

**DIPLÔME D'ÉTUDES POLITIQUES
APPROFONDIES**

**MORALE SEXUELLE
ET
DROITS DE L'HOMME**

au regard de la jurisprudence des organes de
la Convention européenne des Droits de
l'Homme

Sous la direction de M. Patrick Wachsmann
et la co-direction de M. Gérard Duprat
Présenté par Michel Boeglin.

**MÉMOIRE DE DEA
UNIVERSITÉ ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG
Année 1993-1994**

Remerciements à Messieurs Patrick Wachsmann et Gérard Duprat, ainsi qu'à Messieurs Strasser et Nardell de la Commission européenne des Droits de l'Homme, pour leur aimable collaboration lors de l'élaboration de cette étude.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : ESSAI DE DÉLIMITATION DE LA NOTION DE MORALE : UNE NOTION AMBIGUË ET RELATIVE

SECTION I : L'AMBIGUÏTÉ DE LA MORALE

§1 : Contenu de la notion de morale

§2 : la protection de la morale et les buts légitimes connexes : des relations équivoques

SECTION II : LA RELATIVITÉ DE LA MORALE

§1. La variabilité dans le temps et dans l'espace concédée aux conceptions morales:

§2 : les limites à la relativité de l'impératif moral : la référence à des valeurs communes et l'évolution convergente des droits nationaux:

PARTIE II : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE PAR LES ORGANES DE LA CONVENTION DES MESURES DESTINÉES À PROTÉGER LA MORALE

SECTION I : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DES DROITS GARANTIS

§1 : l'étendue du champ relevant de la vie privée et familiale.

§2 : les activités relevant de la liberté d'expression :

SECTION II : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DU DEGRÉ DE

PUBLICITÉ DES ACTIVITÉS EN CAUSE :

§1 la morale publique et la sphère privée

§2 : la manifestation croissante des minorités sexuelles et la question des droits qui leur sont concédés entre les sphères privée et publique :

CONCLUSION

Annexes

BIBLIOGRAPHIE

PLAN

INTRODUCTION

La création du système européen de protection des libertés fondamentales intervint à une étape charnière de l'évolution des mœurs dans la société occidentale, la dite libération sexuelle. Depuis le début du siècle le rythme de l'émancipation s'est accru, la diffusion d'idées et de nouveaux modes de comportements s'est notablement développé. Mais le mouvement de libéralisation des mœurs fut freiné par la seconde guerre mondiale. La nécessité de repeupler le continent au lendemain du conflit conduisit à un retour à la morale sexuelle traditionnelle. Aussi pourra-t-on dire que la sexualité y subit de nombreuses contraintes¹. Évoquant les années cinquante Jos Van Ussel relève que "le système qui est défendu est l'ensemble bourgeois traditionnel formé par le sexe, l'amour, la procréation et le mariage (...). Nous avons affaire d'une part à une reconnaissance théorique de la liberté individuelle; d'autre part à un dirigisme moral"². Écho fait à Sigmund Freud à propos de la "morale sexuelle civilisée", dont l'une des caractéristique est "la réprobation de toutes les relations sexuelles sauf celles qui sont hétérosexuelles et monogames"³, punissant du reste moins rigoureusement les écarts de l'homme et admettant pour lui une double morale .

Toutefois, les quarante années d'après-guerre sont celles qui ont vu l'une des plus remarquables mutations concernant les attitudes envers la sexualité. Les causes en sont diverses et complexes et il ne convient pas ici de s'y attarder. L'on se bornera à évoquer l'individualisme croissant qui caractérise la société occidentale, sur la base duquel s'est édifié un système politique aux contours bien précis : l'Etat ne doit avoir qu'une attitude effacée et se borner à maintenir l'ordre en garantissant à l'homme le libre exercice des libertés nécessaires au développement de sa personnalité. Par ailleurs dans les pays industrialisés à économie de marché, le modèle familiale traditionnel est remis en question : la crainte d'une surpopulation du globe par rapport aux ressources alimentaires

¹ JEANNINE MOSSUZ-LAVAU *Les lois de l'amour*, ed.

² JOS VAN USSEL *Histoire de la répression sexuelle*, ed. R. Laffont, 1972 342 p. p.310.

³ SIGMUND FREUD "La morale sexuelle civilisée et les maladies nerveuses de notre temps" (1908), in *La vie sexuelle* textes réunis et traduits par Berger et alii , Puf, 1972 ,p. 28; le père de la psychanalyse poursuivait "c'est une des injustices les plus flagrantes de la société que le standard culturel exige de tout le monde la même conduite sexuelle; les uns y parviennent sans effort grâce à leur organisation, tandis que les autres se voient imposer pour cela même les plus lourds sacrifices psychiques".

disponibles conduit à relativiser l'importance de la finalité procréatrice du mariage. Des raisons d'économie et la volonté affichée de garantir l'égalité des sexes, le droit de pouvoir aux mêmes emplois et donc d'accéder aux mêmes formations, ont contribué à prolonger la mixité scolaire alors que dans le même temps toute une classe d'âge s'affranchissait de l'autorité parentale. Enfin, l'on ne peut manquer d'évoquer la "révolution culturelle" des années soixante qui se manifeste en premier aux Etats-Unis, puis en Europe occidentale (mouvement hippy, révoltes étudiantes, radicalisation du mouvement féministe, apparition du mouvement gay) et débouche sur des revendications convergentes sur un point : le rejet des contraintes pesant sur la sexualité et l'appel à de nouvelles productions législatives.

Il est certain que toute époque a vu des écarts entre le code moral affiché et les moeurs, voire des contrastes, mais la nouveauté réside dans la manifestation grandissante des comportements sexuels différents et la capacité d'organisation des mouvements revendicatifs. La norme hétérosexuelle et conjugale s'est vue ébranlée par la multiplication des structures familiales nouvelles, notamment monoparentales, résultat de l'émancipation de la femme. Des groupes se sont battus pour que la sexualité ne soit plus associée à la procréation, obtenant la légalisation de la contraception et - dans quelques États -, sous certaines conditions, celle de l'avortement. La manifestation croissante des groupes homosexuels revendiquant leur assimilation à la société et l'abrogation des stipulations discriminatoires, ne peut plus être pudiquement ignorée. Au même titre que le transsexualisme qui fait l'objet depuis une vingtaine d'années d'une prise en charge par les autorités médicales. La morale sexuelle traditionnelle remise en cause par ces comportements, l'est aussi dans le discours sur le sexe. Utilisé à divers égards sous forme scientifique ou de vulgarisation pour faire avancer la réforme, le parler du sexe devient une obsession récurrente. Dans le même mouvement, on assiste à un gonflement sans précédent de la production pornographique qui, en dépit de tout, fonctionne dans les enceintes de la loi. Autrement dit une nouvelle attitude envers le sexe a vu le jour et les sexualités autrefois stigmatisées et reléguées à la marge de la société sont devenues visibles; le regard du droit à leur égard allait sensiblement évoluer.

"Empreint de morale et exprimant un certain ordre social, le droit est nécessairement conduit à porter un jugement de valeur"⁴. A fortiori le juge révèle ici la nature authentique de sa fonction : contribuer à la préservation d'un certain ordre social et perpétuer l'idée qu'il y a des façons de vivre sa sexualité préférables à d'autres. Les mutations en cours et l'incertitude de l'ordre moral conduit à délaisser sans les abroger des réglementations prohibitives, plongeant l'individu dans l'incertitude quant aux dimensions réelles de sa liberté jusqu'à ce que le législateur, soucieux de l'intérêt général, soit conduit à une révision habituellement controversée. En tout état de cause, le débat quant à la finalité du droit trouve ici un regain d'actualité : système au service de la

⁴CORINNE HOUIN "La sexualité et le droit civil", in *Droit histoire et sexualité* textes réunis par Jacques Poumarède et J-P. Royer, coll. Espace juridique p.271-289, p.273.

satisfaction des tendances et de l'épanouissement personnels ou technique destinée à assurer l'harmonie sociale quitte à brimer les aspirations individuelles ? L'option reste ouverte. Se manifeste néanmoins de façon croissante la volonté, la nécessité d'adapter la loi aux moeurs, de la moderniser en entérinant les transformations des comportements dans une perspective libérale, pluraliste et neutre, en mettant fin à des productions législatives correspondant à un état d'esprit dépassé. Si dans une société empreinte d'atmosphère religieuse, la puissance publique tend à prolonger la pénitence du for interne par une sanction infligée lors d'un manquement à la morale entendu comme transgression de l'ordre divin prescrit, la laïcisation du droit conduit à rechercher dans le dommage potentiel causé à autrui le fondement de la peine et à abandonner à l'individu la définition de son éthique privée. Aussi le législateur s'efface-t-il désormais peu à peu pour laisser place à la morale de chacun et les aspirations individuelles sont-elles mieux perçues qu'auparavant dans les conflits qui les opposent aux intérêts collectifs. Mais dans cette évolution qui s'effectue à des rythmes variés dans les différents États européens, le discours des droits de l'homme se voit repris par les promoteurs de la réforme des moeurs dans le but de contester la légitimité de l'ordre moral ambiant, lesquels verront dans la Cour européenne des droits de l'homme un levier à leurs revendications.

Pour les partisans de l'option "prosexuelle" qui, selon Jos Van Ussel, désigne le parti-pris en faveur de l'épanouissement et de la suppression des contraintes pesant sur la sexualité, la rhétorique des droits de l'homme est mise au service de la libéralisation des moeurs. Doctrine politique, borne placée à l'exercice du pouvoir et aux effets totalitaires de la démocratie, la pensée libérale est récupérée afin d'affirmer le droit à l'identité sexuelle ou tout au moins à poser les jalons du droit à s'écarter du conformisme érigé en norme. Elle se mue en garde-fou contre le rigorisme moral, et se trouve récupérée par les partisans de la libération sexuelle pour dire à la cantonade la liberté de l'individu en cause face aux prétentions de la majorité soucieuse de préserver sa pudeur, de perpétuer ses valeurs et, par là même, tentée d'imposer ses conceptions de la moralité en privé et en public.

Signée le 4 novembre 1950, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales crée un système de protection internationale s'inspirant de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais qui, à la différence de cette dernière, a force juridique obligatoire pour les États parties; elle érige les droits en catégorie juridique et leur confère pour la première fois en droit international un régime protecteur par l'organisation d'un droit de recours individuel et la mise en place d'un système de garantie collective. Toutefois, la Convention ne s'appliquait pas aux droits économiques et sociaux à l'origine; son domaine se restreignait à ce que l'on peut appeler les "libertés classiques" : droit à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté, à la vie privée, etc... A l'instar des autres conventions de type international, la liberté sexuelle n'y est à aucun moment mentionnée; la sexualité n'y est abordée que de biais par la référence explicite au mariage et à la famille mais, reflet de l'époque, les rédacteurs supprimèrent

toute mention relative à la dissolution du lien matrimonial. L'on ne se surprendra pas de noter que l'essentiel des affaires ici examinées sont somme toute récentes : nullement destinée à des individus mettant en cause un ordre moral considéré comme révolu, la Convention leur fut souvent d'un faible recours. La Commission européenne rejeta longtemps les affaires de moeurs car elle les considérait comme "manifestement mal fondées": il faut attendre la fin des années soixante-dix pour voir la Commission, face à un afflux de requêtes, réaliser un effort d'interprétation des clauses contenues dans la Convention (droit à la vie privée, à la vie familiale, à la liberté d'expression,...) afin de pouvoir répondre à des requêtes mettant en cause l'ordre moral ambiant. L'extension de ces notions floues inscrites dans le traité ne suppose pas pour autant la sanction d'une violation, et les faibles avancées réalisées ont pu être saluées comme autant de défaites par les partisans d'une option plus vigoureuse, face au laconisme des décisions et des arrêts.

De fait, l'unanimité de façade qui entoure l'idée des droits de l'homme se trouve menacée face à des requêtes mettant en cause des sujets considérés naguère comme contraire à la morale sociale. La décriée timidité des organes de la Convention illustre parfaitement l'équilibre incertain que suppose toute avancée dans les droits. D'un côté, la survivance de règles issues de la société du XIXème siècle qui impose des conditions de vie humiliantes à ceux qui ne peuvent s'y conformer (homosexuels, transsexuels, familles naturelles, etc...) est devenu difficilement tolérable aujourd'hui. A cet égard, le discours des droits de l'homme ne saurait - sans risquer mettre en cause le caractère de leur universalité - cautionner une répression, des discriminations que l'on jugerait dérisoires ou supportables pour les intéressés parce que n'entraînant pas de dommages physiques directs. D'un autre côté, toute extension ou développement des notions incluses dans la Convention, et donc prestation de nouveaux droits, peut se révéler à terme destructrice pour d'autres libertés contenues dans la Convention ou générer des effets pervers (conciliation du droit à la mère de choisir et du droit à la vie du foetus, reconnaissance du transsexualisme et banalisation des opérations de conversion sexuelle, frontière ténue entre pornographie et appel à la lubricité, à la pédophilie et autres formes modernes d'asservissement). De surcroît, tout octroi de libertés, toute avancée consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme risque de déboucher sur de plus amples revendications (de la reconnaissance du droit à l'orientation sexuelle au droit d'adoption pour les couples homosexuels, de la reconnaissance de la nouvelle identité des transsexuels au droit de se marier).

