discours haineux ne bénéficient pas de la protection accordée par l'article 10 CEDH¹²². En ce qui concerne formes d'expression qui tomberaient sous le coup de l'article 10, la Cour insiste tout particulièrement sur le contexte dans lequel elles s'inscrivent, les circonstances de l'affaire et l'intention du requérant pour déterminer si une infraction peut revêtir un quelconque caractère de nécessité dans une société démocratique¹²³. Dans l'affaire récente *Féret c. Belgique*, qui portait sur des commentaires racistes au cours d'une campagne électorale, la Cour a expliqué son interprétation de l'« incitation à la haine ». Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de démontrer un appel concret à la violence ou au crime. Selon elle, des insultes, des moqueries et des diffamations peuvent constituer une incitation à la haine. Ces formes d'expression représentent l'exercice d'une « liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité » de certains groupes de la population¹²⁴. Le fait que le requérant ait été parlementaire (et donc joué un rôle important dans le processus démocratique) a été jugé sans importance, et la CouEDH a rappelé qu'il est « d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance »¹²⁵.

En ce qui concerne le rôle joué par les médias dans l'alimentation de discours incendiaires ou dans la diffusion d'informations équilibrées reflétant le pluralisme de la société, la recommandation n° R(97)21 du Comité des Ministres aux États membres sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance rappelle que « le principe de tolérance est la garantie du maintien en Europe d'une société ouverte et respectueuse de la diversité culturelle ». Soulignant notamment que les médias « peuvent apporter une contribution positive à la lutte contre l'intolérance, en particulier lorsqu'ils promeuvent une culture de compréhension », elle recommande un certain nombre de pratiques professionnelles propices à la promotion d'une culture de tolérance. Ces pratiques incluent la représentation factuelle et précise des faits, le tact, le fait d'éviter une représentation stéréotypée péjorative des membres de certaines communautés culturelles, la présentation du comportement d'un individu sans le lier à son appartenance à de telles communautés quand cette appartenance est indifférente à l'information. Cette recommandation invite également les États membres à « réserver une place appropriée à des services de programmes y compris aux heures de grande écoute, susceptibles de promouvoir l'intégration de tous les individus, groupes et communautés ». Plus récemment, la recommandation CM/Rec(2010)5 invite les États membres du Conseil de l'Europe à « prendre les mesures appropriées afin de combattre toutes les formes d'expression, notamment dans les médias et sur l'internet, pouvant raisonnablement être comprises comme susceptibles d'inciter, de propager ou de promouvoir la haine ou d'autres formes de discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres » (annexe, paragraphe 6). Selon cette recommandation, ces « discours de haine » devraient être prohibés et condamnés publiquement en toute occasion, en prenant en considération le droit fondamental à la liberté d'expression, conformément à l'article 10 CEDH et à la jurisprudence de la CouEDH. Les États membres sont invités à « sensibiliser les autorités et les organismes publics à tous les niveaux sur leur responsabilité de s'abstenir de faire des déclarations, notamment aux médias, pouvant raisonnablement être interprétées comme cautionnant de telles attitudes haineuses ou discriminatoires ». Par ailleurs, « [l]es autorités publiques et autres représentants de l'État devraient être encouragés à promouvoir la tolérance et le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dès lors qu'ils dialoguent avec les représentants principaux de la société civile, notamment les organisations de médias et sportives, les organisations politiques et les communautés religieuses » (annexe, paragraphe 7-8).

Les discours et crimes haineux sont depuis longtemps une préoccupation essentielle de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). En 2009, le Conseil ministériel de l'OSCE a adopté une décision ministérielle relative à la lutte contre les crimes de haine. Cette décision reconnaît les préjugés motivant ces actes violents et invite les États participants à promulguer, s'il y a lieu, une législation spécifique sur mesure pour lutter contre les crimes de haine, prévoyant des sanctions effectives qui tiennent compte de la gravité de ces crimes¹²⁶. En 2009, le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE a publié un guide à l'intention des ONG intitulé

121 CouEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, paragraphe 49.

122 CouEDH, *Jersild c. Danemark*, n° 15890/89, 23 septembre 1994, paragraphe 35 ; CouEDH, *Norwood c. Royaume-Uni*, n° 23131/03, 16 novembre 2004.

123 CouEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, n° 23927/94 et 24277/94, 8 juillet 1999, paragraphe 61. Voir M. Oetheimer, 'Protecting Freedom of Expression : the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights affaire Law', *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 17(3), 2009, p. 427.

124 CouEDH, *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, 16 juillet 2009, paragraphe 73 (actuellement disponible en français uniquement) : « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population ».

125 *Ibid.*, paragraphe 75.

126 OSCE, Décision n° 09/09 du Conseil ministériel *Lutte contre les crimes de haine*, 1^{er} décembre 2009.

« *Preventing and responding to hate crimes* » et indiquant clairement que les crimes et incidents motivés par la haine ont non seulement un impact sur les victimes, mais aussi sur des communautés entières, puisqu'ils laissent entendre que ces communautés devraient se voir refuser le droit de faire partie de la société¹²⁷. En 2009, le BIDDH a également publié le document « Les lois sur les crimes de haine : Guide pratique ». Ce guide recommande aux législateurs, lorsqu'ils décident des motifs à inclure dans la législation relative aux crimes haineux, de prendre en considération des facteurs tels que le contexte historique, les problèmes sociaux actuels et la fréquence de catégories particulières de crimes. En ce qui concerne spécifiquement les crimes de haine contre les personnes LGBT, le rapport annuel 2008 « Hate crimes in the OSCE region - incidents and responses » a fait état de plusieurs cas de discrimination et de violence, attirant l'attention sur le manque de données concernant ce problème important.

En 2010, dans le contexte de ses activités de collecte de données sur les crimes racistes et inspirés par la haine dans l'Union européenne, la FRA a commencé à recueillir des données sur les incidents et crimes dirigés contre les LGBT. Les résultats de cette collecte ne sont pas encore disponibles au moment de la rédaction du présent rapport.

Cette étude collecte des données et des informations officielles et non officielles. Les données officielles englobent les incidents signalés et les plaintes déposées par des personnes, les incidents constatés par la police et ceux enregistrés par les ministères publics et/ou les tribunaux. Les données non officielles couvrent des sources telles que les ONG, les rapports d'études scientifiques, les médias, les sondages et les organisations d'aide aux victimes. En 2011, l'Agence va également lancer une enquête-pilote sur les discours et les crimes haineux contre les LGBT et sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans une sélection d'États membres de l'Union européenne. Ce pilote servira de base à l'élaboration d'une enquête future plus complète couvrant un plus grand nombre d'États membres de l'Union européenne à travers différentes approches méthodologiques.

3.4.1. Discours anti-LGBT et incitation à la haine ou à la discrimination

Le rapport de 2008 soulignait que le fait de définir l'incitation à la violence ou à la discrimination contre les personnes LGBT comme une infraction pénale n'est pas

incompatible avec le respect de la liberté d'expression¹²⁸. Au moment de la publication de ce rapport, le droit pénal de 12 États membres considérait comme une infraction pénale le fait d'inciter à la haine, la violence ou la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle. Ce chiffre ne couvrait pas le cas particulier du harcèlement sur le lieu de travail qui, au titre de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, devrait être traité comme une forme de discrimination et faire l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, éventuellement à caractère pénal. Il n'englobait pas non plus les expressions anti-LGBT non assimilées à une incitation à la haine ou à la discrimination. Dans 12 autres États membres, par contre, l'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'encontre des personnes LGBT n'était pas définie explicitement comme une infraction pénale. Ces pays sont l'Autriche, la Bulgarie, la République tchèque, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, la Lettonie, la Pologne et la République slovaque. Malgré l'absence d'une législation spécifique et explicite, dans la plupart des États membres, la définition plus générale de certaines infractions peut également servir à protéger les personnes LGBT des discours anti-LGBT. Le rapport de 2008 indique que quatre États membres seulement limitaient explicitement à la protection de groupes autres que les personnes LGBT les dispositions de leur droit pénal interdisant l'incitation à la haine (Autriche – article 283 du Code pénal¹²⁹, Bulgarie – articles 162 et 164 du Code pénal¹³⁰, Italie – article 3 de la loi 654/1975¹³¹ et Malte – article 82A du Code pénal et article 6 de la loi sur la presse¹³²). Par ailleurs, outre les dispositions du droit pénal, une protection peut être assurée par les dispositions du droit civil protégeant l'honneur, la dignité et les droits de la personne.

Certains changements sont intervenus depuis le rapport original. La Slovaquie est le seul pays dont la législation ait été modifiée explicitement de façon à inclure l'orientation sexuelle : l'article 297 du nouveau Code pénal concernant l'incitation ou l'encouragement à la haine, au conflit ou à la violence, ou l'incitation à d'autres formes d'inégalité, couvre désormais explicitement l'orientation sexuelle (Slovaquie – code pénal 55/06 (28 mai 2008)). Avec la loi sur la justice pénale et l'immigration (*Criminal Justice and Immigration Act*) de 2008¹³³, le Royaume-Uni a modifié les dispositions de la loi sur l'ordre public (*Public Order*

127 OSCE/ODIHR, *Preventing and responding to hate crimes*, 2009, p. 9. Disponible à l'adresse : www.osce.org/publications/odihr/2009/10/40781_1382_en.pdf.

128 FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2009, p. 118.

129 Autriche/Code pénal, BGBl 1974/60, dernière modification par BGBl I 2007/112 (28 décembre 2007).

130 Bulgarie/Code pénal, article 162, paragraphe 1 et article 164 (2 avril 1968, avec de nombreux amendements dont le dernier datant du 19 décembre 2006).

131 Italie/Loi 654/1975 (13 octobre 1975).

132 Malte/Loi sur la presse, chapitre 248 du code maltais (23 août 1974).

133 Royaume-Uni/Loi sur la justice pénale et l'immigration de 2008 (c.4) (8 mai 2008).

Act) de 1986¹³⁴ concernant l'incitation à la haine religieuse de façon à inclure la haine motivée par l'orientation sexuelle. Ces dispositions, entrées en vigueur le 23 mars 2010, s'appliquent en Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse. Le droit pénal d'Irlande du Nord contenait déjà des dispositions similaires depuis 2004. En Autriche, le ministère de la justice a déposé en décembre 2009 un projet de modification du Code pénal proposant d'inclure l'orientation sexuelle dans la protection contre l'incitation à la haine (article 283 du Code pénal)¹³⁵.

Comme indiqué plus haut, dans d'autres États membres, les dispositions relatives à l'incitation à la haine sont plus générales et ne font pas explicitement référence à l'orientation sexuelle. Deux nouveaux États membres ont rejoint ce groupe, à savoir la République tchèque et la Roumanie. En République tchèque, un nouveau code pénal est entré en vigueur en janvier 2010¹³⁶. Contrairement aux recommandations formulées par le groupe de travail sur les problèmes des minorités sexuelles (*Pracovní skupina pro otázky sexuálních menšin*)¹³⁷ dans son rapport intitulé « Analyse de la situation des minorités lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres en République tchèque », le nouveau code ne qualifie pas explicitement le discours anti-LGBT comme une infraction pénale. Plusieurs de ses dispositions font toutefois référence à des infractions commises contre un « groupe de personnes ». Ces infractions incluent l'incitation à la haine contre un groupe de personnes ou l'incitation à restreindre les droits et libertés de ces personnes (article 356), l'apartheid et la discrimination contre un groupe de personnes (article 402), la fondation, la propagation et le soutien d'un mouvement visant à supprimer les droits et les libertés d'une personne (article 403) ou la déclaration de soutien en faveur d'un mouvement visant à restreindre les droits et libertés d'une personne (article 404). De même, en Roumanie, le nouveau Code pénal adopté en 2009 a reformulé la définition de l'incitation à la haine ou à la discrimination de l'article 369, élargissant son champ d'application en supprimant la liste fixe de groupes protégés. Il définit désormais comme une infraction pénale « l'incitation du public, par quelque moyen que ce soit, à la haine ou à la discrimination envers une catégorie de personnes ». L'actuel article 317 du Code pénal sanctionnant le discours haineux en tant qu'incitation à la discrimination précise déjà qu'il protège tous les motifs de discrimination sanctionnés par la loi anti-discrimination, qui inclut

l'orientation sexuelle.

On notera que, selon l'analyse des cas recueillis par la FRA, et faute d'une législation et d'orientations correctes, les dispositions pénales relatives à l'incitation à la haine ou à la discrimination n'ont qu'un impact limité sur les formes d'expression inspirées par un préjugé anti-LGBT, les menaces verbales, les insultes et autres expressions souvent utilisées à l'encontre des personnes LGBT¹³⁸. En Bulgarie, dont les dispositions pénales en matière de discours haineux ne couvrent pas les déclarations homophobes comme une infraction punissable, le tribunal de la ville de Sofia¹³⁹ a statué le 1^{er} septembre 2009 que les déclarations homophobes ne constituent ni une forme de harcèlement, ni une incitation à la discrimination au titre de la législation transposant les directives européennes en matière d'égalité (la loi sur la protection contre la discrimination, Закон за защита от дискриминация)¹⁴⁰ du fait de l'absence d'un élément de comparaison avec les autres catégories. Cet arrêt est actuellement contesté devant la Cour de cassation. En ce qui concerne les déclarations homophobes prononcées par un responsable politique au cours d'un entretien avec un journal, la Cour de cassation française a conclu que, même si ces déclarations pouvaient avoir choqué certaines personnes LGBT, leur contenu ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression¹⁴¹. Par ailleurs, dans certains cas remontant à quelques années, les cours ont jugé que la diffusion publique d'opinions considérant les personnes LGBT comme « anormales », « contagieuses » ou « nuisibles pour la société » ne dépassait pas les limites de ce qui est acceptable au vu du « contexte » dans lequel ces avis avaient été exprimés. Certains tribunaux (notamment en Belgique¹⁴², au Danemark¹⁴³, aux Pays-Bas¹⁴⁴ et en Suède¹⁴⁵), ont ainsi conclu que la diffusion de points de vue négatifs et insultants à propos de l'homosexualité, si ces points de vue reposent sur des croyances religieuses ou sont exprimés par des autorités religieuses, relevait du droit à la liberté d'expression.

134 Royaume-Uni/Loi sur l'ordre public de 1986 (c. 64) (7 novembre 1986), pt. 3A.

135 Voir www.parlament.gov.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00119/pmh.shtml.

136 République tchèque/Loi. n° 40/2009 Coll. Code pénal (entrée en vigueur 1^{er} janvier 2010), disponible en tchèque à l'adresse : http://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/702/_s.155/701?l=40/2009.

137 Ce groupe de travail n'existe plus, ayant été remplacé par le Comité pour les minorités sexuelles (*Výbor pro sexuální menšiny*) créé en 2009 dans le cadre du Conseil des droits de l'homme du gouvernement. Sa composition reste similaire.

138 Voir les données présentées dans le rapport de la FRA *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, 2009, p. 41-46.

139 Bulgarie/Софийски градски съд/affaire civile n° 285/2007 (1^{er} septembre 2009).

140 Bulgarie/Loi de protection contre la discrimination (1^{er} janvier 2004).

141 France/Cour de cassation/n° 07-83398 (12 novembre 2008). La législation française criminalise non seulement l'incitation à la haine, mais aussi les insultes et menaces contre des personnes non identifiées. La loi du 9 mars 2004 modifie l'article 222-18-1 du Code pénal de façon à permettre une incrimination spécifique pour une menace basée sur une orientation sexuelle réelle ou supposée. Ce délit est passible de deux à sept ans d'emprisonnement et d'une amende allant de 30 000 à 100 000 euros.

142 Belgique/Chambre du conseil de Nivelles/décision du 4 juin 2008.

143 Danemark/Haute court occidentale/Ugeskrift for Retsvæsen Ufr 1990.636 V (29 mars 1990).

144 Pays-Bas/Gerechthof's Gravenhage/N° 2200359302 (18 novembre 2002); Pays-Bas/Hoge Raad der Nederlanden/N° 00945/99 (9 janvier 2001).