Aussi ne peut-on manquer de s'interroger sur le rôle effectivement joué par les organes chargés de contrôler l'application et le respect de la Convention dans l'évolution des normes juridiques, face aux changements dans les moeurs et dans le droit qui, en dépit des influences réciproques entre les États, sont loin d'être uniformes. A cette fin, il convient d'analyser le but légitime de protection de la morale inscrit dans la Convention tel

qu'approché par la Cour et et la Commission (Partie I) avant de s'interroger sur l'intensité de leur contrôle dans les affaires de moeurs (Partie II).

Le groupe d'arrêts ici étudiés réunit des ensembles thématiques hétérogènes (transsexualisme, homosexualité, divorce, avortement, remariage, pornographie, blasphème,...) qui ne se rattachent qu'en un seul point : la référence, explicite ou implicite, à la morale, mentionnée dans divers articles de la Convention comme but légitime de restriction à un droit. Ces restrictions restent toutefois subordonnées à un contrôle des organes de la Convention européenne appelés à apprécier les justifications d'un État à une ingérence dans un droit garanti. A ce propos, la morale est d'autant mieux invoquée par un État qu'elle ne se prête point à une définition et que la notion n'est nullement circonscrite. Arrivés ici, l'on pourrait s'attendre de la part de la Commission et de la Cour à un effort de délimitation de la notion, des conditions dans lesquelles elle peut être soulevée. Or cela ne fut à aucun moment réalisé dans le corps des arrêts et décisions, au contraire, l'état de flou demeurant. Aussi la morale nous est-elle apparue une notion ambiguë, et ce d'un double point de vue (Section I). D'une part en ce que les limites aux prétentions de la majorité d'imposer ses valeurs ne sont nulle part explicitement posées, sans qu'il soit possible de distinguer si la morale doit s'entendre comme une règle transcendante ou comme des principes destinés à réguler les rapports sociaux, si sa protection sous-entend la préservation des droits et intérêts d'autrui de tout préjudice ou la sauvegarde d'un standard moral, d'une atmosphère pudibonde régnant au sein d'une société déterminée. D'autre part en ce que l'analyse des buts légitimes connexes à la protection des principes moraux n'éclaire pas davantage la notion : puisqu'elle échappe à toute définition, l'on serait tenté de saisir ce qui est entendu par protection de la morale au vu des autres impératifs conjointement soulevés. Or la confrontation révèle des relations équivoques entre les buts légitimes de protection : le recours à la morale permettant de faire abstraction du bien-fondé d'une restriction par le recours à l'opinion majoritaire dans une population donnée, sans que la légitimité d'une telle opinion ne soit discutée ou que l'immoralité de la pratique en cause ne soit questionnée : morale se ramènerait donc à l'opinion d'une fraction majoritaire de la population d'un État, d'une province ou d'un canton. Faut-il dès lors passer au crible de l'opinion majoritaire toutes les affaires de moeurs ? Tel pourrait en effet bien être le cas, si dans certaines dossiers particulièrement épineux, l'invocation de la morale ne s'effaçait au profit d'une notion plus vaste et encore plus vague : celle d'intérêt général, qui la reprend sans la nommer.

Une logique de flou et de non-dit est donc à l'oeuvre, approche implicite, et le caractère aléatoire des arrêts sur les affaires de moeurs se voit encore renforcé par la forte relativité concédée aux valeurs morales tant dans le temps que dans l'espace (section II). Le contrôle effectué par les organes européens risquerait dès lors d'être illusoire ; mais cette flexibilité de la morale trouve en dépit de tout une limite dans la volonté proclamée des États de réaliser une union plus étroite et dans l'interprétation évolutive de la Convention censée refléter l'évolution du droit et des moeurs.

L'intensité du contrôle européen (Partie II) se trouve en définitive déterminée par deux variables dans les affaires ici recensées. D'une part, en fonction des droits garantis, dont l'interprétation évolutive permettra d'y inclure nombre de domaines non prévus par le législateur à l'origine : les notions de liberté d'expression et de respect de la vie privée et familiale connaîtront une extension qui permettra de répondre à l'afflux de requêtes. D'autre part, l'étendue du contrôle varie en fonction du degré de publicité des activités en cause : à mesure que l'on s'éloigne de la sphère strictement privée, objet d'une attention particulière contre toute immixtion puritaine, le contrôle se révèle plus prudent, voire évasif, lorsqu'on est en présence d'affaires mettant en jeu par certains aspects ou en totalité, non plus la vie intime de l'individu, mais le versant public de son existence, soit qu'elle mette en cause d'autres personnes, soit qu'elle suppose de la part de l'administration, non plus une simple tolérance, mais la reconnaissance d'activités considérées immorales. On en vient donc à questionner la nécessité de la protection de la morale dans une société démocratique, notamment au regard des dites minorités sexuelles, dont la manifestation n'appelle plus une répression mais, semble-t-il, un encadrement juridique.

Épineux domaine dans lequel le droit semble traverser une phase de transition, mais qu'il convenait d'aborder, à l'heure où l'on parle "d'identité européenne qui ne peut être qu'une identité morale, fondée sur la démocratie et les droits de l'homme⁵ "

⁵ VICTORIA CAMPS : *L'identité européenne une identité morale*, in *l'Europe au soir du siècle: identité et démocratie*, textes réunis par Jacques Lenoble et Nicole Dewandre, éditions Esprit, 1992, p. 99.

PARTIE I : ESSAI DE DÉLIMITATION DE LA NOTION DE MORALE : UNE NOTION AMBIGUË ET RELATIVE

Face à un sujet aussi délicat que celui des mœurs sexuelles, soumis à une évolution rapide mais loin d'être uniforme dans les divers États membres du Conseil de l'Europe, les organes de la Convention font preuve d'une très grande circonspection. Le libellé des articles 8 et 10 de la Convention, habituellement invoqués dans le domaine ayant trait à la morale sexuelle, les y invite puisque les rédacteurs de la Convention ont énuméré les divers buts légitimes autorisant une restriction à un droit garanti. L'inclusion de la morale au rang de ceux-ci conduit à accorder une marge de manoeuvre aux autorités nationales pour apprécier la nécessité de sauvegarder un code éthique. Marge d'autant plus large que le législateur et les juges nationaux sont censés être mieux à même de se prononcer sur les spécificités des conceptions prévalant dans leur société qu'une cour internationale et que la notion de morale se prête mal à une définition uniforme en Europe. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Sunday Times*, l'idée que les États contractants se font de la morale "varie dans le temps et dans l'espace spécialement à notre époque" et "les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences. Il n'en va pas de même pour la notion beaucoup plus objective d'autorité du pouvoir judiciaire. En la matière une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la morale. *A liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu*⁶".

Toutefois, si la connaissance directe qu'ont les autorités nationales de la société les place en principe en meilleure posture que le juge international pour apprécier la

⁶ Arrêt *Sunday Times*, 26 avril 1979, Série n° A 23, §59 ;c'est nous qui soulignons

situation, la marge d'appréciation n'est pas pour autant souveraine et illimitée; elle reste soumise à un contrôle subsidiaire de la Cour. Or, alors même que l'on s'attendrait à une tentative de définition, ou pour le moins de délimitation de la notion, sur laquelle la Cour prendrait appui pour apprécier les restrictions, la morale jouit d'un caractère imprécis et ambigu. Si elle reste confinée dans le vague, dès lors nul doute que la Cour accorde une forte relativité, tant dans le temps que dans l'espace, aux exigences morales invoquées par l'État.

SECTION I : L'AMBIGUÏTÉ DE LA MORALE

La difficulté à établir un critère permettant de délimiter et de constater l'étendue ainsi que la vigueur des conceptions dominantes dans une communauté amène la Cour à témoigner d'une large complaisance envers l'État dans son invocation d'un standard moral. Jamais remis en question dans sa pertinence, l'impératif moral est d'autant mieux invoqué qu'il échappe à toute tentative de définition, à toute entreprise de délimitation de son étendue et des limites à son emprise sur une société donnée. Rarement invoquée seule, la protection de la morale, imprécise dans son contenu, est généralement soulevée conjointement à celle des droits et intérêts d'autrui. Sa seule manifestation, et donc le seul moyen de preuve de la vigueur des conceptions régnant dans une société, peut être recherchée dans l'efficacité des mesures prises par les autorités pour préserver les valeurs affichées. Toutefois le contrôle à ce niveau demeure variable et parfois évasif. Ambiguë par l'interprétation malaisée de sa signification, la morale l'est d'un autre point de vue, dans le rapport particulier qu'elle entretient avec les autres impératifs invoqués. Dans certains arrêts elle évacue les autres buts légitimes soulevés, ce qui permet d'éviter certains sujets délicats; dans d'autres cas au contraire la morale se dissimule derrière l'esprit de notions beaucoup plus vastes, tel l'intérêt général, lors même que l'on est en présence d'un sujet aux fortes implications morales.

§1 : Contenu de la notion de morale

La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme mentionne la protection de la morale comme motif légal de limitation de l'exercice des droits. Reste à savoir quelle est l'exacte portée de cette précision. Une lecture détaillée des arrêts fournit peu de réponses explicites à ce sujet : sans cesse invoquée, mentionnée, répétée dans les arrêts qui nous intéressent ici, la notion de morale déjoue toute tentative visant à la circonscrire. Son contenu pour le moins imprécis trouve un appui à priori plus ferme dans la notion de droits et intérêts d'autrui. Confinée au vague, la morale rendrait difficilement opératoire une possibilité de contrôle par les organes de la Convention. Toutefois un

moyen existe dans la manifestation des valeurs morales dans l'ordre public protégé par les autorités. Mais là encore l'appréciation reste soumise à caution.

1.1 la morale à l'épreuve d'une définition

1.1.1 la protection de la morale : un contenu imprécis

La morale ne semble pas se prêter à une définition uniforme : elle est variable et diffuse, et le juge européen se trouve - ou estime être - bien éloigné des spécificités locales d'un État ou d'une région pour apprécier ses exigences. Aussi lorsqu'un État l'invoque, la Cour se limite-t-elle à y répondre en des termes vagues sans analyser en détail le fondement des valeurs en cause. A sujet imprécis, démarche discutable, l'affaire *Dudgeon* nous en convaincra. L'affaire nous intéresse d'un double point de vue. D'une part en ce qu'elle concerne l'homosexualité, l'attirance de nature érotique, d'un homme vers un autre. A cet égard elle est l'inverse du modèle hétérosexuel et procréateur longtemps érigé en norme, la négation de celui-ci. D'autre part, parce qu'elle est caractéristique de la démarche de la Cour en matière de restriction à un droit, en particulier lorsqu'elle est justifiée par la protection de la morale.

En Irlande du Nord, deux lois, l'une de 1861 et l'autre de 1885 punissent de peines d'emprisonnement les actes d'"indécence grave" accomplis en public ou en privé entre personnes de sexe masculin. Adulte et homosexuel, Jeffrey Dudgeon résidant à Belfast se bat pour l'abrogation de cette loi applicable sur tout le territoire du Royaume-Uni à l'origine, mais progressivement abrogée en 1967 en Angleterre et au Pays de Galles, puis en 1980 en Ecosse, suite aux propositions de la commission ministérielle dirigée par Lord Wolfenden en 1957 recommandant la dépénalisation des actes homosexuels entre majeurs consentants accomplis en privé. Emmené par la police à la suite d'une perquisition sous mandat pour détention de stupéfiants lors de laquelle sont découverts des documents intimes relatant ses expériences homosexuelles, J. Dudgeon est interrogé dans un commissariat de Belfast; par la suite les poursuites sont abandonnées, le Director of public prosecutions jugeant celles-ci inutiles à l'intérêt général.

Dans sa requête déclarée recevable par la Commission européenne des Droits de l'Homme⁷, le requérant se plaint d'une atteinte injustifiée à son droit à la vie privée violant l'article 8 de la Convention, et d'une triple discrimination (art.14) fondée sur le sexe (distinction entre homosexuels et lesbiennes qui ne sont pas poursuivies pour ce genre d'actes), la sexualité (distinction homosexuels-hétérosexuels) et sur la résidence, puisque dans le reste du Royaume-Uni la législation a été abolie. Le Gouvernement

⁷ celle-ci conclut à neuf voix contre une, à une violation de l'article 8 du fait de l'interdiction d'actes entre hommes de plus de 21 ans. Et conclut à l'unanimité moins une voix qu'il ne s'impose pas d'examiner le grief au regard de l'art. 14.

britannique quant à lui soutenait que les mesures étaient nécessaires à la protection de la morale et des droits d'autrui en Irlande du Nord.

Examinant le grief, la Cour a à trancher si la prohibition d'actes consensuels entre deux hommes adultes est nécessaire à la protection de la morale dans une société démocratique. Elle apprécie d'abord la *légalité* de l'interdiction : celle-ci était bien prévue par la loi. Puis sa *légitimité* : elle vise effectivement à protéger les droits d'autrui et la morale : de fait la protection de personnes particulièrement vulnérables se ramène à un aspect de la morale. Enfin la prohibition d'actes homosexuels en privé doit s'apprécier au regard de la *nécessité* d'ériger de tels actes en infraction. Elle précise préalablement que son rôle ne consiste pas à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles entre adultes. Les motifs avancés par le gouvernement sont-ils pertinents ? Sans aucun doute le "climat moral en Irlande du Nord en matière sexuelle" est tel que la réforme législative a soulevé une vigoureuse opposition. Les motifs avancés sont-ils pour autant suffisants, c'est à dire proportionnés au but légitime de protection de la morale dans une *société démocratique*? D'une part l'évolution des conceptions a conduit dans la plupart des sociétés européennes à ne plus ériger en infraction les actes homosexuels entre adultes. D'autre part, les autorités nord-irlandaises elles-mêmes ont évité ces dernières années d'engager des poursuites sans que cela portât atteinte aux valeurs morales dans la province. Enfin les effets dommageables du maintien de la loi sur la vie privée du requérant, prédominant, aux yeux de la Cour, sur l'opposition à l'accomplissement de tels actes . Bref, les motifs pertinents ne sont pas suffisants. Il y a donc violation de l'article 8. Quant à la discrimination fondée sur l'âge, la question ne se pose pas dans l'immédiat, puisqu'il faut laisser soin aux autorités nationales de le fixer, une fois la loi interdisant les actes entre adultes et en privé abrogée. Quant à la discrimination alléguée au titre de la résidence et de la sexualité, la question se trouve en partie englobée par celle tranchée sous l'angle de l'article 8 et ne constitue pas un élément fondamental du litige.

La progression du raisonnement de la Cour est révélatrice à plusieurs égards. Premièrement, elle est propre à sa démarche qui au moyen des divers critères retenus (légalité, légitimité, nécessité dans une société démocratique) recherche si les mesures litigieuses restent à tous les égards à l'intérieur des bornes de ce qui est jugé nécessaire. De fait l'ensemble des affaires ayant trait à des restrictions autorisées par la Convention répondent au même schéma structurel. Toutefois les affaires qui nous intéressent en diffèrent puisque, par la nature du but invoqué, la morale, les États jouissent d'une large marge d'appréciation. Du fait même de la plus grande aptitude reconnue aux autorités nationales pour apprécier les exigences de la morale dans leur société, la Cour voit l'étendue de son contrôle amoindrie. Comme le révèle l'affaire *Dudgeon*, le contrôle ne porte pas sur la pertinence des motifs - puisqu'on a précédemment reconnu les autorités nationales mieux à même de l'évaluer - mais sur la suffisance des mesures, eu égard à

l'évolution enregistrée dans l'ensemble des sociétés européennes en la matière. Tout en reconnaissant le "climat moral" régnant en Irlande du Nord, la Cour pose les "frontières de la répression⁸", les limites à l'interdiction par le droit pénal de comportements relevant de l'intimité de la vie privée. Cela dit, en se référant aux arguments de l'État défendeur dans l'appréciation de la moralité de la population nord irlandaise, la Cour donne à penser que les conceptions d'une majorité de citoyens peuvent fonder une restriction à un droit fondamental. Elle perpétue ainsi l'idée qu'en principe à tout le moins, la protection de la morale d'une communauté peut justifier une ingérence dans l'exercice des droits garantis par la Convention. En définissant la morale au sens de "valeurs morales reçues en Irlande du Nord", la Cour se limite à une analyse purement formelle des motifs avancés par l'État défendeur. Il n'y a donc effectivement pas à poser un jugement de valeur sur la moralité des comportements en cause, et encore moins à analyser sur quels fondements s'assoient les principes de cette population. La Cour n'examinera donc pas le fondement de l'incrimination au regard du droit à l'identité sexuelle⁹, mais va simplement apprécier si le standard moral invoqué est aussi rigide qu'il l'est prétendu. Aussi les convictions d'une majorité, fussent elles rationnellement fondées ou irrationnelles peuvent légitimer une restriction. La Cour n'a pas à apprécier le bien-fondé de ces opinions.

Son rôle se limite à analyser la nécessité d'une telle incrimination dans une société démocratique, au regard des valeurs de la société nord irlandaise. Or, est-on tenté de demander, de quelle communauté s'agit-il pour parvenir à un tel degré de consensus, alors qu'une société s'analyse généralement en termes d'opposition entre des groupes aux intérêts divergents. Par ailleurs, n'y a-t-il pas un vice dans l'argumentation consistant à considérer la loi litigieuse au regard de l'opinion de la majorité, lors même que le droit contribue à façonner les opinions morales des citoyens par le discours qu'il tient ? L'opposition à un démantèlement de l'arsenal répressif à l'égard du comportement homosexuel masculin a soulevé une "vigoureuse opposition" (§57); elle procède de la conviction authentique et sincère partagée par nombre d'esprits réfléchis de la province, à savoir juges de haut rang, conseils de districts, loges orangistes et autres organisations. A cet égard la Cour constate que l'opposition la plus vive provenait des groupes religieux (§25). En revanche le principal soutien à la réforme législative émane bien entendu d'associations d'homosexuels, mais également de services de travailleurs sociaux, ce qui suppose un comportement relativement étendu et pour le moins accepté. La Commission dans son rapport relevait que "si nombreuse et bruyante que soit l'opposition à la réforme,

⁸ SÉVERIN.C.VERSELE : *Les frontières de la répression 2*, Moeurs, drogue, résumé du rapport général. Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 37 p.

⁹ La Cour n'aborde point la délicate et controversée question de l'homosexualité comme tendance acquise ou innée. En dépit des travaux scientifiques et des traitements prodigués, les autorités médicales restent partagées. En revanche, il semble que virer à l'hétérosexualité comporte davantage de conséquences tragiques que probantes : les chances de succès d'un traitement sont relativement minces en l'absence de toute expérience ou réceptivité hétérosexuelle préexistante. cf. JACQUES CORRAZE : *L'homosexualité*, coll. Puf Que sais je, 1992, p.83, D-J WEST *Homosexualité et contrôle social*, in *Comportement et attitudes sexuels, Études relatives à la recherche criminologique* vol. XXI, 1984, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 160.

il est non moins clair qu'une fraction importante de l'opinion lui est favorable ou du moins n'y verrait pas d'objection. Cette fraction englobe non seulement les organisations représentant les intérêts des homosexuels mais aussi les représentants des églises et autres responsables dont les prises de position influent sur l'opinion morale(...). *L'opinion majoritaire dans l'ensemble de la population n'est en fait pas connue*¹⁰ ". La Cour ne juge toutefois pas nécessaire de le relever dans la pertinence des motifs avancés par le gouvernement et se réfère à la vigoureuse opposition que l'on suppose être celle de la majorité de citoyens, reflétée par l'avis d'éminentes personnes. Or, ou bien la société nord irlandaise est particulièrement consensuelle sur ce point aux yeux des juges européens, ou alors le raisonnement est entaché d'un vice. Ainsi que le fait remarquer L.A. Hart, "les théories avancées dans le mise en oeuvre légale de la moralité ne s'appliquent qu'à une société caractérisée par un très haut degré d'homogénéité dans sa vision morale, et où le contenu de cette moralité sociale homogène peut être connu aisément.(...) Aucun de ces auteurs ne discute ou ne semble envisager la possibilité, pourtant réalisable en matière de moralité sexuelle, au moins dans la société contemporaine, selon laquelle la société est moralement une société plurielle, comprenant un nombre de conceptions morales différentes les unes des autres"¹¹ ". Par ailleurs, quand bien même la société nord-irlandaise se caractériserait par un tel degré de consensus, n'y a-t-il pas un paradoxe à examiner la prohibition pénale d'un acte au regard des conceptions d'une majorité de citoyens? Comme l'écrit Olivier de Schutter, on ne peut sans tautologie faire partir le raisonnement de l'élément sur lequel on affirme simultanément sa maîtrise : "il est incontestable que la condamnation de la sodomie par l'Eglise, puis également par la loi civile a contribué à influencer la perception que la population d'Irlande du Nord avait de la pratique homosexuelle: prendre ensuite cette perception comme fondement à partir duquel il pourrait se justifier que la répression pénale se perpétue - ce que la Cour n'exclut nullement in abstracto dans son arrêt *Dudgeon* - cela paraît donc purement tautologique"¹² ".

Si les termes de la Convention imposent de se placer sur le terrain de la morale, notion vaste et contingente, appelant à une appréciation malaisée, cela ne saurait toutefois renvoyer aux États la définition du concept. Ce qui frappe à la lecture de l'arrêt est le vague présidant à l'emploi du terme. Le mot morale dans ses variantes adjectivales et synonymiques revient à 23 reprises en l'espace de dix huit paragraphes (§45-63), sans qu'aucune fois la notion ne soit circonscrite. Les expressions "structures morales"(§46),"protection de la morale au sens de normes morales reçues en Irlande du Nord (§46),"sauvegarder l'éthique ou les valeurs morales d'une communauté dans son

¹⁰ Rapport de la Commission (rapp.) à l'affaire *Dudgeon* : série B n° 40, §112, p. 40. C'est nous qui soulignons. L'exposé des faits dans l'arrêt révèle par ailleurs que selon un sondage de 1978, date du projet de réforme législative révèle que la moitié de la population ne s'y opposait pas (cf §25 *in fine* dans l'exposé des faits)

¹¹ HERBERT L.A. HART : *La moralité du droit*, revue *Droits* n°19, 1994, p.111-112.

¹² OLIVIER DE SCHUTTER : *Homosexualité, Discours, Droit*, in *Revue Internationale d'études juridiques*, 1993,30, p.102.

ensemble (§47), “la conviction authentique et sincère d’esprits réfléchis de la province (§47) ou “climat moral de l’Irlande du Nord en matière sexuelle” étonnent plus qu’elles n’informent. Doit-elle s’entendre au sens d’une loi naturelle transcendante à laquelle toutes les conventions sociales doivent se plier, comme principe d’organisation sociale ou comme ambition de régir les consciences ? Est elle affaire personnelle ou collective, rationnelle ou passionnelle? Bien inspiré serait celui qui donnerait une définition juridique de la morale; toutefois la clarté que l’on est en droit d’attendre d’une décision de justice ne sort nullement grandie de cet état de flou. “Morale sexuelle” n’est prononcé qu’une seule fois, alors qu’il s’agit en l’espèce de cet aspect de la morale. L’utilisation de la notion de “morale” aux côtés de celui de “besoin social impérieux” permet d’entendre celle-là au sens de valeurs sociales destinées à protéger une harmonie épanouissante. Selon S.C. Versele, “si le pénaliste s’aventure à parler de morale il ne peut s’agir que d’une éthique collective, de règles temporelles concrètes destinées à harmoniser les relations à un moment déterminé, au sein d’une collectivité déterminée, en dehors de toute idée de transcendance¹³”. Et c’est bien dans ce sens que vont les recommandations la Commission Wolfenden. La Cour ne précise pas, quant à elle, ce qu’il faut entendre par morale¹⁴. Cela allait peut-être de soi, néanmoins l’affaire portée devant elle traduisait une notion ambiguë de la morale comme règle individuelle, collective ou transcendante. Les juges européens demeurent dans le flou et le vague, mais donnent, en dépit de tout, un élément d’approche plus concret et à priori moins contingent : les droits et intérêts d’autrui qui ont à être protégés.

1.1.2 la protection des droits et libertés d’autrui : une notion extensible

Toutefois, ici encore l’appréciation du dommage potentiel est controversée; d’autant plus que la protection des droits et libertés d’autrui est particulièrement malléable. Selon les circonstances de l’affaire, les droits d’autrui peuvent concerner l’intégrité morale et physique d’une personne, les droits du fœtus¹⁵, le grand public¹⁶, le droit de voir ses opinions religieuses respectées¹⁷, etc.. Toutefois en assimilant la morale aux droits et intérêts d’autrui, la Cour circonscrit implicitement la notion de morale. A ce propos la Cour a posé clairement dans l’arrêt *Dudgeon* qu’ “il apparaît pourtant assez artificiel en l’occurrence d’établir une distinction rigide entre la protection des ‘droits et libertés d’autrui’ et celle de ‘la morale’. La seconde peut comporter la sauvegarde de l’éthique et

¹³ S.C. Versele, les frontières de la répression, op cit. p.13.

¹⁴ à ce propos la Commission est plus explicite : “l’expression “protection de la morale”(…) vise avant tout la protection de la conscience morale de la société et la Convention (art.8 et 9 en particulier) réserve une sphère de moralité strictement privée dans laquelle l’État n’ a pas à intervenir”. rapport série B 40 §108 p.39.