145 Suède/Högsta domstolen/Décision du 29 novembre 2005.

3. Les personnes LGBT et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence

Cette position varie d'un État membre à l'autre de l'Union, et il s'agit donc encore d'un aspect non fixé du droit européen. En avril 2010 par exemple, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme de Belgique a déposé plainte contre le dirigeant de l'organisation « Sharia4Belgium » qui avait exprimé publiquement son avis d'inspiration religieuse sur les personnes LGBT, affirmant que ces personnes « n'ont pas leur place dans la société et seraient probablement condamnées à mort par les érudits »¹⁴⁶. Les tribunaux vont devoir déterminer si ces propos constituent une forme d'incitation à la haine ou s'ils sont protégés comme l'exercice légitime de la liberté d'expression. Dans le passé, les tribunaux ont considéré que l'« incitation » est un concept qui va plus loin que la simple expression d'opinions négatives. Elle suppose une stimulation, un encouragement ou une provocation. Les tribunaux nationaux ont défendu à plusieurs reprises les droits des personnes LGBT à la dignité, à l'honneur ou à leur réputation dans des affaires concernant des discours négatifs visant une personne en particulier, surtout lorsque ces propos ne sont pas tenus par une autorité religieuse. En août 2009, le tribunal régional de Szczecin (Pologne) a conclu en faveur d'un jeune homme gay qui avait été insulté en public à plusieurs reprises par un voisin. Le tribunal a considéré que l'utilisation de termes injurieux pour décrire les homosexuels ne peut être considérée comme un usage communément accepté et constitue une humiliation et une menace contre « l'un des aspects les plus sensibles de la vie humaine »¹⁴⁷. En Belgique, le tribunal de première instance d'Arlon a conclu, en janvier 2010, que les insultes lancées à l'encontre d'un couple homosexuel dans la rue constituaient une forme de harcèlement, de menaces et d'incitation à la haine. Le défendeur a été jugé coupable et condamné à payer une amende et un dédommagement¹⁴⁸. En Suède, plusieurs jeunes hommes avaient distribué dans une école des tracts de propagande de droite contenant, entre autres, des déclarations décrivant l'homosexualité comme une maladie. Ces quatre hommes ont été condamnés à une peine de prison avec sursis¹⁴⁹. Cette affaire est actuellement en appel devant la CouEDH, les accusés affirmant que le comportement qui leur est reproché reste dans les limites de leur liberté d'expression¹⁵⁰. En décembre 2009, dans un programme télévisé diffusé en Hongrie, le présentateur et les invités ont affirmé que les LGBT « pourrissent » et « détruisent » la société, et que la communauté homosexuelle ne pouvait pas coexister avec la « civilisation des chrétiens blancs ». La Commission hongroise de l'audiovisuel a conclu que ces propos étaient

de nature à susciter la haine contre les personnes LGBT et qu'ils violaient donc leurs droits fondamentaux¹⁵¹. Elle a ensuite obligé la chaîne de télévision à suspendre ses programmes pendant 90 minutes et de diffuser pendant ce temps les principales conclusions de la Commission. Aux Pays-Bas, la Cour d'appel d'Amsterdam a conclu qu'une déclaration publiée sur un site Internet « satirique », selon laquelle la peine de mort serait une peine trop douce pour les homosexuels, était « inutilement insultante ». Le défendeur a été condamné à une semaine de prison (avec sursis) et à une amende¹⁵². En Roumanie, le Conseil national de lutte contre la discrimination (*Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*) a conclu qu'un article de presse décrivant les homosexuels comme une source de débauche et comme une menace avait créé un environnement dégradant et humiliant hostile aux homosexuels, et que son auteur avait abusé de sa liberté d'expression¹⁵³. Un développement potentiellement important a eu lieu en République tchèque où, le 17 février 2010, la Cour suprême administrative a ordonné la dissolution d'un parti d'extrême-droite, le Parti des travailleurs (*Dilnická strana*)¹⁵⁴. Le Parti des travailleurs prônait ouvertement des thèses racistes, homophobes, xénophobes et antisémites. La Cour a déclaré que, même si le programme et les discours des membres du parti ne constituaient pas une raison suffisante pour dissoudre ce parti, cette mesure s'imposerait dès lors que le parti commencerait à porter atteinte aux droits des autres personnes et à devenir une réelle menace pour la démocratie. Le programme politique du Parti des travailleurs contenait des déclarations homophobes et le parti avait organisé des manifestations qui, sans déclarer ouvertement leurs intentions homophobes, adoptaient néanmoins un ton homophobe.

Enfin, 13 États membres (la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la France, l'Irlande, la Lituanie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni) criminalisent explicitement l'incitation à la haine ou à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Depuis 2008, seule la Slovénie s'est ajoutée à ce groupe. Dans plusieurs États membres, les dispositions actuelles du droit pénal couvrent uniquement les discours négatifs constituant une « incitation à la haine ». La jurisprudence recueillie par la FRA révèle en outre que dans certains États membres, les tribunaux ont tendance à appliquer la législation de façon étroite, surtout lorsque les propos négatifs ou biaisés concernés reposent sur des convictions religieuses. Cette défense est moins facilement acceptée dans d'autres États membres.

146 Voir le site Internet du Centre à l'adresse : www.diversite.be/index.php?action=artikel_detail&artikel=350.

147 Pologne/Tribunal régional de Szczecin/Décision du 4 août 2009.

148 Belgique/Tribunal de première instance d'Arlon – Cour pénale/Décision du 11 janvier 2010.

149 Suède/Högsta domstolen [Cour suprême], 6 juillet 2006.

150 CouEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, n° 1813/07, affaire communiquée au gouvernement suédois le 27 novembre 2008.

151 Hongrie/Országos Rádió és Televízió Testület (ORTT)/N° 2005/2009 (XII.16) (16 décembre 2009).

152 Pays-Bas/Gerechthof Amsterdam/N° 23-000547-06 (17 novembre 2006).

153 Roumanie/Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii/, *Asociatia Attitude c. Silviu Manastire*, *Gazeta de Cluj*, Décision n° 207 (14 juillet 2003).

154 République tchèque/Cour suprême administrative/N°. Pst 1/2009-348 (17 février 2010).

Voir le tableau 4 ci-dessous pour une vue d'ensemble des dispositions de droit pénal relatives à l'« incitation à la haine » et couvrant explicitement l'orientation sexuelle.

3.4.2. Motivation homophobe ou transphobe en tant que circonstance aggravante dans les infractions pénales

Le deuxième aspect important examiné par le rapport de 2008 concernait la motivation homophobe en tant que facteur aggravant dans la perpétration de délits de droit commun tels que les violences contre les personnes et les dommages aux biens. La recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres invite les États membres du Conseil de l'Europe à « enquêter efficacement, rapidement et de manière impartiale sur les allégations d'infractions pénales et autres incidents pour lesquels l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime peut être raisonnablement soupçonnée d'avoir été l'un des motifs de l'auteur du crime ». Cette recommandation note qu'il convient d'accorder une attention particulière « aux enquêtes sur ce type de crime et incidents dès lors que le suspect est un agent des services répressifs, ou toute autre personne agissant dans le cadre de fonctions officielles » et insiste tout particulièrement sur la nécessité d'éviter l'impunité (annexe, paragraphe 1). Les États membres devraient également veiller à ce que, « lors de la détermination d'une peine, un mobile fondé sur un préjugé lié à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre puisse être pris en compte en tant que circonstance aggravante » (annexe, paragraphe 2). Les victimes et les témoins de crimes de haine ou d'autres incidents motivés par la haine fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre devraient être encouragés à dénoncer ces crimes et incidents. À cette fin, les États « devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les différentes structures répressives, y compris le système judiciaire, disposent des connaissances et des compétences requises pour identifier de tels crimes et incidents, et apporter une assistance et un soutien adéquats aux victimes et témoins » (annexe, paragraphe 3). Cette recommandation contient également des dispositions relatives à la nécessité d'« assurer la sécurité et la dignité de toute personne placée en prison ou se trouvant dans d'autres situations de privation de liberté, y compris des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres » et de rassembler et analyser des données pertinentes sur la prévalence et la nature des discriminations et de l'intolérance fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, et en particulier en ce qui concerne les « crimes de haine » et les incidents motivés par la haine liés à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

Le rapport de 2008 notait que 10 États membres de l'Union européenne considéraient la motivation anti-LGBT comme une circonstance aggravante, soit pour tous les délits de droit commun, soit pour un ensemble

bien défini d'infractions pénales. Dans 17 autres États membres, cette motivation n'était pas une circonstance aggravante dans la perpétration d'infractions pénales. Six des États membres de cette catégorie reconnaissaient toutefois la notion de « crime de haine » et, dans au moins 4 États membres qui ne limitent pas explicitement la notion de « crimes de haine » aux crimes commis avec une motivation raciste ou xénophobe, ce rapport notait que le libellé général de la législation pourrait permettre l'inclusion de crimes commis avec une motivation homophobe.

Quelques changements méritent d'être signalés en Lituanie, en Hongrie et au Royaume-Uni (Écosse). Des progrès ont été réalisés en Lituanie avec l'ajout, en juin 2009, de la motivation homophobe à la liste des circonstances aggravantes des crimes¹⁵⁵. En 2009, comme déjà signalé par la FRA¹⁵⁶, la Lituanie était l'un des rares États membres à rassembler des données officielles concernant les affaires judiciaires de discours haineux. Cette situation contraste avec les évolutions moins positives décrites ci-dessus (sous-chapitre 3.3). Au Royaume-Uni, la loi écossaise sur les délits pénaux aggravés par les préjugés est entrée en vigueur en Écosse le 24 mars 2010. Cette loi impose aux tribunaux de considérer les préjugés en matière de handicap, d'orientation sexuelle ou d'identité transgenre comme des circonstances aggravantes lors de la détermination des peines. Cette évolution est particulièrement remarquable parce qu'elle est la première dans l'Union européenne à mentionner explicitement l'« identité transgenre ». Pour que la législation relative aux crimes haineux soit efficace, Transgenre Europe considère qu'il faut adopter une interprétation large de l'identité de genre afin de couvrir les personnes les plus vulnérables à la transphobie. En Hongrie, en 2009, l'article 174/B du Code pénal a été modifié de façon à protéger les membres de « groupes particuliers de la population ». Les procédures pénales lancées sur la base de l'article 174/B contre les contre-manifestants violents de la Gay Pride de 2009 semblent indiquer que la communauté LGBT est considérée comme un « groupe particulier de la population » et qu'elle bénéficie donc d'une protection au titre de cet article. Enfin, aux Pays-Bas, les lignes directrices Bos / Polaris de détermination des peines du Collège des procureurs généraux recommandent d'alourdir de 50 % les peines infligées pour les crimes discriminatoires, soit 25 % de plus que l'alourdissement prévu antérieurement pour certains crimes¹⁵⁷.

155 Lituanie/Baudziamojo kodekso 60, 129, 135 ir 138 straipsnių papildymo ĮSTATYMAS, Nr. XI-303, 16 juin 2009, disponible en lituanien à l'adresse : www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=347281.

156 FRA, *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States : Part II - The social situation*, 2009, p. 37.

157 Voir www.om.nl/organisatie/beleidsregels/bos_polaris_0/.

3. Les personnes LGBT et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence

Deux autres États membres ont connu des modifications législatives qui ne concernent toutefois pas les crimes homophobes et transphobes. Même si, comme indiqué ci-dessus, la République tchèque a adopté un nouveau Code pénal en 2009, celui-ci ne considère pas la motivation homophobe comme une circonstance aggravante susceptible de donner lieu à des peines plus lourdes. La Roumanie a adopté un nouveau Code pénal en 2009, mais ce nouveau code ne modifie pas la situation décrite dans le rapport de 2008 : la Roumanie garde les circonstances aggravantes pour les crimes commis dans une intention discriminatoire, y compris ceux fondés sur l'orientation sexuelle, à l'article 77¹⁵⁸. En Italie par contre, un projet visant à créer une circonstance aggravante pour les crimes motivés par la haine à l'encontre des personnes LGBT a été rejeté par le parlement en octobre 2009. Les raisons invoquées par la majorité au pouvoir sont que cet amendement aurait été contraire à la clause d'égalité de

la Constitution. La Chambre basse a conclu que cette loi serait anticonstitutionnelle, dans la mesure où les victimes de crimes homophobes jouiraient ainsi d'une « protection privilégiée » par rapport aux autres victimes¹⁵⁹.

Pour conclure, 12 États membres (la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni) prévoient explicitement une circonstance aggravante pour les crimes motivés par l'homophobie. En Slovénie, l'intention homophobe est seulement considérée comme une circonstance aggravante dans le cas de meurtre. L'Écosse, au Royaume-Uni, est la seule juridiction à inclure les préjugés inspirés par l'identité transgenre. La Lituanie et l'Écosse ont rejoint ce groupe depuis 2008. En Italie, une proposition de loi en ce sens a été rejetée par le parlement. Le tableau 4 donne une vue d'ensemble de la législation en vigueur.

158 Roumanie/Loi 286/2009 relative au code pénal (17 juillet 2009).

159 Les projets de loi conjoints n° 1658-1882-A ont été rejetés par un vote de la Chambre basse du 13 octobre 2009 (*Testo unificato delle proposte di legge n. 1658 e 1882, recante l'introduzione nel codice penale della circostanza aggravante inerente all'orientamento o alla discriminazione sessuale*).

Tableau 4 : Dispositions du droit pénal relatives à l'« incitation à la haine » et aux « circonstances aggravantes » couvrant explicitement l'orientation sexuelle

Codes pays	Incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une infraction pénale	Circonstance aggravante	Commentaires
AT			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT.
BE	✓	✓	
BG			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT.
CY			Les dispositions générales pourraient s'étendre aux personnes LGBT.
CZ			Le nouveau Code pénal de 2009 ne contient aucune reconnaissance spécifique des crimes de haine motivés par l'homophobie. Les LGBT pourraient relever de la catégorie « groupe de personnes », mais il n'existe encore aucune jurisprudence, étant donné que la loi est entrée en vigueur en janvier 2010. L'exposé des motifs de la loi ne définit pas non plus ce terme.
DE			La législation relative aux discours haineux ne couvre pas explicitement la motivation homophobe, mais les tribunaux ont confirmé une interprétation large.
DK	✓	✓	
EE	✓		
EL		✓	L'article 23 de la loi 3719/2008 prévoit une circonstance aggravante dans les cas de crimes haineux motivés par l'orientation sexuelle.
ES	✓	✓	
FI		✓	Selon les travaux préparatoires, les personnes LGBT pourraient faire partie de la catégorie « groupe comparable ». Un groupe de travail a proposé d'amender les dispositions relatives à l'incitation, de façon à couvrir explicitement les minorités sexuelles (2010).
FR	✓	✓	
HU			Les personnes LGBT pourraient relever de la catégorie « groupes de la société ». Le Code pénal a été modifié, de façon à inclure les crimes inspirés par la haine contre « certains groupes de la société ». La jurisprudence indique que ce concept s'applique à la communauté LGBT.
IE	✓		La motivation homophobe pourrait être prise en compte pour fixer la peine, mais cet aspect est laissé à la discrétion des tribunaux.
IT			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT.
LT	✓	✓	La motivation homophobe a été ajoutée à la liste des circonstances aggravantes en juin 2009.
LU			Les dispositions générales pourraient s'étendre aux personnes LGBT.
LV			La motivation homophobe pourrait être prise en compte pour fixer la peine, mais cet aspect est laissé à la discrétion des tribunaux.
MT			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT.
NL	✓	✓	Les lignes directrices Bos / Polaris de fixation des peines du Collège des procureurs généraux recommandent d'alourdir de 50 % les peines infligées pour les crimes à caractère discriminatoire.
PL			Les dispositions générales pourraient s'étendre aux personnes LGBT.
PT	✓	✓	

3. Les personnes LGBT et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence

Codes pays	Incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une infraction pénale	Circonstance aggravante	Commentaires
RO	✓	✓	L'article 317 du Code pénal sanctionne uniquement le discours haineux en tant qu'« incitation à la discrimination », mais inclut l'orientation sexuelle. L'article 317 relatif à l'incitation à la haine ne mentionne pas explicitement l'orientation sexuelle, mais couvre l'incitation contre une « catégorie de personnes » sans autre précision. Le nouveau Code pénal entrera en vigueur le 1 ^{er} octobre 2011.
SE	✓	✓	
SI	✓		L'article 297 du nouveau Code pénal concernant l'incitation ou l'encouragement à la haine, au conflit ou à la violence, ou l'incitation à d'autres formes d'inégalité, couvre désormais explicitement l'orientation sexuelle. L'intention homophobe est considérée comme circonstance aggravante uniquement en cas d'homicide.
SK			Les personnes LGBT pourraient relever de la catégorie « groupe de personnes ».
UK (N-Ireland)	✓	✓	
UK (England and Wales)	✓	✓	La loi de 2008 sur la justice pénale et l'immigration, qui étend les dispositions relatives à l'incitation à la haine raciale ou religieuse de façon à inclure la motivation de l'orientation sexuelle, est entrée en vigueur le 23 mars 2010. Elle s'applique aussi à l'Écosse.
UK (Scotland)	✓	✓	La loi écossaise sur les délits pénaux aggravés par les préjugés, adoptée en juin 2009, est entrée en vigueur le 24 mars 2010. Elle inclut la motivation homophobe ou transphobe parmi les circonstances aggravantes.

Remarque : ✓ = applicable ; évolution positive depuis 2008.

Source : FRA, 2010.

4. Les « membres de la famille » en matière de libre circulation, de regroupement familial et d'asile

Le présent chapitre examine l'interprétation de la notion de « membre de la famille » et la position des familles homosexuelles dans la perspective de trois instruments de l'Union : la directive sur la libre circulation, la directive sur le regroupement familial et la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*). Trois questions essentielles se posent, concernant respectivement le statut des conjoints homosexuels, celui des partenaires dans le cadre d'une union civile ou d'un partenariat enregistré et, enfin, celui des partenaires *de facto* dans le cadre de relations durables. Le présent chapitre concerne la possibilité pour les citoyens de l'Union européenne s'installant dans un autre État membre d'obtenir le droit d'entrée et de séjour pour leur partenaire homosexuel, mais aussi la possibilité pour les ressortissants de pays tiers, y compris ceux qui jouissent du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire, de faire venir leur partenaire homosexuel en qualité de membre de leur famille.