¹⁵ affaire Brüggenmann et Scheuten, cf infra p.

¹⁶ aff. Muller cf infra p.26

¹⁷ req. X c. Royaume Uni (1982) cf infra p.

des valeurs morales d'une communauté dans son ensemble, mais également englober - le gouvernement le relève - la défense des intérêts et du bien être moraux d'une fraction donnée de celle-ci par exemple les écoliers(...). Quand il s'agit des intérêts et du bien-être moraux de personnes ou de catégories de personnes appelant une protection spéciale pour des raisons spéciales telles qu' immaturité, débilité mentale ou état de dépendance, la protection 'des droits et libertés d'autrui' se ramène donc à un aspect de celle de 'la morale'" (§47). De fait, l'ensemble des législations des États membres prévoit des dispositions visant à protéger les droits d'autrui et leur liberté.

La liberté d'autrui est d'abord celle du partenaire dont le consentement ne peut être ni surpris, ni forcé. Il convient de protéger l'homme en ce "qu'il a de plus intime et de plus sacré puisqu'au delà de la liberté elle-même sont en cause la dignité humaine, le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie (ou à ne pas donner la vie)¹⁸". Si ce consentement doit exister, il doit également être valable: notamment celui de personnes particulièrement vulnérables qui jouissent d'une protection accrue. Ainsi, dans l'affaire *X et Y contre Pays Bas* ayant trait à l'impossibilité de faire engager des poursuites contre l'auteur de violences sexuelles sur une mineure de plus de 16 ans, mais incapable de déterminer sa volonté en raison d'un handicap mental, la Cour a déclaré qu'au regard de la vie privée, l'article 8 ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir d'ingérences. "A cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux¹⁹". La Cour a estimé insuffisante la protection du droit civil néerlandais contre les méfaits dont la mineure avait été victime. Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine (§ 27).

Mais les droits d'autrui sont également ceux du public dont la pudeur est respectable et qui peut être attaché à une certaine décence. Il convient donc de protéger la liberté de ceux qui ne désirent ni regarder, ni entendre ce qui est contraire à leurs conceptions morales. Cette protection est particulièrement accrue lorsqu'il s'agit de la jeunesse qui a droit à des garanties spécifiques²⁰ pour la sauvegarde de l'intégrité morale des enfants et adolescents réputés vulnérables. Partant, si la protection des droits d'autrui est assimilée à celle de la morale, le besoin social impérieux de porter une restriction à un droit s'appréciera au regard de l'intensité criminogène de l'activité en cause et du degré de vulnérabilité de celui qui y est exposé. Or c'est précisément l'évaluation de ces deux critères qui s'avérera difficile à réaliser à un niveau supranational comme le montre l'affaire *Handyside*.

¹⁸ JEAN DEVÈZE : *La sexualité en droit pénal contemporain*, in *Droit, histoire et sexualité*, par Jacques Poumarède et Jean Pierre Royer, coll. L'espace juridique, 1987, p.297.

¹⁹ Arrêt *X et Y contre Pays Bas*, du 26 mars 1985, série A n°91, §23.

²⁰ en ce sens en France cf loi du 16 Juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse.

Un éditeur anglais, Richard Handyside, achète le droit de publier au Royaume Uni "Le petit livre rouge à l'usage des écoliers". Conçu comme un ouvrage pédagogique traitant de l'éducation et de l'enseignement, le livre contient une sous partie concernant les questions sexuelles. Étant paru en 1969 au Danemark, puis après traduction, parfois sans modification dans une dizaine d' États européens, la police anglaise saisit les exemplaires qu'elle trouve chez l'éditeur et l'imprimeur en vertu des lois de 1959 et 1964 sur les publications obscènes, au moment où la vente au public doit commencer. Après condamnation pénale, comprenant la destruction des exemplaires saisis, R. Handyside saisit l'Inner London Quarter Session qui, après audition de témoins, décide le 29 octobre 1971 que le livre est obscène en ce qu'il tend, si on l'envisage dans son ensemble, à dépraver et à corrompre une importante fraction de jeunes ayant des chances de le lire. Une édition révisée paraît le 15 novembre 1971, sans donner lieu à des poursuites. Estimant qu'une atteinte était portée à sa liberté d'expression (art. 10) et au respect de ses biens (art 1 du Protocole n°1), le requérant allègue également une discrimination fondée sur ses opinions (art.14) considérant qu'on voulait infliger une sanction exemplaire à un éditeur de publications ouvertement de gauche, il saisit la Commission. Celle-ci s'étant partagée même si une majorité de ses membres conclut à une non violation de la Convention, la Cour saisie à son tour décide par 13 voix contre une qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10, ni d'aucun autre article à l'unanimité.

Posant dans cette affaire les principes méthodologiques qui guideraient son analyse, la Cour déclare "que son contrôle serait illusoire si elle se bornait à examiner ces décisions séparément; elle doit les envisager à la lumière de l'ensemble de l'affaire y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international²¹". Toutefois, une fois ces principes posés, le contrôle du vecteur propre à corrompre et à dégrader va s'avérer restreint. Si elle reconnaît au §52 al. 2 que l'ouvrage contenait pour l'essentiel des informations de pur fait et en général exactes et souvent utiles, "il renfermait surtout à ses yeux dans l'une des parties concernant la sexualité et dans une sous section 'Be Yourself' des phrases ou des paragraphes que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales²²". Outre l'image stéréotypée de l'adolescent conforme en cela avec les lois sur les publications destinées à la jeunesse, l'on remarquera que la Cour reprend le contenu des Inner London Quarter Session sans mettre en doute le caractère incitatif des passages litigieux. "Les magistrats étaient en droit de croire à l'époque, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, que le Schoolbook aurait des répercussions néfastes sur la

²¹ affaire Handyside arrêt du 7 déc. 1976 série A n°24 §50.

²² *ibid*, §52 al.2

moralité de beaucoup d'enfants et d'adolescents qui le liraient"²³. Aussi à un contrôle effectif au niveau européen se substitue une simple surveillance pour apprécier si les mesures prises par l'État restent dans les limites de ce qui est raisonnable eu égard au pouvoir discrétionnaire qui leur est reconnu.

Quant à l'argument du requérant selon lequel l'accusation d'obscénité n'était qu'un prétexte pour museler un petit éditeur aux orientations politiques réprouvées, victime d'une campagne de presse et de pressions de députés conservateurs, la Cour constate simplement que ces initiatives pouvaient fort bien s'expliquer par l'émotion qu'auraient ressenties certains parents en lisant les extraits parus dans la presse. Selon elle, le fait même que les autorités aient laissé circuler "librement l'édition révisée où les passages subversifs se retrouvaient pourtant en entier et parfois même renforcés" s'accorderait mal "avec le thème d'une cabale politique²⁴". Or s'il s'agissait effectivement de prévenir toute dépravation et corruption de la jeunesse, on saisit *a priori* mal comment l'intégrité de la moralité des adolescents se trouverait mieux protégée face à une édition reconnue comme plus subversive que la première. Aux yeux de la Cour, l'absence de poursuites contre l'édition révisée qui amendait dans une assez large mesure l'édition originale sur les points en litige donne plutôt à penser que les autorités ont voulu se limiter au strict nécessaire(§55). La cohérence ne sort pas renforcée de cet état de fait entre une édition dans une large mesure amendée mais où se retrouvent des passages subversifs en entier voire renforcés²⁵.

Enfin une minorité de la Commission et le requérant soulevaient la question de la nécessité d'une telle censure, puisqu'une foule de publications vouées à la pornographie dure, bénéficiaient d'une extrême tolérance de la part des autorités. La population et les jeunes en particulier se trouvaient exposés à un étalage de représentations pornographiques et obscènes dans certaines rues de Londres. La Cour a rejeté l'argument, toutefois la question demeure : la moralité d'une société se mesure-t-elle à l'atmosphère de pudeur régnant dans le lieu public par excellence, la rue ?

1.2 la morale à l'épreuve des faits

Le standard moral invoqué par les autorités nationales se mesure-t-il à l'efficacité des mesures prises par les autorités pour préserver l'ordre et la décence publics? Les arrêts précédemment évoqués reconnaissent le droit aux autorités nationales de prendre

²³ *ibid*

²⁴ §52 al.5

²⁵ une minorité de la Commission relève à cet effet que la seconde édition ne comportait que des amendements mineurs par rapport à la première. Selon M. Ermacora, seuls deux passages subversifs ont été supprimés: l'un sur la pornographie à propos de laquelle il est dit qu'on peut y puiser de bonnes idées, et l'autre sur le conseil donné aux élèves d'ouvrir leur propre boutique si la direction de l'école refuse d'installer des distributeurs de préservatifs.

les mesures qu'elles jugent nécessaires à " la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble²⁶ " dès lors que celles-ci s'avèrent proportionnées au but légitimement poursuivi. On pourrait considérer que constitue un outrage aux mœurs, le fait qui suscite une indignation collective se manifestant publiquement. "L'absence de scandale, l'inertie du public apparaîtront donc comme un critère de licéité de l'image. Mais il faut une réaction collective, un mouvement de protestation ce qui fait négliger les protestations individuelles, sans cependant exiger une majorité quantitative²⁷ ". Toutefois ce critère qui permettrait de mesurer l'emprise des valeurs morales d'une communauté se révèle peu opérationnel aux yeux de la Cour, lorsqu'il s'agit de domaines voisins au cas soulevé.

1.2.1. l'inefficacité des mesures prises par les autorités ne remet pas en cause leur caractère nécessaire

Comme le souligne la minorité de la Commission dans l'affaire Handyside, le terme " la morale" utilisé à l'article 10 §2, fait "référence à la morale publique, au sens de la manifestation publique des valeurs morales de la collectivité. Selon MM. Kellberg, Norgaard et Trechsel, il fallait dès lors "examiner la morale publique qui était en vigueur au Royaume Uni en 1971". La Commission au §154 de son rapport reconnaissait elle-même qu'il fallait " prendre en considération les valeurs morales en vigueur dans le pays en question pour dire si les mesures prises étaient ou non nécessaires à la protection des dites valeurs". Alors que l'on s'attendrait à une évaluation ou du moins une tentative de cerner les valeurs affichées par le biais de leur manifestation publique, la Commission se limite à reprendre l'arrêt des Inner London Quarter Session *in extenso*, pour conclure trois paragraphes plus bas qu'elle s'estime convaincue que les mesures "ont été nécessaires dans une société démocratique à la protection de la moralité des jeunes²⁸ ". Aussi les valeurs morales régnant au Royaume Uni se mesurent-elles exclusivement au regard d'une décision de tribunal, dont le requérant a tenté de montrer les mobiles connexes qui l'animaient, et sans considération pour l'ordre public à connotation morale effectivement protégé par les autorités. Le requérant et les trois membres de la Commission relevaient qu'il existait au Royaume-Uni "tout un étalage *public* de pornographie sous la forme de films obscènes, de sex-shops et de clubs de strip-tease, d'objets et de littérature pornographiques²⁹ "et que les enfants y étaient également exposés. L'absence ou la faiblesse des poursuites révélait, selon eux, que le public n'était pas choqué par ces

²⁶ arrêt Dudgeon, §47.

²⁷ S.C. Versele : *Rapport ...* op. cit. p. 15

²⁸ rapport Handyside, §157.

²⁹ opinion dissidente de MM. Kellberg, Norgaard et Trechsel au rapport Handyside; c'est nous qui soulignons

manifestations obscènes puisque dans un cas contraire la population eut fait pression pour que la police intervint plus efficacement. Aussi concluaient-ils “par rapport à d’autres documentations obscènes, nous pensons que le Petit livre rouge était inoffensif , même compte tenu du fait qu’il s’adressait à des adolescents”. Faisant état de l’opinion dissidente, la Cour estime à ce propos “le gouvernement a rétorqué chiffres à l’appui que ni le Director of public prosecutions, ni la police, en dépit de la faiblesse des effectifs de la brigade spécialisée ne restent inactifs”. Et posant les principes de sa démarche, elle continue “en principe la Cour n’a pas à comparer les diverses décisions prises, même dans des situations de prime abord voisines par les autorités chargées des poursuites et par des tribunaux dont l’indépendance s’impose à elle comme à l’État défendeur³⁰ ”. Quant à la question de savoir si les enfants pâtiraient de cet état de fait, “il ne ressort pas des pièces de dossier , et le Gouvernement l’a relevé, que les publications et spectacles en question s’adressaient à l’égal du *Schoolbook* à des enfants et des adolescents qui y avaient accès”.

Si la Cour estime que les enfants ne pâtissent pas de images racoleuses exposées dans certains lieux publics, le faible degré d’efficacité des poursuites engagées afin de les protéger remet-il en cause le caractère nécessaire des mesures? Seuls 10 % des exemplaires avait été saisis puis détruits par les autorités compétentes; le reste, soit la quasi-totalité des ouvrages de la première édition, avaient atteint le public, y compris les adolescents dont on recherchait la protection. Dans son opinion séparée, le juge Mosler considérant les mesures inefficaces concluait que “l’action litigieuse n’était donc pas nécessaire au sens de l’article 10 §2 par rapport au but poursuivi”. La Cour ne s’est pas prononcée à ce propos; toutefois, tout porte à croire que le faible impact des mesures serait là aussi attribuée au manque d’effectifs de la brigade des mœurs. Par ailleurs le gouvernement britannique avait avancé qu’en l’absence d’une telle condamnation, le requérant aurait refusé de lancer une seconde édition modifiée . Le fait que le *Schoolbook* s’adressât à des enfants âgés de 12 à 18 ans a manifestement semblé pertinent aux juges européens pour accorder un large pouvoir discrétionnaire au gouvernement britannique. Dans d’autres cas dans lesquels son contrôle s’est avéré plus détaillé, la Cour en est au contraire venu à conclure que le faible degré d’efficacité des mesures prises assorti de l’absence de poursuites engagées remettait en cause le caractère nécessaire des actions litigieuses. Elle établit ainsi une distinction entre l’inefficacité de mesures engagées et la tolérance d’une activité par les autorités, distinction qui ne peut reposer que sur le comportement raisonnable et de bonne foi de l’État.

³⁰ arr. Handyside op cit. §56

1.2.2 : la tolérance de fait adoptée par les autorités remet en cause le caractère nécessaire des mesures.

Si la nécessité de protéger la morale ne se justifie pas forcément au degré d'efficacité des mesures prises, en revanche, la tolérance de fait adoptée par les autorités amène la Cour à s'interroger sur la nécessité de continuer à ériger certaines activités en infraction. L'affaire *Dudgeon* est révélatrice à cet égard. "En Irlande du Nord même, les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis, de leur plein gré et en privé, par des hommes de plus de 21 ans, capables d'y consentir(...). Rien dans le dossier ne prouve que cela ait porté atteinte aux valeurs morales en Irlande du Nord, ni que l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi". Aussi les juges européens en concluent-ils qu' "on ne saurait dès lors parler d'un besoin social impérieux d'ériger de tels actes en infraction, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables ou par des répercussions sur la collectivité³¹". A domaine analogue, contrôle plus étendu : c'est bien le critère de tolérance sociale qui prévaut ici pour apprécier l'emprise de la morale sur la société nord irlandaise.

Dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, la Cour a été encore plus explicite à ce propos. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si l'injonction prise par la Cour suprême irlandaise interdisant à des organismes de planning familial de fournir aux femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger se justifiait au regard de l'article 10 de la Convention, l'interruption volontaire de grossesse étant interdite en Irlande. Posant les principes de sa démarche, le Cour déclare : "quand des limitations visent des renseignements relatifs à des activités que, nonobstant leurs implications morales, des autorités nationales ont toléré et continuent à tolérer, les organes de la Convention doivent en contrôler de près la compatibilité avec les principes d'une société démocratique³²". Et appliquant les principes au cas d'espèce : étant donné que jusqu'en 1988 la fourniture d'informations était permise, et qu'il est possible de se procurer des renseignements sur les possibilités d'IVG à l'étranger "auprès d'autres sources en Irlande, par exemple dans des revues, des annuaires téléphoniques(...) ou par des personnes ayant des contacts en Grande-Bretagne(...), les informations que l'injonction chercherait à interdire figuraient déjà ailleurs, encore que selon des modalités non contrôlées par un personnel qualifié et protégeant donc moins bien la santé de la femme". De surcroît, "l'ordonnance semble (...)s'être révélée fort peu efficace pour la sauvegarde du droit à la vie des enfants à naître : elle n'a pas empêché nombre d'irlandaises d'aller encore se faire avorter en Grande Bretagne³³". Aussi ici où le contrôle redevient entier, l'État pour pouvoir se prévaloir d'un besoin social impérieux, doit

³¹ arr. *Dudgeon* op cit. § 60 al. 3.

³² Arr. *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, du 29 oct.1992, série A n° 246, §72.

³³ idem §76.

s'entourer de toutes les garanties nécessaires afin que, dans le cadre de ses compétences de maintien de l'ordre public, le code moral soit effectivement préservé. Non seulement la tolérance d'une activité amenuisée d'autant le caractère nécessaire des mesures restrictives destinées à la protection de la morale, mais le faible degré d'efficacité des actions litigieuses peut participer de la remise en question de la suffisance des mesures. Révélatrice à cet égard, l'affaire *Open Door*, l'est à un autre, dans la mesure où l'impératif moral, par son caractère flou et son imprécision, va servir à masquer d'autres buts légitimes invoqués, permettant d'éviter ainsi de délicates questions.

§2 : la protection de la morale et les buts légitimes connexes : des relations équivoques

La proclamation des droits fondamentaux est généralement accompagnée de la reconnaissance que certaines limitations peuvent être légitimement apportées à leur exercice. Les libertés consacrées aux articles 8 à 11 de la Convention de sauvegarde de Droits des l'Homme et des Libertés fondamentales peuvent faire l'objet de restrictions à la condition que celles-ci soient prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires à la protection de l'intérêt général ou parfois des intérêts d'autrui, à partir d'une énumération des buts légitimes qui peuvent être invoqués.

De fait, la protection de la morale n'est jamais avancée seule dans les motifs présentés par les États pour justifier une restriction. Il a été vu précédemment que la Cour englobait la notion de droits d'autrui dans celle de la morale; toutefois il est des cas dans lesquels les deux notions bien qu'étroitement liées en viennent à être dissociées, la seconde venant occulter la première. D'imprécise et floue, la notion de morale en vient, dans d'autres cas, à s'effacer du contenu même de l'arrêt alors que des mobiles moraux animent, en partie au moins, la décision de la Cour.

2.1 la délicate distinction entre protection de la morale, de l'ordre public et des droits d'autrui

Si la protection de la morale est associée à d'autres buts légitimes, la Cour reste souveraine pour apprécier au regard de quel impératif l'affaire doit être tranchée. Fidèle à sa position consistant à ne se prononcer généralement que sur les éléments essentiels de l'affaire, quitte à laisser en suspens des questions subsidiaires qui font l'objet de controverses, la Cour n'hésite pas à trancher une affaire en écartant certains motifs invoqués. Dans d'autres cas, la protection de la morale invoquée par le gouvernement ne fait plus l'objet d'une mise en balance de l'étendue de la liberté individuelle face aux valeurs collectives, lorsqu'il est manifeste que la morale invoquée n'est plus pertinente.

2.1.1 : la prohibition de l'avortement : la protection de la morale et le droit à la vie du foetus en jeu

Dans l'affaire *Open Door*, le gouvernement irlandais fondait l'interdiction prononcée à l'égard d'organismes de planning familial de fournir des renseignements sur les possibilités d'IVG à l'étranger sur trois motifs : la prévention du crime, la protection de la morale et celle des droits d'autrui à savoir ceux de l'enfant à naître. La Cour a écarté le premier - l'activité interdite n'étant pas une infraction pénale en Irlande du Nord - et laissé en suspens la troisième, parce que la seconde lui a semblé suffire. "La Cour ne saurait admettre que les restrictions incriminées tendaient à la prévention du crime(...). En revanche, la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître repose, à l'évidence, sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie; elles se sont traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais qui, au référendum de 1983 a voté contre l'avortement. La restriction poursuivait donc le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect. Vu cette conclusion, il n'y a pas lieu de rechercher si le pronom 'autrui', tel que l'emploie l'article 10 §2, englobe l'enfant à naître³⁴". Dès lors qu'elle estime n'avoir point à décider si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie reconnu à l'article 2 vaut également pour le fœtus (§66 al. 1), son rôle se limitera à contrôler si les mesures sont proportionnées au but légitime poursuivi. Une nouvelle fois, la Cour va se garder de rechercher si l'interdiction prononcée est fondée - à savoir si l'enfant doit être considéré comme une vie au sens de l'article 2 dont l'existence restreindrait le choix de la mère³⁵ - mais va s'appuyer sur l'opinion d'une majorité de citoyens qui se sont prononcés lors d'un référendum.

On comprend la prudence de la Cour qui n'a jamais eu à se prononcer sur la question de savoir si le fœtus devait être considéré comme une personne. La Commission au contraire a été à plusieurs reprises invitée à le faire³⁶, mais s'est abstenue de donner une réponse générale, en se tenant toujours au cas d'espèce. Dans sa décision du 13 mai 1980³⁷ elle fut appelée à se prononcer de façon claire sur le droit du fœtus à la vie dans le cadre de législations relatives à l'avortement. L'épouse du requérant avait eu recours à une IVG au cours de la dixième semaine, pour protéger sa santé. Le mari soutenait que le consentement du futur père devait être un préalable à tout

³⁴ arr. *Open Door* op. cit. §63.

³⁵ F. RIGAUX, note à cet égard que le moyen de défense du gouvernement aurait été plus solide s'il avait invoqué l'art. 2 non comme un élément de la clause d'exception de l'art. 10 §. 2, mais comme un droit fondamental propre entrant en conflit avec la non moins fondamentale liberté d'expression. cf FRANÇOIS RIGAUX *La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993 p.348

³⁶ req. 867/60 X c. Norvège, décision sur l'irrecevabilité du 29/5/1961, aff. Brüggemann et Scheuten : req. 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977.

³⁷ dec.13/5/1980, aff. X c. Royaume Uni, req. n° 8416/79, DR vol. 19 p.244-264.

avortement. La Commission décida “qu’elle n’est pas dans ces conditions appelée à décider si l’art. 2 ne concerne pas du tout le fœtus ou si au contraire il lui reconnaît un droit à la vie assorti de limitations implicites. Elle estime que l’autorisation d’interrompre la grossesse, donnée par les autorités britanniques et incriminée en l’espèce est compatible avec l’article 2 §1, première phrase, parce que si l’on admet que cette disposition s’applique à la phase initiale de la grossesse, l’avortement se trouve couvert par une limitation implicite du droit à la vie du fœtus, pour à ce stade, protéger la vie et la santé de la femme³⁸”. La Commission s’est donc limitée à déclarer que l’avortement thérapeutique dans les premiers mois n’est pas prohibé par la Convention. On ne saurait en déduire que les organes européens se sont de façon implicite prononcés sur le sens du mot personne en déniait ou en reconnaissant cette qualité à l’enfant à naître. Dans l’affaire *Open Door* la Cour européenne en se prononçant au regard de la morale, au sens de l’opinion majoritaire en Irlande sur la question, a ainsi pu esquiver une question brûlante. Au contraire lorsqu’on se trouve dans un domaine soumis à de moindres controverses, le but légitime de protection de la morale va s’avérer inopérant, au point que le terme “morale” n’apparaîtra plus du tout cité dans l’arrêt, une fois invoqué par le gouvernement.

2.1.2 la discrimination à l’égard des familles naturelles : les motifs de protection de la morale et de l’ordre public écartés

Dans l’affaire *Marckx c. Belgique*, les requérantes se plaignaient de dispositions du code civil belge discriminatoires à l’égard de la famille naturelle. Conformément à l’esprit du code napoléonien qui condamne tout ce qui est susceptible de porter atteinte à la famille légitime³⁹, le droit belge imposait à la mère célibataire, Paula Marckx en l’occurrence, la reconnaissance de son enfant pour l’établissement des liens de filiation, alors que celle de l’enfant légitime est établie du seul fait de la naissance. L’enfant naturel, reconnu ou adopté par sa mère demeure en principe étranger à la famille de celle-ci et voit ses droits en matière de successions *ab intestat* et de libéralités réduits comparé à ceux de l’enfant légitime. Seule la légitimation par adoption assimilent pleinement l’enfant naturel à un enfant légitime; elle présuppose le mariage de la mère. Saisissant la Commission, Paula Marckx, et sa fille Alexandra soutiennent que les dispositions en cause enfreignent le droit au respect de la vie familiale et comportent une discrimination prohibée par l’art.14 de la Convention entre enfants naturels et enfants légitimes, de même qu’entre mères célibataires et mères mariées. Enfin les requérantes allèguent que l’art.1 du Protocole n°1 est violé par le fait que la mère non mariée ne peut librement disposer de ses biens en faveur de son enfant.

³⁸ idem, DR 19 p. 262

³⁹ cf. JEAN DANET : *Discours juridique et perversions sexuelles (XIX-XX^e siècle)*, Centre de recherche politique - famille et politique, vol. 6, 1977, p. 34.