4.1. Cadre général

Le cadre de 2008 se penchait sur trois questions essentielles liées à la définition du terme « membre de la famille » utilisé dans différentes directives, dont notamment la directive sur la libre circulation¹⁶⁰, la directive sur le regroupement familial¹⁶¹ et la directive sur les conditions requises¹⁶². Les trois questions relatives à la définition d'un « membre de la famille » aux fins de ces directives portaient sur : l'inclusion des conjoints homosexuels légalement mariés dans un État membre (la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne et aujourd'hui le Portugal et la Suède) ou même en dehors de l'Union européenne; le statut des partenaires dans une union civile ou un partenariat enregistré ; et enfin, le statut des partenaires homosexuels *de facto*. Ces trois directives prévoient trois régimes différents que nous allons résumer brièvement avant d'analyser l'évolution des législations des États membres.

Plusieurs évolutions ont eu lieu au niveau de l'Union européenne. Dans son rapport de 2008 au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/38/CE (directive sur la libre circulation)¹⁶³, la Commission a considéré que, même si l'interprétation donnée au terme « membre de la famille » par les États membres dans la transposition de l'article 2, paragraphe 2, était satisfaisante, cette transposition était « moins satisfaisante » en ce qui concerne les droits d'autres membres de la famille au titre de l'article 3, paragraphe 2, de la directive. Le Parlement européen, citant le rapport de la FRA dans sa résolution du 2 avril 2009 sur l'application de la directive 2004/38/CE¹⁶⁴, a exprimé sa préoccupation concernant l'« interprétation restrictive par les États membres de la notion de « membre de la famille » (article 2), de « tout autre membre de la famille » et de « partenaire » (article 3), notamment par rapport aux partenaires du même sexe, et leur droit à la libre circulation conformément à la directive 2004/38/CE » (préambule, considérant 5). Cette résolution demandait aux États membres de « mettre pleinement en œuvre les droits octroyés au titre des articles 2 et 3 de la directive 2004/38/CE, non seulement pour les conjoints de sexe opposé, mais également pour le partenaire enregistré, membre du ménage ou partenaire, y compris dans les couples de même sexe reconnus par un État membre, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice de leur non-reconnaissance par le droit civil d'un autre État membre, sur la base des principes de reconnaissance mutuelle, d'égalité et de non-discrimination, et dans le respect de la dignité et de la vie privée et familiale » (paragraphe 2). Le Parlement européen a également invité la Commission à « formuler des lignes directrices strictes, en mettant l'accent sur l'analyse et les conclusions du rapport de l'Agence des droits fondamentaux, et à suivre ces questions » (paragraphe 2).

Le contexte international a considérablement évolué depuis juin 2008. Dans l'affaire *Kozak c. Pologne*¹⁶⁵ concernant la succession à un bail par un partenaire homosexuel, la CouEDH a réaffirmé la position désormais bien établie selon laquelle l'article 14 CEDH couvre l'orientation sexuelle. Elle a affirmé que seuls des motifs particulièrement importants peuvent justifier une

160 Voir la 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

161 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

162 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des 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.

163 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/38/CE 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, (COM (2008) 840 final, 10 décembre 2008, p. 4.

164 Résolution du Parlement européen du 2 avril 2009 sur l'application de la directive 2004/38/CE 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 (2008/2184(INI)) (P6_TA(2009)0203).

165 CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010.

distinction fondée sur l'orientation sexuelle et que la marge d'appréciation est étroite, ce qui signifie qu'il faut prouver la stricte nécessité de la différence de traitement dans les circonstances concernées. Une différence de traitement fondée uniquement sur l'orientation sexuelle d'un candidat ne se justifie donc pas. La CouEDH a ajouté que les États doivent prendre en considération les développements survenus au sein de la société et l'évolution de la perception des questions familiales et relationnelles. Plus important encore, en juin 2010, une chambre de la CouEDH a renversé la jurisprudence antérieure et statué explicitement que la relation d'un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, « relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation »¹⁶⁶.

En juillet 2010, la CouEDH a confirmé ce point de vue et conclu à une violation des articles 14 et 8 CEDH dans une affaire concernant une différence de traitement entre un couple hétérosexuel et un couple homosexuel en matière d'assurance-maladie et d'assurance contre les accidents¹⁶⁷.

La réduction de la marge d'appréciation et l'élargissement de la notion de « vie familiale » dans la jurisprudence de la CouEDH pourraient ouvrir la voie à de nouveaux développements futurs, tant au niveau de l'Union européenne qu'au niveau national. La communication de la Commission intitulée « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm »¹⁶⁸ précise que le suivi de la mise en œuvre de la directive 2004/38/CE se poursuit. Le deuxième rapport sur la mise en œuvre et l'application de la directive 2004/38/CE est prévu pour 2013. Par ailleurs, ce plan d'action annonce un livre vert sur le droit au regroupement familial pour 2010 et une proposition de modification de la directive 2003/86/CE sur le droit au regroupement familial pour 2012.

4.2. Libre circulation

4.2.1. Entrée et séjour des conjoints homosexuels

Au moment de rédiger le présent rapport, cinq États membres de l'Union européenne autorisent le mariage

des couples homosexuels. En juin 2008, il n'y en avait encore que trois : la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne. Deux de plus ont rejoint le groupe : la Suède¹⁶⁹ (qui possédait déjà des partenariats homosexuels enregistrés¹⁷⁰) et le Portugal¹⁷¹. Des législations sont en cours d'adoption au Luxembourg et en Slovaquie¹⁷².

Le rapport de 2008 examinait la question de savoir si le conjoint homosexuel d'un citoyen européen s'installant dans un autre État membre doit se voir accorder le droit d'entrée et de séjour. Selon l'article 2, paragraphe 2, point a), de la directive sur la libre circulation, « on entend par [...] « membre de la famille » [...] le conjoint ». Le rapport de 2008 conclut que tout refus d'accorder ce droit constituerait une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle en violation de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, du principe général d'égalité et de l'interdiction de discrimination réaffirmée à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.

Cependant, malgré cette interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, au moins 11 États membres (l'Estonie, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la Slovaquie) semblaient à l'époque exclure le conjoint homosexuel du concept de « conjoint » utilisé en droit national. Le rapport a donc indiqué qu'il conviendrait de clarifier les obligations des États membres de l'Union européenne au titre de la directive sur la libre circulation en ce qui concerne le droit d'entrée et de séjour des conjoints homosexuels. Cette conclusion mérite d'être répétée.

Tout en gardant à l'esprit le manque de clarté de la législation nationale dans ce domaine, on peut décrire la situation en 2010 comme suit : huit États membres ne font pas de différence entre un conjoint homosexuel et un conjoint hétérosexuel en matière de droits d'entrée et de séjour (Belgique, Danemark, Finlande, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Royaume-Uni). Dans les 19 États membres restants, le conjoint homosexuel ne serait pas traité comme un conjoint (Autriche, Bulgarie, Chypre, République tchèque, Estonie, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg¹⁷³,

166 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010, paragraphe 94. Au moment de rédiger le présent rapport, cet arrêt n'était pas encore définitif. Voir également supra, chapitre 2.1.3.

167 CouEDH, *P.B. & J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010. Au moment de la rédaction du présent rapport, cet arrêt n'était pas encore définitif. Voir également le chapitre 2.1.3 ci-dessus.

168 Commission européenne, communication « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm », COM (2010) 171 final, 20 avril 2010.

169 Suède/Äktenskap för par med samma kön – Vigsselfrågor (SOU 2007 :17), 21 mars 2007.

170 Le mariage homosexuel est entré en vigueur le 1^{er} mai 2009. La loi sur les partenariats enregistrés (SFS 1994 : 1117) a été abrogée, si bien qu'il n'est plus possible d'enregistrer un partenariat. Les partenariats enregistrés existants continuent d'exister jusqu'à leur dissolution ou jusqu'à ce qu'ils soient éventuellement convertis en mariages.

171 Portugal/Lei n° 9/2010 Permite a casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, Diário da Republica (31 mai 2010). Cette loi est entrée en vigueur le 5 juin 2010.

172 Parmi les pays du Conseil de l'Europe, la Norvège (2009) et l'Islande (2010) ont également autorisé le mariage.

173 La loi ne se prononce pas sur la possibilité que le conjoint soit du même sexe, et il semble que par le passé, les tribunaux aient reconnu les mariages homosexuels. Voir Luxembourg/Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg/Rôle n° 19509 (3 octobre 2005).

Malte, Pologne, Roumanie, République slovaque, Slovaquie). Dans certains de ces pays, le conjoint homosexuel pourrait se voir accorder les droits d'entrée et de séjour en tant que partenaire de vie (enregistré ou non, voir le sous-chapitre suivant pour plus de détails).

Le Portugal a ouvert le mariage aux couples homosexuels, mais on y observe aussi certaines tendances moins favorables aux couples homosexuels. En Estonie, la nouvelle loi sur la famille, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010, prévoit que tout mariage contracté entre personnes du même sexe est invalide. En vertu de la nouvelle loi estonienne, il est donc assez peu probable que des conjoints homosexuels mariés légalement dans un autre État soient reconnus comme couple marié, même si la loi sur les citoyens de l'Union européenne fait une référence plus large à « un conjoint du citoyen de l'Union européenne »¹⁷⁴. En Roumanie, le nouveau code civil adopté en 2009 interdit les partenariats et le mariage homosexuel et refuse explicitement de reconnaître les partenariats et mariages contractés dans d'autres pays¹⁷⁵. En Bulgarie, l'article 7 du nouveau code de la famille (1^{er} octobre 2009) confirme que le mariage est un accord mutuel entre un homme et une femme¹⁷⁶.

En conclusion, les principaux changements sont intervenus au Portugal, en Bulgarie, en Estonie et en Roumanie. Le premier a légalisé le mariage des couples homosexuels, tandis que les trois autres ont modifié leur législation nationale de façon à définir le mariage comme une institution hétérosexuelle uniquement. La Roumanie interdit également la reconnaissance des partenariats et mariages contractés dans un autre pays. Ces développements auront donc des répercussions sur la libre circulation des citoyens européens unis par un mariage homosexuel.

4.2.2. Entrée et séjour des partenaires enregistrés

Le rapport de 2008 examinait également le statut du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union avait contracté un partenariat enregistré. Dans ce cas, la

directive sur la libre circulation dispose que seuls les États d'accueil dont la législation nationale « considère le partenariat enregistré comme équivalent à un mariage » sont tenus d'accorder les droits d'entrée et de résidence aux partenaires enregistrés (homosexuels). Il semble que la même règle soit imposée aux États membres d'accueil autorisant le mariage homosexuel (cinq à ce jour). Qu'ils soient ou non tenus de le faire en vertu de la législation européenne, au moment de la rédaction du présent rapport, 14 États membres semblent accorder les droits d'entrée et de séjour aux partenariats enregistrés : l'Autriche, la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Hongrie, l'Irlande¹⁷⁷, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni. Il est rappelé une fois de plus au lecteur que ces informations sont susceptibles d'être modifiées en raison de la disparité des pratiques et de la jurisprudence (ou de l'absence de jurisprudence) au niveau national dans les cas où la législation est silencieuse ou peu claire. La liste ci-dessus est plus longue qu'en juin 2008, mais la situation reste incertaine. La liste inclut désormais l'Irlande, même si la situation reste à clarifier¹⁷⁸, la Hongrie ainsi que le Luxembourg¹⁷⁹. L'Autriche a instauré une forme de partenariat enregistré ou civil en 2009. Même s'il reste des différences par rapport au mariage, l'Autriche était déjà considérée comme faisant partie de ce groupe avant même l'adoption de la loi sur les partenariats enregistrés¹⁸⁰. La situation en France reste ambiguë, puisque l'impact

174 Le ministère de l'intérieur a déclaré qu'il ne voyait aucune raison de ne pas considérer les conjoints homosexuels comme des conjoints au sens de la loi sur les citoyens européens, dès lors que leur mariage a été contracté conformément aux règles en vigueur dans leur pays d'origine. Cette approche devrait être considérée comme une politique générale des autorités estoniennes, mais elle reste à confirmer en pratique. On notera toutefois que l'ancien Conseil de la citoyenneté et de l'immigration (actuellement « Conseil de la police et des gardes-frontières ») a répondu que les conjoints homosexuels relèveraient probablement de la catégorie des « membres du ménage », décrite ci-dessous, et non de la catégorie « conjoints ».

175 Roumanie/Loi 289/2009 relative au Code civil (17 juillet 2009).

176 Bulgarie/Code de la famille (1^{er} octobre 2009), disponible en bulgare à l'adresse : <http://lex.bg/bg/laws/ldoc/2135637484> (dernière consultation le 12 février 2010).

177 Au moment de la rédaction du présent rapport, la situation en Irlande reste ambiguë. La loi sur le partenariat civil a été adoptée, mais pas le projet de loi sur l'immigration, le séjour et la protection. Le ministre de la justice, de l'égalité et de la réforme législative a toutefois indiqué que les partenaires civils seraient traités de la même façon que les conjoints aux fins de ce projet de loi.

178 Voir note ci-dessus.

179 Au Luxembourg, la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation et l'immigration (Luxembourg/Loi sur la libre circulation et l'immigration (29 août 2008)), qui transpose la directive 2004/38/CE, permet aux résidents luxembourgeois (ressortissants de l'Union européenne ou de pays tiers) d'être rejoints par leurs partenaires, quelle que soit leur nationalité, s'ils sont unis par un partenariat enregistré conformément aux conditions fixées par la loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré (Luxembourg/Loi sur le partenariat enregistré (9 juillet 2004)). Un amendement en cours de préparation à la loi sur les partenariats prévoit que « Les partenaires ayant enregistré leur partenariat à l'étranger peuvent adresser une demande au parquet général à des fins d'inscription au répertoire civil et dans un fichier visé par les articles 1126 et suivants du Nouveau Code de Procédure civile, à la condition que les deux parties remplissent à la date de la conclusion du partenariat à l'étranger les conditions prévues à l'article 4 » (Luxembourg/Projet de loi portant modification de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (15 juillet 2008)).

180 En Autriche, l'article 59 de la loi sur le partenariat enregistré (Autriche/Loi sur le partenariat enregistré, BGBl. I, N° 135/2009 (30 décembre 2009)) modifie l'article 9 de la loi relative à l'installation et au séjour (Autriche/Loi relative à l'installation et au séjour, BGBl. I 157/2005 (30 décembre 2005)), qui précise désormais que le concept de « membre de la famille » inclut les partenaires enregistrés.

des modifications apportées au Code civil¹⁸¹ sur les dispositions plus étroites de la loi sur l'immigration reste à déterminer¹⁸².

Dans 11 États membres, la législation nationale ne prévoit pas encore la possibilité d'un partenariat enregistré. Ces pays sont la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Grèce, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Roumanie et la République slovaque. Dans ces États membres, soit les partenaires enregistrés ne sont pas considérés comme des membres de la famille en matière d'entrée et de séjour, soit la situation n'est pas claire. Le nouveau venu dans ce groupe d'États membres est la Roumanie. Loin de consolider le début de reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers adopté en 2006¹⁸³, le nouveau Code civil adopté en 2009 interdit les partenariats (et mariages) homosexuels et exclut la reconnaissance des partenariats et mariages homosexuels contractés dans d'autres pays¹⁸⁴. Le nouveau Code civil ne modifie

pas l'ordonnance 30/2006 existante relative à la libre circulation des ressortissants de l'Union européenne et de l'EEE en Roumanie. Il reste donc difficile de prévoir l'issue du conflit entre les dispositions reconnaissant expressément le partenariat contracté entre des ressortissants de l'Union dans leur pays d'origine, d'une part, et l'interdiction récente de la reconnaissance des mariages et partenariats contractés à l'étranger par des couples homosexuels, de l'autre. Cette situation est contraire au principe de la sécurité juridique et restreint très probablement la protection des droits à la libre circulation des ressortissants de l'Union. Elle pourrait également constituer un cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. L'État membre restant, la Slovaquie¹⁸⁵, se trouve dans une situation particulière, dans la mesure où sa législation prévoit un mécanisme juridique sans pour autant accorder les droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés en tant que tels. Dans la mesure où ces partenariats enregistrés peuvent être considérés comme équivalents au mariage, cette situation semble incompatible avec les dispositions de la directive sur la libre circulation.

181 Du fait de l'entrée en vigueur le 14 mai 2009 d'un nouvel article 515-7-1 du Code civil français, ajouté par la loi 2009-526 du 12 mai 2009. Ce nouvel article prévoit la reconnaissance en France des partenariats enregistrés étrangers et se réfère, quant aux conditions de leur validité, à leurs effets et aux conditions de leur dissolution, dans le droit du pays d'enregistrement. À la suite de l'adoption de cette loi, les autorités fiscales ont adopté deux « instructions fiscales » relatives à l'impôt sur le revenu et aux droits de succession afin de clarifier les effets en France des partenariats enregistrés à l'étranger (Voir France/ Instruction du 29 décembre 2009, Impôt sur le revenu. Modalités d'imposition des personnes liées par un partenariat enregistré par une autorité étrangère. Commentaires des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 12 mai 2009 (29 décembre 2009) ; et France/Instruction du 30 décembre 2009, Mutations à titre gratuit. Tarifs et liquidation des droits. Situation des personnes ayant conclu un partenariat civil à l'étranger (30 décembre 2009). Le 8 juin 2010, le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a appliqué pour la première fois l'article 515-7-1 du Code civil (France/Tribunal de Grande Instance de Bobigny - Chambre 9/ section 3/RG 09/3968 (non encore enregistré), dans une affaire fiscale impliquant la reconnaissance d'un partenariat civil britannique. Le tribunal a conclu que régime « produit pleinement ses effets juridiques et fiscaux en France ». Même avant ces développements, la France/Circulaire n° 2008-024 du Service des politiques sociales et familiales de la Caisse nationale des allocations familiales concernant le droit de séjour des ressortissants européens (18 juin 2008) portait de l'hypothèse que les droits de séjour reconnus aux ressortissants européens s'étendaient aux partenaires unis par un PACS, même si le droit de l'immigration en vigueur ne prévoyait pas une telle extension.

182 L'article 12 de France/Loi n° 2007-1631 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (20 novembre 2007) prévoit la délivrance d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » au ressortissant étranger « dont les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus ».

183 Roumanie/Loi 500/2006 portant modification et approbation de l'ordonnance 30/2006 (28 décembre 2006) définit comme partenaire « toute personne qui cohabite avec un ressortissant de l'UE, si ce partenariat a été enregistré conformément à la législation de l'État membre d'origine ou, si le partenariat n'est pas enregistré, si la relation peut être attestée ».

184 Roumanie/Loi 286/2009 relative au Code pénal (17 juillet 2009).

En conclusion, il semble que 14 États membres accordent actuellement des droits d'entrée et de séjour au partenaire homosexuel enregistré d'un ressortissant de l'Union européenne. Cela ne signifie pas nécessairement que les obstacles pratiques et juridiques aient été complètement supprimés. Douze autres États membres n'accordent pas de droits d'entrée et de séjour au partenaire enregistré d'un citoyen de l'Union. Onze d'entre eux semblent ne pas y être obligés, soit parce que leur législation nationale ne prévoit pas ce type de partenariat, soit parce qu'elle ne considère pas le partenariat enregistré comme équivalent au mariage. Dans le groupe d'États qui n'accordent pas de droits d'entrée et de séjours aux partenaires enregistrés de citoyens européennes, on pourrait penser que l'interdiction de la discrimination (indirecte) fondée sur l'orientation sexuelle interdit de

185 Dans sa décision U-I-425/06, la Cour constitutionnelle a considéré que l'article 22 de la loi sur l'enregistrement de partenariats homosexuels était anticonstitutionnel et devait être modifié par le parlement dans un délai de six mois. La Cour a jugé que la différence de traitement entre les conjoints unis par le mariage et les partenaires unis par un partenariat homosexuel enregistrés en ce qui concerne le droit à l'héritage après le décès d'un partenaire était une forme de discrimination, et donc contraire à l'article 14 de la Constitution (Slovénie/Cour constitutionnelle/U-I-425/06 (2 juillet 2009)), disponible à l'adresse : <http://odlocitve.us-réaffectation sexuelle.si/urs/us-odl.nsf/o/2D889887E4205F81C1257604003479FC>. La conséquence en est qu'à l'avenir, le partenariat civil va se rapprocher du mariage. Le ministère de la justice et le ministère du travail, des affaires familiales et des affaires sociales ont d'ailleurs proposé un nouveau code familial (*Družinski zakonik*) qui assimilera le régime juridique existant et les partenariats extra-maritaux au mariage dans toutes les questions relatives à la famille. Il donnera également aux partenaires homosexuels la possibilité de se porter candidats à l'adoption. Le mariage sera défini comme une communauté de vie dont la conclusion, les conséquences juridiques et la dissolution sont régies par le Code de la famille. Slovaquie/Projet de code de la famille, article 3.

limiter au contexte du mariage la possibilité d'obtenir les droits d'entrée et de séjour, alors qu'en même temps le mariage est refusé à un groupe entier de personnes sur la base de leur orientation sexuelle. C'est également la position adoptée le 23 avril 2008 par l'organisme de promotion de l'égalité chypriote dans son rapport sur la première plainte que cet organisme a reçue en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cette plainte était dirigée contre les services de l'immigration. Elle avait été déposée par un ressortissant d'un pays tiers qui avait contracté un partenariat enregistré au Royaume-Uni avec un ressortissant britannique. Le plaignant avait introduit une demande auprès des services de l'immigration en vue d'obtenir pour cette personne les droits d'entrée et de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union. Cette demande avait été rejetée au motif que la législation nationale ne reconnaissait pas les mariages homosexuels. L'organisme de promotion de l'égalité a toutefois conclu que l'obligation de permettre la jouissance sans discrimination des droits garantis par la loi, conformément à l'article 14 CEDH et à l'article 28 de la constitution chypriote, devait s'appliquer, et que la décision des services de l'immigration de refuser aux partenaires homosexuels de citoyens européens les droits accordés aux partenaires hétérosexuels constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁸⁶. L'organisme de promotion de l'égalité a soumis la loi transposant la directive sur la libre circulation au ministre de la justice en vue d'une révision. Les services de l'immigration ont accordé à ce ressortissant d'un pays tiers un permis *ad hoc* lui permettant de rester à Chypre, mais la législation régissant la libre circulation n'a pas encore été modifiée au moment de la rédaction du présent rapport¹⁸⁷.

4.2.3. État civil, transmission de documents et reconnaissance mutuelle

En Pologne, certaines collectivités locales et régionales ont tenté d'empêcher leurs propres citoyens de recourir à un système de partenariat dans un autre État membre, même dans des cas où les personnes concernées ne demandaient pas la reconnaissance du partenariat en Pologne. En juin 2008, le Tribunal régional (*Wojewódzki Sąd Administracyjny*) de Gdańsk a rendu un arrêt concernant la délivrance d'un certificat confirmant qu'il n'existait aucun obstacle connu susceptible d'empêcher

de se marier¹⁸⁸. L'action avait été intentée par une femme de nationalité polonaise qui souhaitait contracter un partenariat enregistré avec une Allemande en Allemagne. Le responsable du Bureau de l'état civil avait refusé de délivrer le certificat demandé, affirmant qu'elle n'avait aucune raison légale d'obtenir un tel certificat. Le gouverneur de la voïvodie avait ensuite confirmé ce refus. Le tribunal administratif régional a annulé ces décisions au motif que la loi ne permet pas aux autorités d'analyser avec qui et où un demandeur souhaite se marier, ni d'évaluer l'authenticité de ses intentions. Le seul rôle de l'organisme chargé de délivrer le certificat est de déterminer si la personne remplit les conditions imposées par la loi polonaise pour pouvoir se marier. Suite à cette affaire, un député polonais au Parlement européen a adressé à la Commission européenne une question affirmant que le comportement des autorités polonaises semblait porter « atteinte au droit fondamental que détient l'homme de fonder une famille et soit contraire au principe tout aussi fondamental de l'Union européenne qu'est la libre circulation des personnes »¹⁸⁹. Dans sa réponse, la Commission a déclaré que son objectif était de « simplifier la vie des citoyens, par la réalisation du programme de reconnaissance mutuelle des droits, des actes et des décisions ». Elle a rappelé que « la Commission a l'intention d'ouvrir le chantier de la reconnaissance des actes d'état civil et de la législation des actes publics dans l'Union européenne, afin notamment que les citoyens puissent voir leurs mariages et unions pris en considération dans les États autres que celui dans lequel ces mariages ou unions ont été contractés »¹⁹⁰. Conformément au programme de Stockholm, la Commission prépare actuellement un livre vert sur la promotion de la libre circulation des documents. L'objectif de ce livre vert, prévu pour le deuxième semestre 2010, est de lancer une large consultation auprès des parties intéressées sur la façon de permettre aux citoyens d'obtenir plus facilement la reconnaissance dans un État membre des documents relatifs aux principaux événements de la vie établis dans un autre État membre. Dans ce domaine, le Plan d'action de Stockholm prévoit deux actions pour 2013 : une proposition législative sur la reconnaissance mutuelle de certains documents d'état civil (concernant par exemple la naissance, la filiation, l'adoption, le nom) et une proposition législative supprimant les formalités de légalisation des documents entre États membres. L'action de l'Union dans tous ces domaines pourrait avoir des conséquences importantes si elle permet d'aboutir à un consensus autour du principe selon lequel la validité des actes d'état civil doit être évaluée uniquement en vertu de la loi du pays d'enregistrement, conformément à l'interdiction de la « double réglementation » déjà établie comme un

186 Chypre/The Office of the Commissioner for Administration (Médiateur)/affaire n° A.K.R. 68/2008 (23 avril 2008).

187 L'organisme de promotion de l'égalité chypriote a adopté une conclusion similaire à la suite d'une autre plainte, déposée cette fois par un ressortissant chypriote, contre la décision des services de l'immigration de refuser à son conjoint homosexuel canadien le droit de séjourner à Chypre au motif que la législation nationale ne reconnaît pas le mariage homosexuel. (Chypre/The Office of the Commissioner for Administration (Médiateur)/affaire n° A.K.R. 213/2008 (23 décembre 2008)). Au moment de la rédaction du présent rapport, cette affaire est pendante devant la Cour suprême.

188 Pologne/Wojewódzki Sąd Administracyjny/Arrêt n° III SA/Gd 229/08 (6 août 2008).

189 Question orale du 10 juillet 2008, n° H-0575/08.

190 Réponse écrite du 4 septembre 2008, n° H-0575/08.

fondement du marché commun. Cela signifie que l'État membre de destination n'aurait pas de droit de réévaluer la validité d'un mariage ou d'un partenariat déjà jugé valide conformément à la loi de l'État membre dans lequel il a été contracté. Il convient de préciser que, même sous ce régime, un État membre resterait libre de définir les conditions d'accès au mariage ou à d'autres régimes juridiques dans une situation « purement interne » sans aucun lien avec le droit de l'Union européenne.

En ce qui concerne les régimes matrimoniaux et les aspects patrimoniaux des partenariats enregistrés, la Commission prépare également des initiatives pour 2011. Ces propositions futures instaureront des règles communes en matière de juridiction, de droit applicable, de reconnaissance et d'application pour les couples mariés et les couples ayant contracté un partenariat enregistré. À cet égard, il sera important de renforcer la sécurité juridique des partenaires homosexuels enregistrés, de répondre aux besoins pratiques des citoyens et de reconnaître et de respecter dans les faits la vie de famille des personnes impliquées dans ce genre d'unions. Sans vouloir imposer aux États membres un choix particulier de réglementation des questions familiales, une action de l'Union serait nécessaire pour indiquer clairement qu'un « conjoint » ou « partenaire » peut également être une personne du même sexe, et pour encourager les États membres à prendre des mesures pour supprimer les obstacles rencontrés par les conjoints homosexuels, les partenaires homosexuels enregistrés lorsqu'ils quittent un État membre pour s'installer dans un autre. Les États membres resteront libres de déterminer de façon autonome le traitement dont leurs propres ressortissants bénéficieront dans les situations strictement internes, y compris la possibilité d'accorder à leurs propres ressortissants le même degré de protection que celui dont jouissent les ressortissants des autres États membres.

4.2.4. Entrée et séjour des partenaires homosexuels non mariés

Une troisième question se pose lorsqu'aucune forme de partenariat enregistré n'est disponible dans l'État d'origine, ou lorsque les cohabitants décident de ne pas contracter un tel partenariat. Dans ce cas, la relation entre deux partenaires homosexuels reste purement de fait. Selon l'article 3, paragraphe 2, de la directive sur la libre circulation, l'État membre d'accueil est tenu de « faciliter l'entrée et le séjour » du partenaire. Cette obligation s'applique uniquement (a) si les partenaires font partie du même ménage dans leur pays d'origine ; ou (b) s'il existe entre eux une « relation durable dûment attestée ». Cette obligation, qui impose à l'État d'accueil d'examiner de façon approfondie la situation personnelle de chaque personne désireuse d'obtenir le droit d'entrée et de séjour, n'est pas soumise à la condition de l'existence, dans l'État membre d'accueil, d'une forme de partenariat enregistré considérée comme équivalente au mariage.

Le rapport de 2008 a conclu que dans la grande majorité des États membres, il n'existait pas de lignes directrices claires concernant la façon d'attester l'existence d'un ménage commun ou d'une « relation durable ». Cette situation n'a pas connu d'évolution fondamentale depuis le rapport 2008. Aux Pays-Bas, où une relation pouvait précédemment être attestée par la signature d'une déclaration de relation (*relatieverklaring*)¹⁹¹ par les partenaires, ceux-ci doivent désormais (depuis le 31 janvier 2009) apporter la preuve qu'ils ont ou ont eu récemment un ménage commun pendant au moins six mois, ou qu'ils un enfant ensemble¹⁹². La situation vague des États membres peut s'expliquer par la nécessité de ne pas limiter artificiellement les voies de preuve, et il existe un risque d'application arbitraire des critères utilisés par les administrations nationales entraînant une discrimination envers les partenaires homosexuels cohabitants ou unis par une relation durable. Des orientations plus précises pour la mise en œuvre de ces dispositions faciliteraient la tâche des administrations nationale, contribueraient à la sécurité juridique et limiteraient les risques d'arbitraire et de discrimination à l'encontre des relations ou des ménages homosexuels. Il en va de même pour ce qu'il faut entendre exactement par l'« obligation de faciliter », une expression vague qui, en l'absence de critères spécifiques et inclusifs, n'a pas nécessairement de conséquences dans la pratique. Les difficultés engendrées par une interprétation restrictive de la notion de « membres de la famille » ont été mises en évidence récemment par l'arrêt n° 6441 de la Cour de cassation italienne du 17 mars 2009, même si cette affaire ne relève pas du champ d'application de la législation européenne, dans la mesure où elle concernait l'impossibilité, pour un citoyen italien et un ressortissant néo-zélandais, de continuer à résider ensemble en Italie. Un permis de séjour a été refusé au partenaire néo-zélandais en raison d'une définition restrictive de la notion de « membre de la famille » dans la législation italienne en vigueur¹⁹³.

4.3. Regroupement familial

4.3.1 Statut des conjoints homosexuels

La directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (« directive sur

191 Pays-Bas/Circulaire relative aux étrangers 2000, Staatscourant (2001) 64 (1^{er} avril 2001), B10/5.2.2.

192 Pays-Bas/Circulaire relative aux étrangers 2000, Staatscourant (2001) 64 (1^{er} avril 2001), A2/6.2.2.2.

193 En Italie/Corte di Cassazione/Arrêt n° 6441 (17 mars 2009), la Cour constitutionnelle (au point 4) a conclu qu'un « membre de la famille » (« familiare ») était défini à l'article 29, paragraphe 1 du *Decreto Legislativo* 286/1998 (25 juillet 1998) comme incluant (a) le conjoint ; (b) les enfants mineurs ; (c) les enfants adultes qui ne sont pas indépendants pour des raisons de santé ; et (d) le père ou la mère dépendants qui ne disposent pas d'un soutien familial adéquat dans leur pays d'origine. Une requête a été introduite devant la CouEDH affirmant une violation de l'article 14 et de l'article 8 CEDH (CouEDH, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09).

le regroupement familial ») impose aux États membres d'autoriser l'entrée et le séjour du conjoint du regroupant. Cette directive s'applique aux ressortissants des pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres, y compris ceux qui bénéficient du statut de réfugié. Comme indiqué précédemment, un livre vert consacré au droit au regroupement familial sera publié en 2010 et une proposition de modification de la directive sur le regroupement familial sera présentée en 2012. La directive ne précise pas la signification du terme « conjoint » à l'article 4. Les États membres sont toutefois dans l'obligation, au titre de l'article 6, paragraphes 1 et 3, du traité sur l'Union européenne (TUE), de se conformer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'aux principes généraux du droit européen¹⁹⁴. Lorsqu'un État membre, en refusant à un conjoint homosexuel le droit de rejoindre le regroupant, empêche la poursuite d'une relation durable, ce refus entraîne une perturbation de la vie privée et de la vie familiale et pourrait constituer une infraction à l'article 8 CEDH dans les cas où cette relation ne peut pas s'épanouir ailleurs, par exemple en raison de harcèlements contre les personnes dans les pays dont les personnes concernées sont des ressortissants ou dans les pays où ces personnes pourraient s'installer. En outre, la directive doit être mise en œuvre sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La conséquence en est que le conjoint homosexuel de la personne demandant le regroupement ou regroupant devrait bénéficier de droits identiques à ceux qui seraient accordés à un conjoint hétérosexuel. En 2008 pourtant, au moins 13 États membres semblaient ne pas accorder de droits d'entrée et de séjour au conjoint homosexuel du regroupant, par exemple un citoyen canadien ou sud-africain.