Selon le gouvernement belge, cette législation avait pour but de favoriser la famille traditionnelle et son plein épanouissement, se fondant en cela sur des motifs objectifs et raisonnables, touchant à la protection de la morale et de l'ordre public. Il s'agissait de protéger la paix des familles légitimes qui pouvait être troublée si l'enfant naturel entrait juridiquement dans la famille de sa mère à l'égal d'un enfant issu d'une union matrimoniale. Or curieusement ici, la redondance du terme "morale" disparaît au profit de son effacement complet de l'arrêt. Si "la Cour reconnaît qu'il est en soi légitime voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle(...) encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser(...)la famille naturelle⁴⁰". Constatant une évolution dans l'ensemble des États membres vers la consécration du lien d'automaticité présidant à l'établissement de la filiation entre une mère et son enfant, et relevant par ailleurs que le gouvernement reconnaît lui même que "les juristes et l'opinion publique sont de plus en plus convaincus qu'il y a lieu de mettre fin à la discrimination à l'égard des enfants naturels⁴¹ ", la Cour conclut sur ce point à une violation de l'art 14 de la Convention combiné avec l'article 8, sur le chef des deux requérantes, de par le mode d'établissement de la filiation.

Aussi dans l'affaire *Marckx*, le motif moral invoqué disparaît-il de l'argumentation, puisque le gouvernement l'avoue lui même, l'opinion est de plus en plus sensible à ce traitement différencié. La morale ne saurait reposer que sur un large consensus. Dès lors qu'elle ne trouve plus appui sur les avis largement convergents de la population et sur l'opinion éclairée des juristes, l'on ne saurait parler d'un besoin social impérieux de maintenir une telle discrimination. On ne saurait trouver illustration plus claire de la relation d'identité entre valeurs sociales et valeurs morales telles qu'appréhendées par la Cour. En dépit de cela, si la morale peut venir occulter d'autres impératifs légitimes, ou si celle-ci en vient à être abandonnée parce que mal appropriée au cas soumis à la Cour, la lecture des arrêts se révèle plus surprenante lorsque, plus invoquée, la morale disparaît du contenu des arrêts lors même que l'on se trouve face à un sujet soulevant de profondes questions éthiques liées à la définition du sexe.

2.2 : la morale évacuée par la notion d'intérêt général:

2.2.1. les implications morales du syndrome transsexuel

⁴⁰ arr. Marckx du 13 juin 1979, série A n° 214 C, § 40

⁴¹ idem, §41 *in fine*.

Face à un problème juridique et moral aussi sensible que le transsexualisme, la notion de morale désormais plus invoquée, va disparaître des arrêts et se dissimuler derrière de vastes notions telles que l'intérêt général. Le transsexualisme est, si l'on s'en tient à la définition de S. Rodotà⁴² "un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui l'entraîne à demander que son corps soit corrigé 'en conséquence'". Se pose alors la question de la définition du sexe, qu'il soit masculin ou féminin. L'évolution de la science a mis en lumière que celui-ci a plusieurs modes de détermination : le sexe somatique (sexe morphologique, organes génitaux externes), le sexe gonadique (glandes sexuelles, hormones), le sexe chromosomique et le sexe psychologique ou psychosocial qui relève du genre auquel s'identifie le transsexuel. Or, si la médecine a tenté de relever le défi de mettre en concordance ce dernier avec les trois autres, le sexe chromosomique demeure pour l'heure hors d'atteinte. Dès lors on pourra considérer que l'opération chirurgicale et le traitement hormonal subis ne peuvent s'analyser en un véritable changement de sexe, puisque bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, le transsexuel n'a pas pour autant acquis tous ceux du sexe opposé. Peut-on, doit-on autoriser le changement de sexe à l'état civil, pour une personne médicalement reconnue comme transsexuelle et ayant subi le traitement adéquat ? Les solutions divergeaient jusqu'à une date récente entre les diverses juridictions françaises, et au niveau européen certains États ont choisi de régler la question par voie législative, d'autres préférant laisser le soin au juge de trancher, compte tenu de l'évolution non achevée des données médicales. Dans les deux cas subsiste la crainte de voir une banalisation des opérations de conversion sexuelle, d'autant plus dangereuses qu'elle sont irréversibles et d'une récupération des possibilités médicales par certains milieux (prostitution en particulier).

Toutefois comme le notait judicieusement Lucien Linossier⁴³ il serait faux de penser que le dommage se limiterait "au réel social alors que l'imaginaire collectif serait aussi perturbé par la déceptivité des apparences sexuelles(...). Dans la vie sociale tout conflit relatif à la maîtrise de la sexualité recouvre des phénomènes de pouvoir dans les rapports de l'individu et du groupe et donc en l'occurrence entre rôles masculins et féminins". Si la conversion sexuelle soulève des problèmes relatifs à l'état des personnes, réputé indisponible, immuable et imprescriptible, elle éveille surtout des réticences considérables lorsqu'il s'agit de considérer les droits à la famille et au mariage, institutions traditionnellement reliées à la capacité à procréer et à forte connotation symbolique voire sacrée.

⁴² Stefano RODOTA, *Rapport sur le transsexualisme* présenté à l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe le 16/8/1989. Doc 6100, Recueil des documents de l'Assemblée parlementaire, 1989.

⁴³ Lucien LINOSSIER : *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique*, rec. Dalloz, 1989, chronique, p.139-148, p.145.

2.2.2 les transsexuels devant la Cour : une logique du non-dit :

Dans la première affaire de transsexualisme portée devant la Cour, l'affaire *Van Oosterwijck*⁴⁴(1980) , à propos de laquelle la Commission relevait à l'unanimité une violation de l'article 8 du fait du refus des autorités belges de modifier l'état civil de la requérante, la Cour va écarter la question de fond par le biais de la cause d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours interne⁴⁵ . Six ans plus tard, la seconde requête d'un transsexuel déposée contre le Royaume-Uni dont ni la loi ni la jurisprudence n'admettent le changement d'état civil, aboutit devant la Cour. A sa naissance Mark Rees présente tous les caractères physiques d'un enfant de sexe féminin mais adopte un comportement ambigu dès son enfance. Après une opération de conversion sexuelle , il obtient un nouveau prénom qui figure sur tous ses documents officiels, passeport en particulier mais sur lequel on refuse d'y apposer le préfixe M. . Sa demande de rectification du registre des naissances est également rejetée. Dans son rapport la Commission concluait à nouveau à une méconnaissance du droit au respect de la vie privée : dans la mesure où un extrait d'acte de naissance est exigé pour un certain nombre de formalités, telles qu'une inscription universitaire une souscription d'assurance, etc..., le requérant subit les "conséquences irritantes" du décalage entre son apparence et son sexe inscrit sur le registre des naissances.

Constatant d'emblée que la notion de respect de la vie privée peut comporter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée, la Cour décide que le droit traversant une phase de transition à propos des réponses à fournir au transsexualisme, les États contractants jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation⁴⁶. Elle rejette l'argument de la Commission selon lequel la situation ambiguë dans laquelle est placé le requérant du fait du refus des autorités britanniques de modifier le registre des naissances ne répond à aucun motif d'intérêt public, et va apprécier la situation du transsexuel au regard de l'équilibre à trouver entre les intérêts de l'individu et l'intérêt général. Elle appréhende les difficultés administratives qu'entraînerait la refonte du système d'enregistrement civil pour un respect effectif de la vie privée de M. Rees, ainsi que les "obligations supplémentaires" que cela supposerait pour le reste de la population. Dès lors, le grief du requérant pouvait s'interpréter de façon plus restrictive

⁴⁴ Affaire Dominique Van Oosterwijck arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 40

⁴⁵ la Cour reproche notamment à la requérante de n'avoir pas formé de pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour de Bruxelles, alors que le gouvernement belge ne démontre pas en quoi le recours en cassation aurait pu s'avérer efficace, la règle de l'art. 26 supposant que les voies de recours internes ne doivent être non seulement accessibles mais également adéquates, élément de preuve qui incombe à l'Etat défendeur. cf opinion dissidente des juges Evrigenis, Liesch, Gölcüklü, et Matscher .

⁴⁶ arr. Mark Rees contre Royaume Uni, du 17/10/86, série A n° 106, §37.

comme tendant à ce qu'une retouche au système en vigueur revête la forme d'une annotation au registre des naissances, comme cela se fait pour les cas d'adoption et de légitimation ultérieure. La Cour rejette toutefois qu'une telle voie soit ouverte au requérant. D'une part parce que la mention complémentaire constatait des faits juridiques (...) et l'annotation revendiquée en l'espèce établirait seulement, elle, que l'individu appartient à l'autre sexe⁴⁷ ". De surcroît note la Cour, "l'annotation ne reposerait pas sur l'acquisition de tous les caractères biologiques de cet autre sexe" et "ne pourrait à elle seule constituer une garantie effective de l'intégrité de la vie privée du requérant car elle révélerait qu'il a changé d'identité sexuelle (§42)". L'argumentation pour cohérente qu'elle soit, conduit à conférer "un statut incomplet ou mixte qui revien(t) à créer un troisième sexe, nécessairement discriminatoire⁴⁸". L'annotation en question eut permis d'alléger les difficultés du requérant, à défaut de protéger pleinement sa vie privée et, à l'égard de l'intérêt général, elle aurait présenté l'avantage de mieux refléter la situation réelle⁴⁹ . Mais le refus opposé par le Cour à la demande du requérant est surtout cohérente au regard du grief soulevé sur la base de l'article 12.

Concernant le droit au mariage du requérant la Commission exprima à l'unanimité l'opinion qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 12, mais pour deux raisons diamétralement opposées : pour cinq de ses membres, le requérant n'était pas habilité à se marier avec une femme du simple fait que, jusqu'à présent, le Royaume Uni avait refusé de le considérer comme un homme. Pour l'autre moitié des membres de la Commission, l'article 12 incluait, du fait de sa finalité sociale, l'aptitude physique à procréer. La Cour se range à cette dernière opinion : puisque elle refuse de prendre en considération les conséquences juridiques de la conversion sexuelle et assimile davantage le requérant à une apparence d'homme qu'à un homme véritable⁵⁰ ,il ne pourrait se prévaloir de l'article 12. Ce dernier vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent et "le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage comme fondement de la famille"(§ 49). Les transsexuels sont abandonnés à leur sort, puisqu' "il faut pour l'instant laisser à l'Etat le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels", et en guise de consolation à l'égard de ces derniers, "la Cour n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur (§47)". A aucun moment le mot morale n'est prononcé, et le syndrome transsexuel, question aux implications morales délicates, en vient à devenir une questions purement juridique et technique.

⁴⁷ comme le note Renée KOERING JOULIN, "c'est là oublier toutes les conséquences juridiques de première importance découlant pour un individu de sa transformations sexuelle", RENÉE KOERING JOULIN *Les affaires de mœurs devant la Cour*, in *Raisonner la raison d'Etat*, sous la direction de Mireille Delmas Marty, coll. Puf, 1989, p.142.

⁴⁸ Lucien Linossier : le transsexualisme esquisse...op. cit p.

⁴⁹ en ce sens cf. opinion dissidente des juges Bindschedler-Robert, Russo, et Gersing § 5 a,

⁵⁰ arr. Rees, §42 " ne reposerait pas sur l'acquisition de tous les caractères de cet autre sexe", .

Postérieurement, la Commission conforme à sa position favorable à la cause du transsexualisme, tentera de faire passer une nouvelle requête d'une transsexuelle britannique, non plus sur le terrain de l'article 8, aucune nouvelle donnée n'étant venu modifier l'état de la question, mais sur le terrain de l'article 12. L'affaire *Cossey contre Royaume Uni* ⁵¹ se distinguerait de l'affaire *Rees* en ce que la requérante avait un partenaire masculin souhaitant l'épouser. Considérant qu'il ne convenait pas de s'écarter de l'arrêt *Rees*, la Cour reprend son argumentation de 1986 et déclare notamment à propos de l'article 12 que "l'impossibilité pour la requérante d'épouser une femme ne découle d'aucun obstacle légal et l'on ne saurait estimer à cet égard que le droit de se marier a subi une atteinte imputable aux dispositions du droit interne (§45)". Il convient toutefois de s'interroger sur ce qui heurterait davantage l'ordre public et les bonnes moeurs, un mariage entre deux personnes d'apparence différente quoique de sexes biologiques identiques, ou celui de deux personnes d'apparence identique quoique de sexe biologique distinct. L'approche de la question du transsexualisme de fortement morale en vient donc à être une question purement technique, au point de devenir amoral .