Comme indiqué ci-dessus, en 2010, alors que le mariage a été ouvert aux couples homosexuels au Portugal, on constate des tendances contraires en Bulgarie, en Estonie et en Roumanie. Ces développements permettront plus difficilement à un conjoint homosexuel de rejoindre son regroupant dans ces pays. Seuls huit États membres ne font pas de différence entre un conjoint homosexuel et un conjoint hétérosexuel en matière de regroupement familial (Belgique, Danemark, Finlande, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Royaume-Uni).

4.3.2. Statut des partenaires homosexuels

En vertu du cadre actuel, il revient à chaque État membre de décider s'il autorise l'entrée et le séjour des partenaires

non mariés ou non enregistrés du regroupant (article 4, paragraphe 3, de la directive). Une première conséquence est que si un État membre décide d'étendre le droit au regroupement familial aux partenaires non mariés unis par une relation stable et durable et/ou aux partenaires enregistrés, cet avantage devrait être accessible à tous les partenaires de ces catégories, et pas uniquement aux partenaires hétérosexuels. À l'heure actuelle, 13 États membres accordent le droit au regroupement familial aux partenaires homosexuels. Neuf d'entre eux (l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Irlande¹⁹⁵, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni) ont décidé d'étendre ce droit aux partenaires homosexuels enregistrés et non mariés, tandis que les quatre autres (République tchèque¹⁹⁶, Allemagne, Hongrie, Luxembourg) limitent ce droit aux partenariats enregistrés et le refusent aux partenaires non mariés en cohabitation de fait. On notera également que cinq États membres (l'Autriche, la République tchèque, l'Allemagne, l'Irlande et le Luxembourg) traitent probablement les conjoints homosexuels mariés légalement à l'étranger comme des partenaires enregistrés aux fins du regroupement familial. Ce groupe inclut le Luxembourg, dont la loi récemment modifiée sur l'immigration confirme que la notion de « membre de la famille » englobe les partenaires enregistrés¹⁹⁷. Dans l'ensemble, au cours de la période étudiée, les principaux changements ont eu lieu en Autriche (loi sur le partenariat enregistré¹⁹⁸), en Hongrie et en Espagne (loi organique 2/2009¹⁹⁹).

Un deuxième groupe de 14 États membres a décidé de n'étendre le droit au regroupement familial ni aux partenaires enregistrés, ni aux partenaires non mariés (homosexuels ou hétérosexuels). Ces pays sont la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la France, la Grèce, l'Italie, la Lettonie,

195 Au moment de la rédaction du présent rapport, la situation en Irlande reste ambiguë. La loi sur le partenariat civil a été adoptée, mais pas le projet de loi sur l'immigration, le séjour et la protection. Le ministre de la justice, de l'égalité et de la réforme législative a toutefois indiqué que les partenaires civils seraient traités de la même façon que les conjoints aux fins de ce projet de loi.

196 En vertu de la loi tchèque relative aux étrangers, toutefois, les partenaires non mariés ni enregistrés mais unis par une relation stable et durable obtiendraient néanmoins un type de visa différent au titre des dispositions de la loi relative aux étrangers prévoyant un visa pour « une autre raison ».

197 Luxembourg/Loi relative à la libre circulation et à l'immigration (29 août 2008), Article 12.

198 En Autriche, l'article 59 de la loi sur le partenariat enregistré (Autriche/Loi sur le partenariat enregistré, BGBl. I, N° 135/2009 (30 décembre 2009)) modifie l'article 9 de la loi relative à l'installation et au séjour (Autriche/Loi relative à l'installation et au séjour, BGBl. I 157/2005 (30 décembre 2005)), qui précise désormais que le concept de « membre de la famille » inclut les partenaires enregistrés.

199 La position de l'Espagne dans ce domaine reste ambiguë. La loi organique 2/2009 du 11 décembre (Espagne/Ley Orgánica 2/2009, 11 décembre 2009) a modifié la loi organique 4/2000 de façon à accorder le droit au regroupement familial aux couples unis par une relation affective similaire au mariage, ainsi que l'accès immédiat au marché du travail. Étant donné que les arrêtés d'application de cette loi n'ont pas encore été adoptés, la signification de la condition d'une « relation affective » « dûment attestée » reste encore à clarifier.

194 Selon le considérant 2, « [l]es mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international. La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la convention européenne pour la protection des droits humains et des libertés fondamentales et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

la Lituanie, Malte, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la République slovaque et la Slovaquie. Dans certains États membres, cette restriction peut être compensée par la possibilité de rejoindre le regroupant lorsque le partenaire peut prouver qu'il/elle se trouve en situation de dépendance financière (Estonie, République slovaque) ou lorsqu'une relation suffisamment stable peut être attestée (France)²⁰⁰. Cette possibilité est prévue par la directive sur le regroupement familial, qui définit les normes minimales que les États membres de l'Union européenne sont libres de dépasser (article 3, paragraphe 5)²⁰¹.

Comme mentionné précédemment, la directive sur le regroupement familial suppose implicitement qu'il n'est pas discriminatoire d'accorder le droit au regroupement familial au conjoint du regroupant sans étendre ce même droit aux partenaires non mariés, même lorsque le pays d'origine des personnes concernées n'autorise pas le mariage homosexuel. Le résultat de ce régime est que le droit au regroupement familial est plus étendu pour les couples homosexuels qui peuvent se marier pour pouvoir jouir de ce droit que pour les couples homosexuels qui n'ont pas cette possibilité. Cette différence pourrait être contestée, puisqu'elle risque d'engendrer une forme de discrimination indirecte : même si le droit international en matière de droits de l'homme permet actuellement aux États de réserver le mariage aux couples hétérosexuels, le fait de réserver certains droits aux couples mariés alors que les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de se marier peut être perçu comme une forme de discrimination (indirecte) fondée sur l'orientation sexuelle.

4.4. Membres de la famille des personnes LGBT aspirant à une protection internationale

Selon l'article 2, point h, de la directive 2004/83/CE²⁰² du Conseil du 29 avril 2004 (la directive sur les « conditions requises »), dans le contexte du droit d'asile et/ou de la protection subsidiaire, la notion de « membre de la famille » englobe le conjoint et le partenaire non marié engagé dans une relation stable, si la législation ou la pratique en vigueur dans l'État membre concerné assimile la situation des couples non mariés à celle des couples

mariés dans le cadre de son droit sur les étrangers. Les modifications proposées par la Commission à la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*) ainsi qu'à plusieurs autres instruments dans le domaine de l'asile font l'objet de débats au Parlement européen et au Conseil dans le cadre de ce que l'on appelle le « paquet asile », qui devrait aboutir à une refonte de la législation existante et à la création du Régime d'asile européen commun (RAEC). Les amendements proposés ne visent pas à modifier la définition du concept de « membre de la famille » par rapport au statut des partenaires non mariés (homosexuels).

En droit national, l'inclusion des partenaires homosexuels dans les définitions prévues par le libellé actuel de l'article 2, point h, est loin d'être claire et cohérente à travers l'Union européenne. En ce qui concerne les conjoints homosexuels de réfugiés (une configuration plutôt hypothétique), huit États membres ne feraient pas de différence entre conjoint homosexuel et conjoint hétérosexuel (Belgique, Danemark, Finlande, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Royaume-Uni). La seule évolution à cet égard concerne le Portugal, qui a autorisé le mariage des couples homosexuels. Le rapport de 2008 citait déjà l'Espagne parmi les membres de ce groupe, pour lesquels les conjoints de réfugiés ou de personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire incluent les conjoints homosexuels.

En ce qui concerne les cohabitants non mariés ou les partenaires enregistrés, il semble qu'il y ait une grande ambiguïté et un manque de lignes directrices claires dans la définition d'un « membre de la famille ». Parfois, la loi relative aux étrangers n'est pas alignée sur le droit privé international, ce qui provoque une grande insécurité juridique. Dans certains cas, la loi ne définit pas le concept de « membre de la famille », ne spécifie pas si la notion de « partenaire » couvre les partenaires homosexuels, et il n'existe aucune jurisprudence dans un sens ou dans l'autre. Cette situation risque de désavantager considérablement les parties concernées. Malgré cette situation, il semble que 12 États membres accordent le droit de séjour aux cohabitants non mariés ou aux partenaires enregistrés : l'Autriche, la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, l'Irlande²⁰³, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni. En République tchèque, en Allemagne et au Luxembourg, ce droit est limité aux partenaires enregistrés. En ce qui concerne la France, la FRA n'a reçu aucune information du membre français de son réseau d'experts juridiques. De nouveaux

200 France/Circulaire NOR/INTD00134/C du ministère de l'intérieur, adoptée le 30 octobre 2004, et France/Circulaire NOR/INTD0700005C (16 janvier 2007) sur le droit de séjourner en France des ressortissants étrangers ayant contracté un Pacs. La jurisprudence administrative révèle que la loi n'oblige pas l'autorité compétente (la Préfecture) à accorder un visa basé uniquement sur l'existence d'un Pacs. La Préfecture peut imposer d'autres conditions (France/Tribunal administratif de Nantes/ n° 05NT00206 (3 mars 2006) ; France/Conseil d'État/n° 265178 (21 septembre 2007).

201 On rappellera que ces pays incluent le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni, malgré le fait que ces États membres ne participent pas à la directive sur le regroupement familial.

202 Directive 2004/83/CE du Conseil, 29 avril 2004.

203 Au moment de la rédaction du présent rapport, la situation en Irlande reste ambiguë. La loi sur le partenariat civil a été adoptée, mais pas le projet de loi sur l'immigration, le séjour et la protection. Le ministre de la justice, de l'égalité et de la réforme législative a toutefois indiqué que les partenaires civils seraient traités de la même façon que les conjoints aux fins de ce projet de loi.

développements sont intervenus en Autriche²⁰⁴ et en Espagne²⁰⁵. Dans certains cas, le droit national soumet le droit de séjour du partenaire homosexuel à la condition d'un partenariat enregistré contracté préalablement dans le pays d'origine. Cette condition semble problématique dans la mesure où on peut supposer que la grande majorité des demandeurs d'asile fuient des pays qui persécutent les personnes LGBT et qui ne possèdent pas de régime de partenariat enregistré.

En ce qui concerne les États membres qui n'accordent pas le droit de séjour aux partenaires homosexuels des demandeurs d'asile et des réfugiés, la directive sur les conditions requises autorise actuellement de refuser le droit de séjour aux partenaires de fait, mais uniquement pour les pays dont la législation relative aux étrangers traite les partenaires non mariés différemment des conjoints. Par contre, lorsque la législation ou l'usage de l'État membre concerné vis-à-vis des étrangers accorde aux couples non mariés hétérosexuels un traitement comparable à celui des couples mariés, l'exclusion des partenaires homosexuels serait contraire à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, comme la CouEDH l'a confirmé clairement dans les affaires *Karner c. Autriche*²⁰⁶ et *Kozak c. Pologne*²⁰⁷. Le régime ainsi mis en place pourrait rester problématique au vu du principe de l'égalité de traitement : dans la très grande majorité des cas, les personnes LGBT nécessitant une protection internationale sont originaires de juridictions qui n'autorisent pas le mariage homosexuel

ni les partenariats enregistrés, et cette impossibilité de se marier, associée à la législation d'un État membre qui n'accorde pas aux couples non mariés un traitement similaire à celui accordé aux couples mariés dans son droit relatif aux étrangers, engendre une situation dans laquelle les droits au regroupement familial des réfugiés LGBT sont moins étendus que ceux dont jouissent les réfugiés hétérosexuels. Cette différence pourrait être incompatible avec l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, puisque les partenaires homosexuels n'ont pas accès au mariage. Le nombre d'États membres qui autorisent le mariage des couples homosexuels ou leur proposent un régime juridique similaire continue de progresser, et la CouEDH, dans les affaires *Kozak*²⁰⁸, *Schalk et Kopf*²⁰⁹ et *P.B. et J.S.*²¹⁰, a clarifié l'obligation de respecter le droit au respect de la vie familiale des couples homosexuels. Il est donc important que les discussions actuellement en cours dans les institutions européennes concernant le « paquet asile » aboutissent à plus de clarté et d'équité dans ce domaine, avec l'inclusion explicite des partenaires homosexuels non mariés et avec la suppression de la référence à la législation ou à l'usage de l'État membre concerné et du critère de comparabilité qui lui est associé.

Le tableau 5 résume la situation en matière de reconnaissance des membres homosexuels de la famille aux fins de la libre circulation, de l'asile et du regroupement familial.

204 Autriche/Loi sur le partenariat enregistré, BGBl I, n° 135/2009 (30 décembre 2009). L'article 57 modifie l'article 2/1 de la loi relative à l'asile (Autriche/Loi relative à l'asile, BGBl I Nr. 100/2005 (1 janvier 2006), qui précise désormais que la définition du concept de « membre de la famille » inclut les partenaires enregistrés, pour autant que le partenariat enregistré ait été contracté préalablement dans le pays d'origine.

205 L'article 40 d'Espagne/loi 12/2009 sur le droit d'asile et le droit à la protection subsidiaire (30 octobre 2009) remplace Espagne/loi 5/1984 (26 mars 1984) et, en transposant l'acquis de l'Union, confirme le principe selon lequel les membres de la famille incluent le partenaire de fait dans une relation affective similaire au mariage.

206 CouEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003.

207 CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010.

208 *Ibid.*

209 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010.

210 CouEDH, *P.B. & J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010.

Tableau 5 : Définition du concept de « membre de la famille » aux fins de la libre circulation, de l'asile et du regroupement familial

Code pays	Libre circulation ²¹¹		Regroupement familial		Asile		Commentaires
	Conjoint	Partenaire	Conjoint	Partenaire	Conjoint	Partenaire	
AT		✓		✓		✓	L'article 59 de la loi sur le partenariat enregistré (BGBl. I, N° 135/2009) modifie l'article 9 de la loi relative à l'installation et au séjour, qui précise désormais que le concept de « membre de la famille » inclut les partenaires enregistrés. L'article 57 de la loi sur le partenariat enregistré modifie l'article 2/1 de la loi relative au droit d'asile (<i>Asylgesetz</i>), qui précise désormais que la définition du concept de « membre de la famille » inclut les partenaires enregistrés, pour autant que le partenariat enregistré ait été contracté préalablement dans le pays d'origine. Les conjoints homosexuels sont probablement traités comme des partenaires enregistrés.
BE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
BG							L'article 7 du nouveau code de la famille (01.10.2009) confirme qu'un mariage est un accord réciproque entre un homme et une femme.
CY							
CZ		✓		✓		✓	Les conjoints homosexuels sont probablement traités comme des partenaires enregistrés. Les droits en matière d'asile et de regroupement familial sont limités aux partenariats enregistrés.
DE		✓		✓		✓	Les conjoints homosexuels sont probablement traités comme des partenaires enregistrés. Les droits en matière d'asile et de regroupement familial sont limités aux partenariats enregistrés.
DK	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
EE							La nouvelle loi sur la famille (entrée en vigueur 01.07.2010) définit le mariage comme une institution hétérosexuelle uniquement et ne reconnaît pas la validité des mariages homosexuels. Regroupement familial possible lorsque le partenaire peut prouver une dépendance économique ou sociale
EL							
ES	✓	✓	✓	✓	✓	✓	La loi organique 2/2009 du 11 décembre (Espagne/Ley Orgánica 2/2009, 11.12.2009) a modifié la loi organique 4/2000 de façon à accorder le droit au regroupement familial aux couples unis par une relation affective similaire au mariage. Les instruments d'exécution de cette loi n'ont pas encore été adoptés, et la signification de la condition d'une « relation affective » « dûment attestée » reste donc encore à clarifier. L'article 40 de la loi 12/2009 du 30 octobre sur le droit d'asile et le droit à la protection subsidiaire (<i>del derecho de asilo y de la protección subsidiaria</i>) remplace la loi 5/1984 du 26.03.1984 et, en transposant l'acquis de l'Union, confirme le principe selon lequel les membres de la famille incluent le partenaire de fait dans une relation affective similaire au mariage.
FI	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
FR	?	?	?	?	?	?	Du fait de l'entrée en vigueur, le 14.05.2009, d'un nouvel article 515—7-1 du Code civil français, ajouté par la loi 2009-256 du 12.05.2009, la France reconnaît les partenariats enregistrés étrangers. Les répercussions de ce changement sur la libre circulation des citoyens de l'Union ne sont pas encore claires. Le regroupement familial des ressortissants des pays tiers est laissé à la discrétion des autorités, ce qui peut nécessiter des conditions supplémentaires. Aucune information disponible concernant les réfugiés.
HU		✓		✓		?	Les droits d'entrée et de séjour pour la libre circulation sont accordés aussi au partenaire de fait non marié sous certaines conditions.

211 Dans la grande majorité des États membres, il n'existait pas de lignes directrices claires concernant la façon d'attester l'existence d'un ménage commun ou d'une « relation durable » aux fins de l'article 3, paragraphe 2 de la directive relative à la libre circulation.

4. Les « membres de la famille » en matière de libre circulation, de regroupement familial et d'asile

Code pays	Libre circulation ²¹¹		Regroupement familial		Asile		Commentaires
	Conjoint	Partenaire	Conjoint	Partenaire	Conjoint	Partenaire	
IE		✓		✓		✓	Adoption de la loi sur le partenariat civil en 2010. La loi sur l'immigration, le séjour et la protection n'a pas encore été adoptée, mais le gouvernement compte accorder aux partenaires enregistrés le même traitement qu'aux épouses.
IT							
LT							
LU		✓		✓		✓	La nouvelle loi sur la libre circulation et l'immigration (29.08.2008) reconnaît comme membres de la famille les conjoints ou les partenaires enregistrés, moyennant le respect des conditions fixées à l'article 4 de la loi sur le partenariat (09.07.2004). Les droits en matière d'asile et de regroupement familial sont limités aux partenariats enregistrés. Les conjoints homosexuels sont probablement traités comme des partenaires enregistrés.
LV		✓					L'article 3, paragraphe 4 de l'arrêté ministériel n° 586 sur l'entrée et le séjour inclut dans sa définition des membres de la famille une personne dépendante d'un citoyen de l'Union, ou son conjoint, et qui a partagé un ménage avec un citoyen de l'Union dans son ancien pays de résidence.
MT							
NL	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
PL							
PT	✓	✓	✓		✓		Autorise le mariage des couples homosexuels depuis juin 2010.
RO		?					Le nouveau code civil (2009) interdit les partenariats et le mariage homosexuels et ne reconnaît pas les partenariats et mariages contractés dans d'autres pays.
SE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Autorise le mariage des couples homosexuels depuis mai 2009.
SI							Prévoit un régime juridique de partenariat enregistré dans son droit national, mais sans accorder le droit d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés.
SK							Regroupement familial possible lorsque le partenaire peut prouver une dépendance économique ou sociale.
UK	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
TOTAL	8	15	8	13	8	12	

Remarque : ✓=applicable ; ? = ambigu/peu clair ; évolutions positives depuis 2008 ; autres évolutions depuis 2008.

Source : FRA, 2010.

5. Asile et protection subsidiaire pour les personnes LGBT

Le présent chapitre examine la situation juridique des personnes aspirant à une protection internationale contre les persécutions ou le harcèlement motivés par leur orientation sexuelle ou leur identité de genre. Tout d'abord, elle examine les législations nationales afin de déterminer si celles-ci incluent explicitement l'identité de genre et l'orientation sexuelle comme des motifs de persécution reconnus. Ensuite, elle examine certaines difficultés liées aux conditions à respecter pour faire valoir une persécution motivée par l'orientation sexuelle et à l'obligation de cacher son orientation sexuelle dans le pays d'origine. Troisièmement, elle examine les problèmes de preuve qui peuvent se présenter lorsqu'une personne aspirant à la protection internationale affirme devoir craindre la persécution ou le harcèlement en raison de son orientation homosexuelle. Cette question est examinée à la suite de rapports indiquant qu'au moins un État membre recourt à la « phallométrie » ou aux « tests phallométriques » dans le cadre de la procédure d'asile. Cette méthode évalue la réaction physique à un support pornographique hétérosexuel des personnes qui introduisent une demande d'asile sur la base de leur orientation sexuelle.

5.1. Contexte

La directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 (*Qualification Directive* – directive sur les conditions requises)²¹² adopte une définition de la notion de « réfugié » qui s'inspire de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés (ci-après la convention de Genève de 1951). Elle précise qu'un « groupe social spécifique » nécessitant une protection internationale « peut-être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle ». Elle précise également que « []es aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération » (article 10, point d). Comme on l'a dit, des discussions sont actuellement en cours dans l'Union européenne concernant les amendements proposés à cette directive et à d'autres instruments dans le domaine de l'asile. La FRA publiera deux rapports thématiques consacrés à l'asile en 2010, le premier concernant l'obligation d'informer les demandeurs d'asile des procédures pertinentes, et le deuxième sur l'accès à des recours effectifs. Ces rapports présentent l'expérience des demandeurs d'asile en ce qui concerne les informations qu'ils reçoivent à propos de la procédure d'asile ainsi que leurs expériences de la procédure d'appel contre une décision négative des autorités nationales en matière d'asile.

212 Directive 2004/83/CE du Conseil, 29 avril 2004.

Le rapport de 2008 comparait la législation nationale de mise en œuvre de la directive sur les conditions requises. Il identifiait trois domaines principaux dans lesquels cet instrument n'était pas interprété de façon uniforme, ce qui pouvait provoquer un traitement inéquitable des personnes LGBT nécessitant une protection internationale. Tout d'abord, la définition du « groupe social spécifique » et l'inclusion des personnes LGBT. Deuxièmement, la définition de la « persécution » et le rejet des demandes en l'absence d'une criminalisation explicite de l'homosexualité dans le pays d'origine, et même lorsque cette criminalisation est bien présente, dans les cas où l'on peut attendre du demandeur qu'il accepte de vivre caché. Troisièmement, la crédibilité du demandeur et la preuve de son homosexualité. En ce qui concerne ce dernier point, le présent rapport examine la pratique consistant à « prouver » l'homosexualité en exposant le demandeur à un support pornographique hétérosexuel.

5.2. L'orientation sexuelle et l'identité de genre en tant que motifs de reconnaissance du statut de réfugié

5.2.1. Motifs de persécution

Même si aucun des États membres de l'Union européenne n'a refusé explicitement de considérer l'orientation sexuelle comme une cause de persécution aux fins de l'octroi du statut de réfugié²¹³, en 2010, l'inclusion de ce motif de persécution reste implicite dans la législation de trois États membres (Estonie, Grèce et Royaume-Uni²¹⁴). Cela signifie que la définition d'un « groupe social spécifique » ne couvre pas explicitement le motif de l'orientation sexuelle. Depuis 2008, cinq États membres supplémentaires ont indiqué explicitement qu'un « groupe social spécifique » peut être un groupe défini par l'orientation sexuelle de ses membres : la Finlande²¹⁵, la Lettonie²¹⁶, la Pologne²¹⁷, le Portugal²¹⁸ et

213 Voir cependant la position du Danemark, décrite ci-après.

214 Au Royaume-Uni, les tribunaux ont confirmé l'inclusion de l'orientation sexuelle parmi les motifs de persécution susceptibles de justifier l'octroi du statut de réfugié.

215 Finlande/Loi relative aux étrangers 301/2004 (1^{er} mai 2004) modifiée par le nouvel article 87b (1^{er} juin 2009).

216 Lettonie/Loi relative à l'asile (15 juin 2009), article 22, paragraphe 1, 4), b) disponible à l'adresse : www.vestnesis.lv/index.php?menu=doc&id=194029.

217 Article 14, paragraphe 2 de Pologne/Loi relative à l'octroi d'une protection aux étrangers sur le territoire de la République de Pologne (13 juin 2003). L'amendement est entré en vigueur le 29 mai 2008.

218 Article 2, paragraphe 2, du loi n° 27 du 30 juin 2008.

l'Espagne²¹⁹. Le nombre total d'États membres faisant explicitement référence à l'orientation sexuelle est maintenant de 22. On remarquera que la législation lettone a connu une évolution positive dans ce domaine, malgré la persistance des problèmes décrits au chapitre 3 concernant la liberté de réunion.

Comme l'explique le considérant 40 de la directive, conformément aux articles 1 et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption de la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*), laquelle ne lie donc pas le Danemark et n'est pas applicable à son égard. Le Danemark est par contre lié par la convention de Genève de 1951. Les autorités danoises considèrent toutefois en général que le terme « orientation sexuelle » n'est pas couvert par l'article 7, paragraphe 1 de la loi sur les étrangers (*Udlændingeloven*), qui mentionne l'appartenance à un « groupe social » comme motif de persécution²²⁰. Les personnes victimes de persécution en raison de leur orientation sexuelle ne sont donc pas considérées comme des « réfugiés » au sens de la convention de Genève de 1951. L'usage danois semble indiquer que ces personnes peuvent se voir accorder un permis de séjour de statut B (statut de protection) dans les cas où leur expulsion les exposerait à la peine de mort. On notera que la réforme de la législation danoise de 2009 n'a pas modifié les règles d'octroi du statut de réfugié. Vu l'interprétation qu'en fait la jurisprudence, l'orientation sexuelle continue donc d'être considérée comme une caractéristique qui ne décrit pas un « groupe social spécifique » au sens de la convention de Genève de 1951.

La protection ainsi proposée aux gays et aux lesbiennes au titre de la directive sur les conditions requises devrait logiquement s'étendre aux personnes transsexuelles et transgenres, puisqu'elles forment elles aussi un « groupe social » distinct dont les membres partagent une caractéristique et une identité communes du fait des perceptions de leur société d'origine. Cette interprétation n'est cependant pas uniformément reconnue. La version actuelle de l'article 10, paragraphe 1, point d, de la directive sur les conditions requises précise que « [l]es aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article ». Cette disposition est très ambiguë quant à la possibilité d'accepter des réfugiés transsexuels et transgenres, une ambiguïté exacerbée encore

dans certaines versions linguistiques²²¹. La refonte de la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*), actuellement en cours de négociation, promet certaines améliorations. Selon la proposition de la Commission, « toutes les dimensions de la question du genre devraient être dûment prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'appartenance à un groupe social particulier ou d'identifier l'une des caractéristiques d'un tel groupe »²²². Pour garantir le respect des droits et des libertés de cette population souvent persécutée, il faut absolument que les personnes transsexuelles et transgenres qui font l'objet d'une persécution fondée sur leur identité de genre puissent compter sur l'article 10.

5.2.2. La protection internationale des personnes LGBT et le Bureau européen d'appui en matière d'asile

Le règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA) a été adopté en mai 2010²²³. Malgré le RAEC, le préambule de ce règlement rappelle que « de grandes disparités subsistent entre les États membres en ce qui concerne l'octroi de la protection internationale et les formes que celle-ci revêt ». Comme indiqué ci-dessous, c'est certainement le cas pour les demandeurs d'asile LGBT. Selon les articles 1 et 2 du règlement, le rôle du BEAA sera d'améliorer la mise en œuvre du RAEC, de renforcer la coopération entre les États membres et de coordonner la fourniture d'un appui opérationnel aux États membres, y compris par la fourniture d'une assistance scientifique et technique.

Un premier aspect problématique est que, faute d'une criminalisation explicite de l'homosexualité dans le pays d'origine, certains États membres ne voient pas la nécessité d'une protection internationale. Ainsi conçu, ce système est aveugle face à la situation sociale dans le pays d'origine et aux possibles persécutions par des acteurs non étatiques. Dans la pratique, les attitudes homophobes peuvent être profondément ancrées dans l'esprit des gens et peuvent continuer de prévaloir bien après la modification de la loi. Les menaces, les tortures ou les assassinats, parfois commis par des membres de la famille de la victime, invoquent souvent une atteinte à leur « honneur ». Cette attitude fait que les personnes

219 Espagne/Ley 12/2009 (30 octobre 2009), Article 3.

220 Danemark/Loi consolidée n° 785 – Loi relative aux étrangers (10 août 2009).

221 Les différentes versions linguistiques ne sont pas suffisamment cohérentes pour garantir le caractère inclusif. La version française, par exemple, parle d'« aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes » où la version anglaise parle uniquement de « questions liées au genre ».

222 Voir la proposition de la Commission en vue d'une directive concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, et relatives au contenu de cette protection (refonte), COM(2009) 551 final/2, 23 octobre 2009.

223 Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile

LGBT n'ont généralement pas la possibilité de demander la protection des autorités locales si celles-ci partagent la même conception de la « honte » et de l'« honneur ». À vrai dire, ces autorités ont tendance à approuver, voire à faciliter ces actes de persécution. Plusieurs États membres continuent d'exiger de la personne qui demande l'asile en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre qu'elle prouve avoir fait l'objet de sanctions judiciaires. Avec cette approche, les autorités n'acceptent pas l'argument selon lequel l'orientation sexuelle ou l'identité de genre du demandeur pourrait entraîner une persécution à l'avenir aux mains d'acteurs non étatiques si cette orientation ou identité était exprimée ou révélée. Comme dans d'autres types de demandes pour lesquelles la persécution est le fait d'acteurs non étatiques, le principal critère devrait être la disponibilité ou non d'une protection efficace de la part de l'État. Lorsque les comportements homosexuels sont criminalisés, l'État est moins enclin à protéger les personnes LGBT contre les violences commises par des acteurs privés. D'un autre côté, même lorsque le comportement homosexuel est explicitement criminalisé dans le pays d'origine, certains États membres ont conclu (voir ci-dessous) que si cette interdiction porte sur les comportements homosexuels « ostentatoires » mais ne s'étend pas à une criminalisation de l'« identité » LGBT, la crainte de persécution n'est pas nécessairement justifiée. Ce point de vue est évidemment lié à l'aspect abordé ci-dessous, à savoir la possibilité de tolérer une vie de chasteté ou de secret.

La jurisprudence de plusieurs États membres témoigne de la difficulté de démontrer la persécution. En Espagne, le 28 novembre 2008²²⁴, la Cour suprême a décidé de confirmer le rejet d'une demande d'asile en raison de l'absence de persécution du demandeur en tant qu'homosexuel. Selon la Cour, « le requérant affirme que la législation cubaine punit les comportements homosexuels, mais son dossier contient un rapport d'instruction établissant que ces pratiques sont actuellement mieux tolérées. Il n'est donc pas possible de considérer que le seul fait d'avoir cette tendance pourrait susciter une persécution de nature à justifier une protection en tant que réfugié. La vérité est que l'acteur n'a pu faire état d'aucune détention ou sanction découlant de son orientation sexuelle. Il n'a pas non plus révélé d'autre forme de conséquence blessante spécifique en découlant, se contentant d'expliquer de façon générale qu'il craignait d'être persécuté en tant qu'homosexuel. Il n'a pas non plus apporté la moindre preuve contestant les arguments invoqués pour refuser sa demande d'asile ». En Roumanie, en juillet 2009, un tribunal a invalidé une décision de l'Office roumain de l'immigration rejetant la demande d'une personne qui avait déjà été arrêtée pour homosexualité au Cameroun.

L'Office avait justifié sa décision en disant que le demandeur n'était pas une personne connue, et qu'il pouvait donc déménager vers une autre ville où il n'était pas connu. En République tchèque, la Cour suprême administrative a conclu que des peines allant de six mois à trois ans de prison ne pouvaient pas être considérées comme une preuve suffisante de persécution²²⁵. En outre, la jurisprudence recueillie par la FRA montre que dans certains États membres, il existe une tendance à rejeter les demandes de protection internationale en affirmant que le demandeur n'aurait pas été victime de persécution dans son pays d'origine s'il/elle avait caché son homosexualité ou s'était abstenu(e) de « manifester ouvertement » cette homosexualité. Plusieurs décisions considèrent qu'en vivant ouvertement en tant que LGBT, le demandeur assume le risque de subir les conséquences négatives de son comportement et ne peut prétendre à une protection internationale. À deux reprises, la Cour de cassation a ordonné à un juge d'une instance inférieure de déterminer si, dans le pays d'origine, le crime visé était l'homosexualité « proprement dite », auquel cas la persécution était attestée, ou simplement la « manifestation » de pratiques homosexuelles, impliquant ainsi que le fait de s'abstenir de tout comportement serait possible et tolérable puisqu'une identité homosexuelle sans « manifestation extérieure » ne serait pas frappée d'interdiction²²⁶. Cette obligation de chasteté, ou de « pratique cachée », est également devenue un facteur important dans certaines décisions judiciaires en Belgique²²⁷, en France²²⁸, en Allemagne²²⁹ et en Irlande²³⁰, où la persécution n'a pas été attestée étant donné que les demandeurs n'avaient pas cherché à « manifester ostensiblement » leur homosexualité et que les tribunaux ont estimé que ces personnes avaient la possibilité de vivre leur orientation sexuelle « discrètement et dans la sphère privée » dans leur pays d'origine. Cette situation est problématique dans la mesure où elle semble disproportionnée et discriminatoire. On remarquera notamment que cette obligation a été imposée à des demandeurs qui faisaient état de persécutions fondées sur d'autres motifs tels que leur religion ou

224 Espagne/Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5)/Arrêt du 28 novembre 2008.

225 République tchèque/Cour suprême administrative/n° 5 Azs 50/2007-71 (23 novembre 2007).
 226 Italie/Corte di Cassazione (Première section civile)/Arrêt du 25 juillet 2007 ; Italie/Corte di Cassazione (Première section civile)/Arrêt du 18 janvier 2008.
 227 Belgique/Commission permanente de recours des réfugiés/X. c. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (4 décembre 2006).
 228 France/Commission de recours des réfugiés/N° 555672 (12 mai 2006) (octroi de la protection subsidiaire au lieu du statut de réfugié).
 229 Allemagne/Cour d'appel administrative de Saxe/A2B 273/04 (20 octobre 2004).
 230 Dans un article paru le 12 juillet 2010 l'*Irish Times* fait état d'une lettre envoyée le 6 février 2009 par le ministre de la justice et de la réforme législative et affirmant que « si les homosexuels nigériens font preuve de discrétion, ils ont peu de chances d'avoir maille à partir avec la loi ». Le tribunal d'appel pour les réfugiés a rejeté des appels interjetés contre une décision de rejet par le Commissaire aux demandes du statut de réfugié. Cette affaire est actuellement en cours de réexamen devant la Haute cour irlandaise.

leurs opinions politiques. Au Royaume-Uni, le critère de « tolérabilité » appliqué par les tribunaux a porté un grave préjudice aux demandeurs gays et lesbiens²³¹. Si le demandeur a déjà vécu en se cachant dans le pays d'origine, il est supposé qu'il ou elle continuera de vivre de la même façon. L'obligation de « discrétion » n'est considérée comme une forme de persécution que si elle atteint un niveau dont on ne peut pas « raisonnablement attendre » que la personne concernée le tolère²³². Cependant, l'orientation sexuelle est une caractéristique individuelle protégée au titre de la CEDH, et non une condition honteuse qu'il convient de cacher. L'incapacité de comprendre le fardeau spécifique de l'invisibilité obligatoire et de l'obligation de cacher un aspect aussi fondamental de sa personnalité que son orientation sexuelle ou son identité de genre conduit à se faire une idée extrêmement fautive de la véritable situation des personnes LGBT. Ce décalage a été reconnu par l'arrêt de la Cour suprême britannique du 7 juillet 2010²³³, qui indique clairement que l'évaluation des demandes d'asile doit se défaire de tout préjugé et de tout stéréotype et reposer sur le droit de vivre librement et ouvertement en tant que personne LGBT²³⁴.