Enfin, il faudra attendre l'affaire *B. contre France* ⁵² pour qu'un État soit condamné pour n'avoir pas voulu reconnaître les conséquences juridiques d'une conversion sexuelle. Pour justifier la condamnation de la France face à un transsexuel qui revendiquait un sexe féminin, alors qu'elle a absout le Royaume Uni dans les affaires *Rees* et *Cossey*, la Cour compare avec soin le système britannique et le système français. Dans ce dernier, les intéressés ne peuvent obtenir en l'état de la jurisprudence rigide de la Cour de Cassation et des textes en vigueur, ni la rectification du sexe porté sur leur état civil, dont les actes sont largement utilisés, ni le changement de prénom, surtout s'il est choisi dans le genre opposé ni, enfin, la modification des mentions qui révèlent le sexe (n° d'INSEE en particulier). Aussi les juges européens estiment-ils que "les inconvénients dont la requérante se plaint dans le domaine atteignent un degré de gravité suffisant pour entrer en ligne de compte aux fins de l'article 8.(...). Même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu⁵³". Toutefois la Cour ne s'est pas prononcée, comme B. le demandait, sur "la réalité du sexe psychosocial des transsexuels". La réponse demeure ambiguë : " toute incertitude n'a pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme (...) les situations juridiques qui en résultent se révèlent en outre très complexes : questions de nature anatomique, biologique, psychologique et *morale* liées à

⁵¹ aff. *Cossey contre R-U*, req. 10843/84, rapport de la Commission adopté le 9 mai 1989, arrêt du 27 sept. 1990, série A n° 184.

⁵² aff. *B. c. France*, req. n°13343/87, rapport de la Commission du 6/9/1990, arrêt du 25 mars 1992, série A 232 C.

⁵³ arr. *B.c. France* § 62 et 63.

la transsexualité et à sa définition⁵⁴ », parmi lesquelles les incidences d'ordre familial (droit de se marier, sort d'un mariage existant, filiation) viennent en dernier. La Cour ne juge dès lors pas nécessaire de se départir des conclusions de ses arrêts *Rees* et *Cossey*, et ne se prononce pas sur les effets juridiques du sexe psychosocial, en particulier quant à la question de savoir si les transsexuels dont l'état civil a été modifié peuvent prétendre au mariage, question de loin la plus controversée.

Les lourdes implications morales de la question du transsexualisme en viennent donc à être passées sous silence dans les trois premières affaires. Il est fait mention de l'intérêt général, notion beaucoup plus vaste que celle de morale, qui l'englobe sans toutefois la mentionner. Fonder le refus de changement d'état civil sur les conceptions morales de la majorité eut certainement été indécent face à la complexité de la question et compte tenu du profond désarroi frappant les personnes victimes du syndrome. De fortement connotée, la morale en vient à être occultée derrière de vastes notions. Le silence à son égard n'en est pas moins révélateur d'une logique de non-dit⁵⁵.

* * *

Le but légitime de protection des valeurs morales apparaît donc éminemment malléable. Indéfinie et nullement circonscrite, la morale est appréciée par l'Etat défendeur au regard de l'opinion de citoyens que l'on estime être majoritaire. De fait, la protection de la morale ne se conçoit que comme la préservation de valeurs sociales. Aussi, la Cour reconnaît-elle le droit aux États de préserver un ordre public dans lequel prévaut une dimension morale. On ne saurait toutefois le ramener à l'Ordre moral qui, eu égard aux précédents historiques français des lendemains de 1814, 1870 et 1940, a supposé non tant le règne de la morale que "la prétention propre à un pouvoir 'intégriste' qui s'érigeait lui-même en Église, de substituer un corpus complet de Codes et un système étroit de surveillance, aux consciences des citoyens considérées *a priori* comme défailtantes⁵⁶". Néanmoins, la différence entre l'ordre public à forte connotation morale et l'Ordre moral est ténue, et la démarche de la Cour ne fournit guère de réponse explicite quant à l'étendue des pouvoirs des autorités à ce propos. Indéterminée, la morale, dont les fondements ne sont jamais mis en doute, permet d'évacuer de périlleuses questions, lorsqu'elle n'en vient pas à être cachée, occultée par des notions plus vastes. Ce caractère insaisissable et fuyant de la morale va être encore plus renforcé, lorsque la Cour va lui reconnaître un caractère éminemment variable, tant dans le temps que dans l'espace.

⁵⁴ arr. B c. France, § 48, c'est nous qui soulignons.

⁵⁵ à cet égard, cf Renée Koering Joulin, *Les affaires de mœurs devant la Cour*, op. cit.p. 136-144. Voir aussi MICHELLE GOBERT : *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, JCP, 1990, I, 3475 § 15-16

⁵⁶ A. GÉRARD SLAMA : *Le nouvel ordre juridique moral*, Revue Droits, n°19, avril 1994, p.38

SECTION II : LA RELATIVITÉ DE LA MORALE

Comme la Cour a été amenée à le déclarer à plusieurs reprises, mais de façon la plus explicite dans l'affaire *Handyside* : "le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux(...). On ne peut dégager du droit interne des divers États membres une notion européenne uniforme de 'la morale'. L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la nécessité d'une 'restriction' ou 'sanction' destinée à y répondre(...). Il n'appartient pas moins aux autorités nationales de juger au premier chef du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de nécessité⁵⁷". Elle semblait toutefois juger opportun d'ajouter au paragraphe suivant : "l'article 10 § 2 n'attribue pas pour autant un pouvoir d'appréciation illimité(...) La marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen".

La particularité du système européen de protection des droits de l'homme réside dans son caractère évolutif, affirmé par le préambule de la Convention qui rappelle que "le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres et (...) l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁸". Aussi le relativisme présidant à l'approche des organes européens de la notion de morale, trouve l'une de ses limites au regard des valeurs communes affichées par les États et dans la convergence des droits nationaux.

§1. La variabilité dans le temps et dans l'espace concédée aux conceptions morales:

Si le comportement sexuel est largement déterminé par des facteurs culturels, il est clair qu'il s'agit d'un domaine dans lequel se fait largement ressentir le poids des traditions et de la religion. Vaste espace où se côtoient les trois religions monothéistes, le Conseil de l'Europe réunit dans ses zones septentrionales des pays de tradition

⁵⁷ arr. *Handyside*, déjà cité, §48

⁵⁸ Préambule de la Convention européenne al.4

protestante, avec l'Irlande et la Belgique de tradition catholique, tout comme la péninsule ibérique et l'Italie, alors que la Grèce relève de la mouvance de l'Eglise d'Orient. En outre le Conseil compte parmi ses membres des pays à population musulmane. A cela s'ajoute des pays qui font de longue date place à la pensée humaniste et laïque. Le principe de séparation de l'Eglise et de l'État, ainsi que les flux réciproques rendus possibles par les moyens de communication contemporains conduisent à amenuiser le poids des interdits religieux dans le façonnement des opinions⁵⁹. Toutefois l'évolution des conceptions - ou leur dégradation au gré de chacun - se réalise à des rythmes divers, dont il faut tenir compte dans l'évolution des normes juridiques.

1.1 Variables dans le temps :

Dans le domaine de la morale sexuelle, soumis à une évolution complexe des conceptions dans chaque société, les organes européens témoignent d'une grande réserve, lorsque les changements en cours ne semblent pas avoir touché la grande majorité des États. L'exemple américain peut à certains égards étayer cette prudence : l'avortement considéré depuis l'arrêt de la Cour suprême américaine *Roe v. Wade* de 1973, comme un droit individuel de la femme de choisir jusqu'à la viabilité du fœtus, est aujourd'hui battu en brèche par un mouvement "pro life" visant à l'interdire. Montaigne n'écrivait-il pas en 1570 qu' "il est force bien souvent que les formes méprisées reviennent en crédit et celles la mêmes tombent en mépris tantôt après; et qu'un même jugement prenne en l'espace de quinze ou vingt ans, deux ou trois fois, non diverses seulement, mais contraires opinions, d'une légèreté et d'une inconstance incroyable"⁶⁰ ?

1.1.1. La reconnaissance de l'évolution de la société et des moeurs :

A l'immobilité de la logique traditionnelle, illustrée par la rigidité des codes, s'oppose l'instabilité des moeurs et de la vie, aboutissant parfois à des révisions controversées. Ainsi dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour constate que "l'on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois (lois de 1861 et 1885) et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui". De même dans l'arrêt *Marckx*, la Cour va constater que l'évolution des moeurs depuis le siècle dernier a bouleversé l'économie du droit dans les diverses législations nationales. A propos des traitements discriminatoires à l'égard des familles naturelles, la Commission relève que

⁵⁹ à ce propos voir : JEAN LOUIS FLANDRIN : *Un temps pour embrasser : aux origines de la morale sexuelle occidentale*, éd. Seuil 1983. A propos de la pudibonderie bourgeoise du XIX^e, JEAN PAUL ARON-ROGER KEMPF : *Le pénis et la démoralisation de l'Occident*, ed. Grasset 1978,

⁶⁰ MONTAIGNE *Essais*, tome I, ch XLIX : des coutumes anciennes, p.432 ed. Le livre de poche, 1970.

“cette discrimination reflète des idées qui prévalaient au siècle dernier⁶¹. La Cour quant à elle, plus mesurée dans son assertion précise que “distinguer en ce domaine entre familles naturelles et familles légitimes passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l’époque ou fut rédigée la Convention du 4 novembre 1950” .

Dans un domaine aussi sensible que le transsexualisme sujet à une évolution rapide au cours des vingt dernières années, la Cour notait dans les arrêts *Rees* et *Cossey* “la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant, eu égard notamment à l’évolution de la science et de la société” (§47 arr *Rees*). Puis dans l’affaire *B. contre France* (§48) “la Cour estime indéniable que les mentalités ont évolué, que la science a progressé et que l’on attache une importance croissante au problème du transsexualisme”, mais ne juge pas cette évolution arrivée à terme pour avoir à opérer un revirement de jurisprudence et restreindre la marge d’appréciation concédée aux États.

De même, dans l’arrêt *Muller et autres* la Cour constate une évolution des mentalités mais ne considère pas celle-ci suffisante pour tolérer une exposition de toiles obscènes. En 1981, lors d’une manifestation d’art contemporain étaient notamment exposées trois toiles préparées sur place par le peintre suisse Joseph Félix Muller. Peu après l’ouverture de l’exposition, le juge d’instruction compétent fit enlever et confisquer ces toiles qui lui paraissent tomber sous le coup de l’article 204 du Code Pénal suisse relatif aux articles obscènes. Condamnés à une amende pénale assortie d’une confiscation des toiles afin qu’elles soient confiées à un musée de Fribourg, les organisateurs de l’exposition ainsi que le peintre, après épuisement des voies de recours internes, saisirent la Commission pour violation de leur liberté d’expression. Celle-ci conclût à l’unanimité à l’absence de violation de l’article 10 quant à la condamnation à une amende pénale, mais à l’existence d’une infraction à propos de la confiscation des toiles (7 voix contre 3). Concernant la condamnation à une amende, la Cour rejette la thèse des requérants selon laquelle l’article du Code Pénal use de termes trop vagues. Elle rappelle que nombre de lois “en raison de la nécessité d’éviter une rigidité excessive et de s’adapter aux changements de situations se servent par la force des choses de formules plus ou moins vagues” (§29). La condamnation tendait à protéger la morale publique. Était-elle proportionnée au but légitime poursuivi? A ce propos “la Cour reconnaît - comme d’ailleurs lesdites juridictions - que les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années” mais “ne trouve pas pour autant déraisonnable que les juges compétents les aient tenus pour “de nature à blesser brutalement”, par l’accent mis sur la sexualité sous les formes les plus crues, “la décence sexuelle de personnes douées d’une sensibilité normale”(§36). Garant de la normalité s’érigeant en censeur des bonnes moeurs, le juge européen considère que la condamnation pénale n’avait pas enfreint l’article 10 quand bien même l’exposition ne suscita aucun mouvement général de

⁶¹ rapport de la Commission à l’affaire *Marckx*, §101

protestation en dehors de celle d'un père et de sa fille visiteurs de l'exposition. Toutefois, c'est lorsque la Cour va se prononcer sur la nécessité de confisquer les toiles que l'arrêt trouve ses limites du fait même de la particularité des condamnations pénales dans la temps.