D'autres pays ont également adopté des approches plus sensibles et factuelles. En France, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA, qui a remplacé la Commission de recours des réfugiés (CRR) en 2007) statuant en appel des décisions adoptées par l'Office de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), semble plus réceptive aux demandes introduites par des personnes originaires de

pays qui criminalisent l'homosexualité²³⁵ ou dans lesquels l'homosexualité suscite une désapprobation sociale ou religieuse grave contre laquelle l'État n'est pas en mesure d'assurer une protection effective²³⁶. Il est important de noter que dans ces affaires, le requérant n'a pas eu à prouver que des sanctions spécifiques lui avaient été infligées. En février 2009, le Conseil danois d'appel pour les réfugiés a statué que le demandeur avait été la cible de menaces et d'agressions violentes de la part de sa famille et de groupes religieux en raison de son homosexualité et de son « style de vie occidental », reconnaissant ainsi qu'une crainte légitime de persécution peut se fonder sur le contexte social et familial du requérant, indépendamment de toute criminalisation explicite au niveau législatif. Aux Pays-Bas, la circulaire relative aux étrangers précise que les demandeurs d'asile LGBT ne doivent pas se voir imposer de cacher leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine. Le 27 juin 2009, un ajout a été apporté à la directive sur les étrangers, précisant que lorsque les actes homosexuels sont criminalisés dans le pays d'origine, on ne peut pas exiger du demandeur qu'il ait tenté d'obtenir la protection des autorités dans ce pays²³⁷.

On a signalé que plusieurs États membres de l'Union européenne ne prennent pas correctement en considération la situation des personnes LGBT en Irak²³⁸. Depuis novembre 2008, la circulaire néerlandaise sur les étrangers spécifie également que les personnes LGB originaires d'Afghanistan ou d'Irak constituent un « groupe à risque ». Par conséquent, ces personnes ne sont pas tenues d'apporter des preuves aussi solides de la gravité de la persécution subie²³⁹. Cette évolution mérite d'être saluée au vu du fait que le HCNUR, en avril 2009, a désigné les personnes LGBT originaires d'Irak comme un groupe à risque²⁴⁰. La directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*) précise également que « [l']orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres » (article 10, paragraphe 1, point d). Même si la directive ne l'indique pas explicitement, il est clair que cette exception ne pourrait pas être invoquée par référence à une législation

231 Royaume-Uni/England and Wales Court of Appeal (Civil Division)/Z v Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 1578 (2 décembre 2004) ; Royaume-Uni/England and Wales Court of Appeal (Civil Division)/J v Secretary of State for the Home Department [2006] EWCA Civ 1238 (26 juillet 2006) ; Royaume-Uni/England and Wales Court of Appeal (Civil Division)/HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department [2009] EWCA Civ 172 (10 mars 2009).

232 Voir Royaume-Uni/J v SSHD [2006] EWCA Civ 1238, paragraphe 10, 11 ; Royaume-Uni/Z v SSHD [2004] EWCA Civ 1578, paragraphe 15-16 ; Royaume-Uni/HJ (Iran) and HT (Cameroon) v SSHD [2009] EWCA Civ 172 paragraphe 31 ; Royaume-Uni/England and Wales Court of Appeal (Civil Division)/OO (Sudan) and JM (Uganda) v Secretary of State for the Home Department [2009] EWCA Civ 1432 (18 novembre 2009) paragraphe 17.

233 Royaume-Uni/Supreme Court/HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 31 (7 juillet 2010). Voir aussi l'intervention en tant qu'amicus curiae du HCNUR dans cette affaire, HJ (Iran) and HT (Cameroon) c. Secretary of State for the Home Department - Case for the first intervener (the United Nations High Commissioner for Refugees), 19 avril 2010, disponible à l'adresse : www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html.

234 Lord Rodger a expliqué avec une certaine ironie que « ce que la loi protège, c'est le droit du demandeur de vivre librement et ouvertement en tant qu'homme gay. On peut illustrer ce principe par des stéréotypes anodins de la société britannique : de même que les hommes hétérosexuels sont libres de se divertir en jouant au rugby, en buvant de la bière et en parlant des filles avec leurs potes, les homosexuels devraient être libres de se divertir en allant à des concerts de Kylie, en buvant des cocktails aux couleurs exotiques et en parlant des garçons avec leurs copines hétéros ».

235 France/Cour nationale du droit d'asile/Mlle D. – Afghanistan, 535997 (2 novembre 2007).

236 France/Cour nationale du droit d'asile/G. – Algérie, 571886 (11 avril 2008).

237 Pays-Bas/Circulaire relative aux étrangers, Staatscourant (2001) 64 (1^{er} avril 2001), modification de la circulaire relative aux étrangers C2/2.10.2. L'amendement de 2009 (publié au Staatscourant (2009) 115) a été adopté suite à la suggestion de l'organisation LGBT COC Nederland.

238 P. Hojem, UNHCR Research Paper n° 181, *Fleeing from Love : asylum seekers and sexual orientation in Scandinavia, New Issues in Refugee Research*, décembre 2009, disponible à l'adresse : www.unhcr.org/4b18e2f19.pdf.

239 Pays-Bas/Circulaire relative aux étrangers, Staatscourant (2001) 64 (1^{er} avril 2001), C24/1.3.7 et C24/11.3.13.

240 Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Iraqi Asylum Seekers*, avril 2009.

qui constitue une violation du droit au respect à la vie privée, ou qui constitue une discrimination dans la jouissance du droit à la vie privée au titre de la CEDH. Il s'agit cependant d'un domaine dans lequel la législation nationale semble ambiguë et prudente.

Pour conclure, on peut observer que toute pratique susceptible d'imposer l'obligation de cacher son homosexualité dans le pays d'origine devrait être alignée sur les exigences utilisées pour évaluer la persécution fondée sur la religion ou les convictions politiques, et qu'elle devrait au contraire permettre d'exprimer un aspect fondamental de sa personnalité (à savoir l'orientation sexuelle) librement, y compris à travers son comportement et ses relations. On peut avancer le même argument en ce qui concerne la condition imposée par certains États membres, qui ne reconnaissent la possibilité d'une persécution que si les relations homosexuelles sont criminalisées dans le pays d'origine. Cette condition n'est pas imposée pour les autres motifs visés par la convention de Genève de 1951 ni pour aucun autre « groupe social spécifique ». Ainsi, on peut considérer qu'un opposant politique au régime est victime de persécution même si ce n'est pas un crime d'avoir une opinion politique opposée.

5.3. Les « tests phallométriques » des hommes gays

Une troisième question importante apparue depuis le rapport de 2008 concerne la possibilité, l'obligation et la façon de vérifier les dires d'une personne qui se dit homosexuelle. Les décisions administratives et la jurisprudence disponibles concernent uniquement les hommes gays, mais cela ne signifie pas que les lesbiennes fassent l'objet d'un contrôle moins rigoureux. En Hongrie, l'Office de l'immigration et de la nationalité (OIN) (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) aurait demandé des expertises psychiatriques concernant l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile, alors qu'aucune réglementation précise n'exige cette expertise et que l'usage de l'OIN lui-même varie sur ce point. Les tribunaux britanniques sont régulièrement confrontés à la question de la preuve de l'orientation sexuelle. Ainsi, l'existence de relations hétérosexuelles antérieures et d'enfants nés de ces relations a remis en cause la crédibilité d'un demandeur se disant homosexuel²⁴¹. Pourtant, de nombreuses lesbiennes et de nombreux hommes gays se marient pour tenter de se conformer aux normes hétérosexuelles et d'éviter ainsi l'ostracisme et l'exclusion de leur famille et de leur communauté; ils contractent des mariages forcés ou se marient volontairement avec une personne du sexe opposé et ne font leur « coming out »

que plus tard. Dans ce contexte, on estime pertinent de faire une distinction entre l'orientation sexuelle en tant qu'« identité » et en tant que « comportement »²⁴². La loi finlandaise relative aux étrangers, en vigueur depuis juin 2009, prévoit que, pour déterminer si la crainte de persécution du demandeur est fondée, il n'importe pas de savoir si cette personne s'identifie réellement comme LGBT dès lors que l'auteur de la persécution lui attribue cette caractéristique²⁴³.

On signale également qu'au moins un État membre recourt à la « phallométrie » ou à des « tests phallométriques » dans le cadre de la procédure d'asile. Cette méthode consiste à mesurer la réaction physique, face à un support pornographique hétérosexuel d'hommes gays qui ont introduit une demande d'asile sur la base de leur orientation homosexuelle. Le débat relatif à la « phallométrie » remonte à une décision adoptée le 7 septembre 2009 par le tribunal administratif du Schleswig-Holstein, en Allemagne, accordant une mesure provisoire et ordonnant de suspendre le transfert, au titre du règlement Dublin II²⁴⁴, d'un homosexuel iranien en raison de l'utilisation possible de la « phallométrie » en République tchèque²⁴⁵. D'après les informations communiquées par le ministère tchèque de l'intérieur à l'expert national du réseau de recherche de la FRA, le recours à des tests phallométriques peut être proposé pour une personne sollicitant une protection internationale afin de déterminer la crédibilité de son affirmation d'homosexualité en cas d'incohérences dans son entretien. Ce test est administré par un sexologue et, en principe, uniquement avec l'accord écrit de la personne et après que la personne a été informée de la technique utilisée pour l'examen. Le refus de se soumettre au test jette le doute sur l'homosexualité affirmée par la personne en question. Inversement, si la personne subit le test sans réagir aux représentations d'actes sexuels hétérosexuels, ses affirmations relatives à son homosexualité sont considérées comme prouvées. Cette situation pose différents problèmes. Outre la fiabilité douteuse des « tests phallométriques », ces tests ne permettent pas nécessairement de tirer des

241 Royaume-Uni/England and Wales High Court (Administrative Court)/ *SB (Uganda) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 338 (Admin) (24 février 2010), protection. 6.

242 Royaume-Uni/*J v SSHD* [2006]; Royaume-Uni/*HJ (Iran) and HT (Cameroon) v SSHD* [2009]; Royaume-Uni/England and Wales High Court (Administrative Court)/*R (on the application of SB (Uganda)) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 338 (Admin) (24 février 2010) ; Royaume-Uni/England and Wales Court of Appeal (Civil Division)/*NR (Jamaica) v Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 856 (5 août 2009). Voir aussi United Kingdom Lesbian and Gay immigration Group, *Failing the Grade: Home Office Initial Decisions on Lesbian and Gay Claims for Asylum*, disponible à l'adresse : www.uklgig.org.uk/docs/Failing%20the%20Grade%20UKLIG%20April%202010.pdf.

243 Article 87b, paragraphe 5, de la loi relative aux étrangers.

244 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

245 Allemagne/*Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein/Arrêt* du 7 septembre 2009.

conclusions suffisamment claires pour servir de preuves dans le traitement des demandes et dans les procédures judiciaires ultérieures éventuelles. Cette pratique indirecte ne conviendrait en tout cas pas dans le cas des personnes bisexuelles.

Selon les conclusions du tribunal allemand, les « tests phallométriques » sont difficilement conciliables avec les normes existantes en matière de droits de l'homme. Tout d'abord, cette pratique pourrait ne pas être compatible avec l'article 3 de la CEDH, qui interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants. La CouEDH a considéré qu'un traitement était dégradant lorsqu'il était « de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale »²⁴⁶. En outre, « en recherchant si un traitement est « dégradant » au sens de l'article 3, la Cour examinera notamment si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé. Toutefois, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 »²⁴⁷. Si les autorités ne manifestent pas une intention explicite d'humiliation dans le cas de la « phallométrie », on peut considérer que le processus d'examen présente à lui seul un caractère humiliant ou dégradant dans la mesure où il expose des sensations sexuelles intimes. Par ailleurs, étant donné que le résultat de ce test peut avoir une influence sur le résultat de la procédure de demande d'asile, ce test est également de nature à provoquer un sentiment de peur, de pression et de détresse. Cette pratique peut donc atteindre un certain degré de gravité dans la mesure où il s'agit d'un examen intrusif qui porte forcément atteinte à l'intimité et à l'intégrité psychologique de la personne et qui risque de susciter des sentiments de honte et de souffrance malgré l'absence de souffrance physique infligée. Cet examen est particulièrement inapproprié pour les demandeurs d'asile étant donné que nombre d'entre eux peuvent avoir été victimes d'abus en raison de leur orientation sexuelle et qu'ils sont donc particulièrement sensibles à ce type d'exposition.

Deuxièmement, la compatibilité de cette pratique avec l'article 8 de la Convention est incertaine. Étant donné que cette procédure concerne « un aspect des plus intimes de la vie privée », il doit exister « des raisons particulièrement graves » pour que cette ingérence se justifie²⁴⁸. Une ingérence dans vie privée n'est permise que si elle est conforme à la loi, poursuit un objectif légitime et est nécessaire dans une société démocratique.

246 CouEDH, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, 11 juillet 2006, protection. 68 ; voir aussi CouEDH, *Labzov c. Russie*, n° 62208/00, 16 juin 2005, protection. 41 et 46.

247 CouEDH, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, 11 juillet 2006, protection. 68.

248 CouEDH, *Smith and Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, 22 juillet 1999, protection. 89 ; CouEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, paragraphe 52.

Les « tests phallométriques » pourraient ne pas remplir ces conditions dans la mesure où ils ne semblent pas répondre à un besoin social impérieux, et on pourrait considérer que les moyens employés ne sont pas proportionnés au but poursuivi. Comme l'indiquent les considérations ci-dessous, il existe d'autres façons d'évaluer la crédibilité du demandeur en recourant à des entretiens nettement moins intrusifs. La République tchèque est actuellement le seul État membre de l'Union européenne qui recourt à un entretien pour déterminer la crédibilité du demandeur. Dans les autres États membres, les autorités ne pratiquent pas de test spécifique pour déterminer l'orientation sexuelle, et la crédibilité est évaluée sur la base de toutes les informations, affirmations et preuves produites par le demandeur. Ainsi, la note d'orientation du HCNUR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, publiée par le HCNUR le 21 novembre 2008, considère que « [l]orsqu'une personne s'identifie elle-même en tant que personne LGBT, cela devrait être considéré comme une indication de son orientation sexuelle » (paragraphe 35). L'existence même d'une présomption de non-crédibilité des affirmations relatives à l'homosexualité de la personne demandant une protection internationale est une source de préoccupation. Dans le même document, le HCNUR souligne que le doute devrait profiter au demandeur d'asile et que sa crédibilité ne devrait pas être mise en doute simplement parce que la personne concernée ne se conforme pas à une image stéréotypée des personnes LGBT (paragraphe 36). Le HCNUR ajoute qu'« il s'agit de ne pas automatiquement considérer une personne comme hétérosexuelle simplement parce qu'elle est mariée, ou qu'elle l'a été, qu'elle a des enfants, ou qu'elle s'habille conformément aux codes sociaux dominants. Le fait de poser à la requérante ou au requérant des questions sur sa prise de conscience par rapport à son identité sexuelle, ainsi que sur son vécu et son ressenti, plutôt que sur les détails de ses activités sexuelles, peut contribuer à évaluer sa crédibilité de manière plus exacte » (paragraphe 36).

Les médias suédois²⁴⁹, par exemple, signalent que selon deux études réalisées en externe, les administrateurs et les décideurs du Conseil de l'immigration ont des préjugés fondés sur des normes et des stéréotypes concernant les personnes LGBT. Le ministre responsable aurait admis qu'au sein des autorités suédoises, beaucoup considèrent encore la perspective LGBT comme une nouveauté mal connue. Depuis le lancement d'un projet appelé « Au-delà de la frontière », 300 employés du Conseil de la migration ont été formés à l'analyse des normes. Le ministre a souligné l'importance cruciale d'informations correctes pour garantir la qualité de la procédure d'asile. Dans ce contexte, la note d'orientation du HCNUR souligne aussi que le fait que le demandeur mentionne son orientation

249 Dagens Nyheter, 27 juillet 2010 ; Sveriges Radio, 26 juillet 2010 (en suédois).

sexuelle uniquement après l'entretien initial ne doit pas être considéré comme une incohérence jetant le doute sur la véritable raison pour laquelle il aspire à une protection internationale. En fait, « [l]a ou le requérant(e) ne sait pas toujours que l'orientation sexuelle peut constituer un fondement de la reconnaissance du statut de réfugié(e), ou bien il se peut qu'elle ou il rechigne à parler de choses si intimes, en particulier lorsque son orientation sexuelle est source de honte ou de tabou dans son pays d'origine. Par conséquent, il se peut qu'au début elle ou il n'ose pas parler librement ou donner un exposé exact de son cas. Même si la demande d'asile initiale contient de fausses déclarations, ou si la demande n'est introduite qu'après un certain temps passé après l'arrivée dans le pays d'asile, la ou le requérant(e) peut encore être en mesure de montrer que sa demande est crédible » (paragraphe 38).

Enfin, la pratique de la « phallométrie » ne saurait être défendue au motif qu'elle n'est utilisée qu'avec le consentement explicite de la personne concernée. Dès lors qu'un refus entraîne le rejet de la demande d'asile ou de protection subsidiaire, la notion de libre consentement perd tout son sens. On peut également se demander si ce consentement est suffisamment informé, puisqu'on peut douter que le demandeur dispose d'une connaissance et d'une compréhension suffisantes de tous les éléments et de toutes les conséquences du test ou que le formulaire de consentement précise qu'il peut être mis fin aux procédures d'asile en cas de refus de consentement de la part du demandeur. L'ONG tchèque Organisation d'aide aux réfugiés (*Organizace pro pomoc uprchlíkům*) doute que le demandeur d'asile soit informé de la procédure elle-même d'une façon qu'il soit à même de comprendre.

5.4. Protection subsidiaire

Outre ses dispositions relatives à la reconnaissance du statut de réfugié, la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*) prévoit que les États accordent un statut de protection subsidiaire aux individus qui ne répondent pas aux conditions pour être considérés comme des réfugiés dans les cas où ils courent un sérieux danger d'atteinte grave à leur personne en cas de renvoi dans leur pays d'origine. On entend par « atteinte grave », entre autres, la peine de mort ou l'exécution, ainsi que « la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine » (article 15, points a et b)²⁵⁰.

À Chypre, le 5 juin 2008, l'organisme de promotion de l'égalité a reçu une plainte déposée par un ressortissant iranien dont la demande d'asile avait été rejetée malgré sa crainte déclarée de subir des persécutions dans son

pays en raison de son orientation sexuelle. L'organisme de promotion de l'égalité a conclu en sa faveur²⁵¹, citant les informations fournies par l'ILGA, par Amnesty International et par d'autres ONG établissant qu'en Iran l'homosexualité est passible de pendaison ou de lapidation. D'après ces informations, depuis les années 1980, les exécutions de personnes homosexuelles ont lieu en secret et sous couvert d'autres chefs d'accusation. Il a également été fait référence aux instruments relatifs aux droits de l'homme ratifiés par Chypre et à la jurisprudence de la CouEDH, qui consacre le droit des personnes LGBT à l'égalité de traitement et qui interdit de déporter des personnes vers des pays où elles risquent de subir la torture. Cette décision attire aussi particulièrement l'attention sur l'article 10, paragraphe 1, point d, de la directive sur les conditions requises (*Qualification Directive*). L'organisme de promotion de l'égalité a conclu que le rejet de cette demande par les services d'asile n'était pas correctement motivé, et que les affirmations du plaignant nécessitaient un examen plus approfondi. Le rapport de 2008 notait déjà que le harcèlement motivé par l'orientation sexuelle peut constituer une forme de persécution, ce qui permet à la personne concernée qui introduit une demande d'asile de bénéficier du statut de réfugié, ou (conformément à la jurisprudence de la CouEDH) une forme de traitement inhumain ou dégradant, ce qui empêcherait la déportation et donnerait à cette personne le droit à une protection subsidiaire conformément aux dispositions de la directive sur les conditions requises.

À cet égard, il est préoccupant que les États membres de l'Union européenne se basent sur une liste de pays d'origine « sûrs » établie sans prendre en considération les risques spécifiques de persécution par des organes de l'État ou des acteurs non étatiques en raison de l'orientation sexuelle. En France par exemple, depuis la décision de l'Office de protection des réfugiés et apatrides (OFPRO) du 20 novembre 2009, la liste utilisée comprend 17 pays (l'Arménie, le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Croatie, le Ghana, l'Inde, la Macédoine, Madagascar, le Mali, Maurice, la Mongolie, le Sénégal, la Serbie, la Tanzanie, la Turquie et l'Ukraine)²⁵². Les personnes originaires de ces pays n'ont pas droit à des prestations temporaires ni à un permis de séjour, leurs demandes sont traitées selon une procédure accélérée et l'appel n'est pas suspensif, c'est-à-dire qu'elles peuvent être déportées avant même que leur appel ne soit entendu par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA, anciennement la CRR). Certains de ces États possèdent pourtant une législation explicitement homophobe, comme par exemple le Bénin, le Ghana, Maurice, le Sénégal et la Tanzanie.

250 L'article 15, point c, mentionne également « des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international ».

251 Chypre/The Office of the Commissioner for Administration (Médiateur)/ affaire n° A.K.R. 103/2008 (18 juillet 2008).

252 L'Albanie et le Niger ont été rayés de cette liste à la suite d'une décision du Conseil d'État du 13 février 2008 (France/Conseil d'État/n° 295443 (13 février 2008)). Le tribunal administratif a déclaré que le contexte politique et social de ces États était insuffisant pour satisfaire aux conditions de stabilité et de sécurité de l'environnement imposées par la loi.

Conclusions

Le présent rapport révèle certaines tendances importantes concernant les droits des personnes LGBT à travers l'Union européenne. Plusieurs exemples observés dans les États membres signalent une évolution positive de la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Toutefois, on constate aussi certaines évolutions préoccupantes de la législation et des usages. Sur de nombreux points, il subsiste un manque de clarté et d'uniformité préjudiciable aux droits des personnes LGBT. Certains de ces problèmes pourraient être réglés par la Commission, le Parlement et les États membres, via le Conseil de l'Union européenne, au cours des négociations actuellement en cours pour la préparation de réformes législatives. D'autres pourraient être réglés par une attitude plus proactive et mieux coordonnée des États membres et/ou des autorités régionales et locales.

En ce qui concerne les traitements de réaffectation sexuelle, certains États membres envisagent la possibilité de renoncer à considérer l'identité de genre comme un trouble psychiatrique et de considérer plutôt qu'il s'agit d'une question d'auto-détermination par la personne. On constate également un certain relâchement des conditions à remplir pour pouvoir modifier le nom et le sexe enregistrés sur les documents officiels (par exemple l'obligation de divorcer ou d'avoir subi une intervention chirurgicale). De façon générale pourtant, les conditions et procédures liées au traitement de la réaffectation sexuelle et à sa reconnaissance juridique restent vagues, médicalisées et lourdes dans toute l'Union européenne.

Le nombre des États membres qui élargissent la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au-delà du monde de l'emploi aux autres domaines visés par la directive sur l'égalité raciale n'a cessé de progresser. Certains États membres ne l'ont cependant pas encore fait. Il est particulièrement encourageant que la plupart des États membres aient élargi le mandat de leurs organismes de promotion de l'égalité de façon à couvrir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Même si cette approche contribue à un droit égal à une protection équitable contre tous les motifs de discrimination, le problème de la « hiérarchie des motifs » subsiste. Au niveau du Conseil de l'Union européenne, les États membres ont aujourd'hui la possibilité d'adopter la proposition de directive « horizontale » de la Commission, qui interdirait la discrimination fondée sur tous les motifs visés par le TFUE dans tous les contextes couverts par la directive sur l'égalité raciale.

La reconnaissance de l'identité de genre en tant que motif de discrimination reste inégale à travers les États membres. La législation européenne accorde une protection contre les discriminations fondées sur le « sexe » aux personnes qui ont subi ou qui comptent

subir une réaffectation sexuelle. Il reste cependant deux difficultés principales. Tout d'abord, certains États membres protègent ce groupe contre la discrimination « sexuelle » tandis que d'autres invoquent différents motifs, qu'il s'agisse de l'orientation sexuelle ou du motif spécifique de « réaffectation sexuelle » ou d'« identité sexuelle ». Certains États membres protègent explicitement cette caractéristique dans leur législation, tandis que dans d'autres cette protection découle de l'usage des tribunaux et des organismes de promotion de l'égalité. Dans d'autres encore, la protection de ce groupe par le droit national reste équivoque. Le mandat des organismes de promotion de l'égalité en ce qui concerne les questions transgenres reste souvent implicite, ce qui pourrait provoquer des lacunes dans la protection. Deuxièmement, il est encore difficile de dire si la législation européenne interdit la discrimination contre les personnes sur la base d'un concept plus large d'identité de genre, à savoir la non-identification ou la non-conformité avec le sexe assigné à la naissance s'exprimant par des moyens autres que des procédures chirurgicales et/ou hormonales, par exemple par un style vestimentaire, par l'utilisation de produits cosmétiques ou par le comportement. Très peu d'États membres reconnaissent explicitement cet aspect dans leur législation et/ou leurs pratiques. Un début de solution à ce problème pourrait être apporté par l'inclusion expresse du motif de l'« identité de genre » dans toute modification future de la directive sur l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'accès aux biens et services.

Il subsiste également un manque de clarté concernant la portée de l'exception à la directive relative à l'égalité en matière d'emploi accordée aux organisations religieuses ou fondées sur une éthique quelconque, qui leur permet de faire une différence entre les personnes sur la base de leur religion ou de leurs croyances lorsque celles-ci constituent une exigence professionnelle dans le contexte du lieu de travail. Certains États membres donnent une interprétation large à cette exception, qui peut aller jusqu'à de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et concerner des postes ou des situations sans lien direct avec la représentation, la transmission ou la défense des convictions de l'organisation concernée. La Commission a discuté de ce problème avec plusieurs États membres dans le cadre de procédures d'infraction.

En ce qui concerne les prestations sociales liées à l'emploi au profit du partenaire, on constate des évolutions importantes dans la jurisprudence de la CJUE et de la CourEDH. En droit européen, les États membres ne sont pas tenus de créer un régime de partenariat enregistré pour les couples homosexuels ni d'autoriser le mariage des couples homosexuels. Cependant, l'évolution de la législation européenne et de la CEDH rend de plus en plus difficile de traiter les couples homosexuels d'une

façon moins favorable que les couples hétérosexuels. On constate une évolution des pratiques nationales à cet égard dans un petit nombre d'États membres.

En ce qui concerne la liberté de réunion et d'expression des personnes LGBT, on constate des améliorations dans plusieurs États membres où des marches pour la fierté se sont déroulées sans incidents. Là aussi pourtant, il subsiste des tensions entre les autorités et les tribunaux et les organismes de promotion de l'égalité de certains États membres. Il semble notamment que les autorités invoquent fréquemment l'« ordre public » pour interdire les marches LGBT sans appliquer correctement le principe de proportionnalité imposé par la CouEDH. À certains endroits, des contre-manifestations violentes ont eu lieu et les autorités ont mis longtemps à intervenir ou à interdire ces manifestations.

Plusieurs États membres ont adopté des législations ou instauré des pratiques visant à promouvoir l'éducation et le dialogue afin de lutter contre les attitudes négatives envers les personnes LGBT. Un seul État membre a adopté une législation qui interdit la « promotion » de l'homosexualité et des relations homosexuelles aux mineurs ou en public.

On constate un progrès modeste de la protection contre les agressions et les cas de persécution dans le droit pénal des États membres. Près de la moitié des États membres criminalisent l'incitation à la haine ou à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais un seul État membre a rejoint ce groupe depuis le rapport de 2008. En outre, les tribunaux nationaux adoptent en général une interprétation étroite de l'« incitation » et de la « haine ». Un nombre légèrement inférieur d'États membres considèrent explicitement la motivation comme un facteur aggravant des infractions pénales. Une seule juridiction inclut la transphobie parmi les facteurs aggravants.

Le nombre des États membres permettant de formaliser une relation homosexuelle par le mariage ou par un partenariat enregistré a augmenté depuis le rapport de 2008, si bien que cette possibilité existe désormais dans une majorité d'États membres. Trois États membres ont par contre modifié ou renforcé leur législation existante de façon à définir explicitement le mariage comme une institution réservée aux couples hétérosexuels. Une minorité d'États membres n'autorise pas les partenariats enregistrés pour les couples homosexuels dans leur législation nationale. Cette approche a des conséquences importantes pour le droit à la libre circulation des couples homosexuels, puisque la directive sur la libre circulation oblige uniquement les États membres à autoriser l'entrée des partenaires enregistrés en tant que « membres de la famille » si ces partenariats sont considérés comme équivalents au mariage dans la législation nationale de l'État de destination.

Dans le contexte du regroupement familial (qui concerne les ressortissants de pays tiers), près de la moitié des États membres semblent ne pas accorder de droits d'entrée et de séjour au conjoint homosexuel du regroupant. Depuis le rapport de 2008, deux États membres ont adopté une législation refusant explicitement de reconnaître la validité des mariages homosexuels. Plusieurs États membres étendent le droit au regroupement familial aux conjoints homosexuels, aux partenaires enregistrés ou aux partenaires de fait originaires de pays tiers. D'autres étendent le droit au regroupement familial pour les partenaires homosexuels de fait ou enregistrés de personnes bénéficiant du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire. Le nombre des États membres accordant ce droit n'a que peu progressé depuis le rapport de 2008.

On constate une tendance positive de la protection internationale accordée aux personnes LGBT, la grande majorité des États membres considérant désormais l'orientation sexuelle comme un motif de persécution reconnu. Cependant, les personnes transgenres ne bénéficient toujours pas du même degré de reconnaissance. En outre, plusieurs États membres adoptent une approche problématique de la façon de prouver une persécution fondée sur l'orientation sexuelle. Certains États membres reconnaissent le risque de persécution moyennant la preuve que l'homosexualité est socialement stigmatisée dans le pays d'origine, tandis que plusieurs autres exigent que l'homosexualité soit criminalisée et que des sanctions concrètes aient été infligées dans le pays d'origine. Certains États membres refusent également d'accepter qu'il existe un risque de persécution parce qu'ils considèrent qu'il est simplement loisible au demandeur de cacher son orientation sexuelle dans son pays d'origine. On signale également que dans un État membre au moins, les autorités vérifient la crédibilité des affirmations des hommes gays en testant leurs réactions physiques à des stimuli érotiques. Cette pratique pose problème du point de vue du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection contre les traitements dégradants au titre de la CouEDH.

Pour conclure, même si l'on constate une évolution encourageante vers une meilleure protection des droits des personnes LGBT dans certains États membres, peu de choses ont changé dans d'autres pays depuis le précédent rapport FRA de 2008, et dans d'autres encore, on observe des reculs. L'absence d'approche uniforme et de cadre d'action cohérent avec des échéances claires pour le respect des droits des personnes LGBT indique que les actions futures devront être mieux coordonnées au niveau de l'Union européenne. Cette coordination devrait idéalement reposer sur une approche cohérente susceptible de mobiliser les outils législatifs, financiers et de coordination des politiques dans le contexte d'un cadre pluriannuel commun.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre – mise à jour 2010
Analyse juridique comparative

2010 - 70 p. - 21 x 29,7 cm
ISBN 978-92-9192-703-6
doi: 10.2811/2959

De nombreuses informations sur l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sont disponibles sur le site web de la FRA (fra.europa.eu).

COMMENT VOUS PROCURER LES PUBLICATIONS DE L'UNION EUROPÉENNE?

Publications gratuites:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne. Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu> ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne (http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

Les développements intervenus ces dernières années témoignent de la reconnaissance croissante des droits des lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (LGBT) dans l'Union européenne. Le présent rapport met à jour l'analyse juridique comparative de la FRA concernant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, publiée à l'origine en juin 2008. Il présente une vue d'ensemble des tendances et des développements observés au niveau international et au niveau de l'UE dans les législations et les pratiques juridiques dans ce domaine. Même si l'on constate une évolution encourageante vers une meilleure protection des droits des personnes LGBT dans certains États membres, peu de choses ont changé dans d'autres pays depuis 2008, et dans d'autres encore on observe des reculs. Une approche globale des problèmes de discrimination et de persécution dans tous les domaines examinés contribuerait à un meilleur respect des droits fondamentaux des personnes LGBT dans toute l'Europe.

FRA - Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Schwarzenbergplatz 11
1040 - Vienne
Autriche
Tél.: +43 (0)1 580 30 - 0
Fax: +43 (0)1 580 30 - 691
E-mail: information@fra.europa.eu
fra.europa.eu
[Facebook.com/fundamentalrights](https://www.facebook.com/fundamentalrights)
[Twitter.com/EURightsAgency](https://twitter.com/EURightsAgency)