1.1.2 : la particularité des condamnations morales dans le temps en matière de liberté d'expression

Outre le fait que les codes nationaux se réfèrent en des termes assez vagues aux notions d'obscénité, une sanction infligée au nom de la morale perd son caractère absolu en matière de liberté d'expression du fait même du caractère évolutif des opinions : la nature aléatoire de toute définition des bonnes mœurs conduit à relativiser la condamnation morale dans le temps⁶². Dans son rapport à l'affaire *Müller*, la Commission concluait que la confiscation se révélait disproportionnée au but légitime poursuivi : une simple interdiction d'exposer les toiles à l'avenir, l'imposition d'une obligation d'autorisation préalable ou encore la fixation d'un âge limite pour pénétrer sur les lieux de l'exposition auraient constitué des mesures suffisantes pour la protection de la morale. Alors que l'affaire était pendante devant la Cour, le tribunal qui avait prononcé la confiscation saisi par le peintre, précise que celle-ci "n'était pas illimitée mais seulement indéterminée dans le temps ce qui laissait place à une demande de réexamen". Aussi la Cour en conclut-elle que si le tribunal avait accueilli la requête du peintre, c'était pour le motif que "la mesure de sûreté avait joué son rôle : prévenir que de telles toiles fussent encore exposées au public sans précaution aucune" (§43 al.3). Dès lors "les juridictions suisses étaient en droit d'estimer nécessaire à la protection de la morale de confisquer les toiles litigieuses". Une simple amende assortie des mesures proposées par la Commission n'aurait-elle pas suffi ? On ne résiste pas à l'opinion dissidente du juge Spielmann, qui citant les poursuites engagées contre Flaubert en 1857 pour *Madame Bovary* et la même année contre Baudelaire pour *Les Fleurs du Mal*, déclare: "les États contractants devraient mieux se rendre compte de la notion de *relativité* des valeurs en matière d'expression d'idées" (§10 a). Et critiquant l'arrêt de la Cour : "peut-on sérieusement soutenir que ce qui était "nécessaire" en 1982 ne l'est plus en 1988 ou que ce qui n'est sûrement plus "nécessaire" en 1988 l'a été en 1982 ?" (§10 c 2). A nouveau le contrôle restreint de la Cour aboutit à des incohérences ou alors à reconnaître qu'en

⁶² en ce sens, cf loi du 25 septembre 1946 en France, qui permet que vingt ans après une condamnation d'écrivain pour outrage aux bonnes mœurs, la société des Gens de Lettres puisse demander sa révision à la Cour de cassation : c'est ainsi que celle-ci a annulé, en 1949, la condamnation des *Fleurs du Mal* de Baudelaire. Cf SERGE REGOURD : *Sexualité et libertés publiques*, in *Histoire, droit et sexualité*, op. cit., pp 309-335, p.330

l'espace de six ans les sentiments de pudeur des citoyens du canton de Fribourg se sont considérablement assouplis⁶³ .

Dans une autre affaire, n'ayant plus trait à l'obscénité mais à la divulgation de renseignements, en l'occurrence l'affaire *Open Door*, la Cour se déclare "frappée" par le caractère absolu de la décision de la Cour suprême irlandaise: "elle interdit de façon "définitive" de communiquer à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger, sans tenir compte de l'âge et de l'état de santé des intéressées, ni de leur raison de solliciter des conseils sur l'interruption de grossesse⁶⁴ ". Il s'agissait en l'occurrence d'une condamnation illimitée sans égards pour les circonstances particulières qui pouvaient pousser une femme à désirer avorter (mineure violée par exemple).

Cette variable diachronique, suppose la reconnaissance d'une évolution différenciée en fonction des traditions culturelles de chaque province et des valeurs en principe partagées par une majorité de citoyens. A la variabilité temporelle de la morale correspond donc la relativité dans l'espace des conceptions morales.

1.2 Variables dans l'espace :

Les conceptions morales peuvent varier d'un État à l'autre, mais également au sein même d'un État. Ainsi dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour relève : "le gouvernement signale ce qu'il qualifie de profondes différences d'attitude et d'opinion publique entre l'Irlande du Nord et la Grande Bretagne quant aux questions de moralité. La population nord irlandaise serait plus conservatrice et insisterait davantage sur les facteurs religieux, comme le montre la plus grande rigueur de ses lois même en matière de rapports hétérosexuels. Le requérant estime très exagérée cette version des faits, mais la Cour reconnaît que de telles différences existent jusqu'à un certain point et constituent un élément pertinent (...). Si dans d'autres parties du Royaume Uni et d'autres États membres du Conseil de l'Europe, des mesures semblables (poursuites pénales sur le chef d'actes homosexuels) ne passent pas pour nécessaires, il ne résulte pas qu'elles ne puissent l'être en Irlande du Nord (...). *Dans un État où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux*⁶⁵ ". Les particularités culturelles ou sociales d'un pays ou d'une région peuvent donc justifier une restriction à un droit.

⁶³ la question de la confiscation d'une oeuvre s'était déjà posée en Suisse dans l'affaire *Fahrner* . Après vingt ans , le juge compétent autorisa la restitution de la toile, considérant qu'un changement des attitudes s'était manifesté entre-temps. Toutefois, ici, peut on raisonnablement considérer que les opinions aient à ce point changé? cf STEFAN TRECHSEL :*La résistance des États, la Suisse , in Raisonner la raison d'Etat*, op. cit. p.397.

⁶⁴ arr. *Open Door*, déjà cité, §73.

⁶⁵ arr. *Dudgeon*, déjà cité, §56, c'est nous qui soulignons.

1.2.1 à l'intérieur d'un même État

Bien que dans l'affaire *Dudgeon*, la question de la discrimination résultant de la diversité des législations en vigueur au Royaume Uni ait été écartée par la Cour la considérant englobée par le grief soulevé sur le terrain de l'article 8, le juge Matscher dans son opinion dissidente a toutefois jugé nécessaire de préciser : "la diversité des législations internes propres à un État fédéral ne peut jamais constituer en soi une discrimination, et il n'est pas nécessaire de la justifier. Prétendre le contraire serait méconnaître totalement l'exercice du fédéralisme⁶⁶". En fait, que l'on soit en présence d'un État décentralisé où coexistent diverses législations plus ou moins répressives selon les provinces, ou dans un État dans lequel règne sur le territoire la même législation mais dont les termes d'"obscénité" sont interprétés de façon différenciée, dans les deux cas la marge nationale concédée aboutit à reconnaître la légitimité des mesures. On en arrive ainsi à une conception microcosmique des valeurs, parfaitement en accord par ailleurs avec les législations des États membres.

Si dans le cadre d'un État décentralisé l'existence d'autorités locales investies d'un pouvoir normateur peut conduire à la coexistence de diverses législations au sein d'un même État, on pourrait toutefois s'interroger sur la nécessité d'ériger certaines activités en infraction en certains endroits seulement. A ce propos la Cour a été très claire dans l'affaire *Handyside*. En réponse au requérant et à la minorité de la Commission qui s'étonnaient que le Petit livre rouge n'ait donné lieu à aucune poursuite en Irlande du Nord, dans l'île du Man et les îles anglo-normandes, "la Cour rappelle que les lois de 1959 et 1964, aux termes de leur article 5 §3 ne s'appliquent ni à l'Ecosse, ni à l'Irlande du Nord" (§54). Par ailleurs elle signale que la Convention n'astreint en aucun cas les divers organes d'un État à imposer des 'restrictions' ou des 'sanctions' dans le domaine de la liberté d'expression; elle ne les empêche point de ne pas se prévaloir des ressources qu'elle leur ménage. Et de conclure qu'elle n'a "pas à s'interroger sur les raisons de leur abstention⁶⁷". Le juge Mosler dans son opinion dissidente s'étonnera toutefois de la diversité des comportements adoptés selon les régions et souligne que "si la Convention n'oblige pas les États contractants à légiférer de manière uniforme pour l'ensemble du territoire relevant de leur juridiction(...) elle ne les astreint pas moins à faire en sorte que le niveau de protection garanti par elle soit maintenu sur toute l'étendue du territoire". Une telle opinion ne résiste néanmoins pas à la position des organes européens, qui jugent que même en présence d'une législation uniforme sur toute l'étendue d'un territoire, il y a lieu à différences de détail eu égard aux particularités de chaque région.

⁶⁶ opinion dissidente du juge Matscher à l'aff. *Dudgeon*, arr. ronéotypé p. 26.

⁶⁷ arr. *Handyside*, déjà cité, §54.

La question se pose de façon plus aiguë lorsqu'il s'agit d'une même législation étendue à l'ensemble de l'État mais que les poursuites résultent d'une interprétation différenciée des termes prévus par la loi, tels que "caractère obscène", ou "de nature à corrompre". Mais là encore les valeurs sont si changeantes que "si un certain nombre de cantons ont choisi de laisser le requérant exposer des oeuvres semblables, il n'en résulte pas que le choix contraire des autorités judiciaires de Fribourg ait enfreint l'art. 10"⁶⁸. "La Commission est d'avis qu'en tenant compte de critères tels que la composition de la population du point de vue sociologique, religieux ou culturel, certains objets acceptés ailleurs pourront être jugés obscènes à certains endroits et à certains moments"(§85)⁶⁹. Aussi les prérogatives accordées au maire en droit français pour interdire la projection d'un film sur le territoire de sa commune s'il l'estime préjudiciable à l'ordre public ne se heurteraient probablement pas à la Convention en l'état actuel de la jurisprudence⁷⁰.

De rares voix se sont levées contre une telle flexibilité des valeurs, comme par exemple le juge Spielmann dans son opinion dissidente à l'affaire *Muller* : "si à la rigueur on peut être d'avis que les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis des exigences de l'art. 10, toujours est il que dans une *Europe d'États* il n'est pas acceptable qu'un État concerné laisse à des cantons ou à des communes la décision d'une telle appréciation". "Si tel devait être le cas il est évident qu'il sera impossible pour le juge international de trouver une violation quelconque de l'article 10. L'alinéa 2 jouerait toujours⁷¹". Nul doute que si une telle souplesse aux valeurs a été reconnue par les organes de la Convention au sein d'un même État, la notion de morale varie considérablement d'un État à l'autre et ne constitue pas un argument pertinent à l'encontre du caractère nécessaire d'une mesure.

⁶⁸ rapport de la Commission à l'affaire Muller, §84.

⁶⁹ cf aussi aff.X et association. allemande de Z c. RFA, req. n° 1167/61 dec. du 16 déc.1963, Annuaire 6, pp.205 à 221. la société de publication requérante estimait exagérée l'opinion du Ministère public bavarois qui jugeait une revue "manifestement de nature à corrompre la jeunesse. Il avait été semble-t-il seul à la considérer comme telle vu qu'aucune objection similaire n'avait été soulevée dans un autre État allemand. La Commission (p.221) déclare à ce propos : "il est toutefois inévitable que l'appréciation par les autorités des termes "de nature à corrompre(...)varie selon les normes et les conditions propres aux différentes parties du territoire fédéral; (...) une telle différence d'appréciation peut fort bien aboutir à une différence dans l'application des dispositions de la loi par les autorités, mais qu'elle n'en constitue pas pour autant une discrimination dans cette application au sens de l'article 14".

⁷⁰ cf RENÉE KOERING JOULIN - PATRICK WACHSMANN : *La résistance des États : La France*, in *Raisonner la raison d'État* op. cit.: pp. 194-195. cf arr. CE, Sect. 18 déc. 1959 Société "Les films Lutetia" et syndicat français des producteurs et exportateurs de films", in *Les grands arrêts de la jurisprudence - droit administratif*, JEAN FRANÇOIS LACHAUME, ed. Puf, 1989,p. 172-178.

⁷¹ comp. "Pourriez vous apprécier - à l'aide de quels éléments - et autrement que par réaction subjective, quelle influence pernicieuse le film en question pouvait avoir sur les habitants du Mans, de Lisieux, d'Avranches, ou de Cherbourg, compte tenu de leurs moeurs, de leurs traditions ou de leurs sentiments et alors que leurs maires invoquent leur vertu ? Pourriez vous faire autre chose que d'affirmer sans pouvoir véritablement le justifier, que le film litigieux "a présenté" ou "n'a pas présenté un caractère d'immoralité tel qu'il justifiait légalement ... l'interdiction...? Conclusions d'un commissaire du gouvernement cité in C. POVEDA- JP ROYER : "*Du juge sentinelle au veau aux hormones*", in *Histoire, Droit, Sexualité* op.cit. p.267.

1.2.2 Variables d'un État à l'autre

Le fait que l'édition originale danoise du petit livre rouge ait circulé librement dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe ne saurait remettre en cause la "nécessité" des mesures en Grande Bretagne. "Ici encore la marge nationale d'appréciation et le caractère facultatif des restrictions empêchent la Cour d'accueillir l'argument. Les États contractants ont fixé chacun leur attitude à la lumière des situations existant dans leurs territoires respectifs; ils ont eu égard notamment aux diverses manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique. Si la plupart d'entre eux ont résolu de laisser diffuser l'ouvrage, il n'en résulte pas que le choix contraire des Inner London Quarter Session ait enfreint l'article 10⁷²". On en arrive ainsi à la situation paradoxale d'une communauté d'États se réclamant des mêmes valeurs, mais qui accordent un degré de protection inégal. Dans la requête de *B. contre Royaume Uni* en 1990, le requérant de nationalité chypriote avait été l'objet d'un arrêté d'expulsion des autorités britanniques. Menant une relation homosexuelle stable depuis plusieurs années avec un anglais, il se plaignait de se voir reconduit vers Chypre où les actes homosexuels étaient alors érigés en infraction pénale et où il serait exposé à des poursuites pénales. La Commission a toutefois estimé que si le requérant pouvait effectivement faire l'objet de poursuites pour ses tendances sexuelles, rien n'indiquait que le risque fut important. Et précisant que bien que le requérant puisse être en butte à l'hostilité et à l'ostracisme social à cause de son homosexualité, les considérations de la vie privée ne primaient pas sur les considérations valables concernant la mise en oeuvre des contrôles de l'immigration⁷³.

A autoriser chaque État à fixer les restrictions au regard des conceptions morales de sa population, la référence à des idéaux communs aux États en viendrait à être ébranlée, et la Convention d'un bien faible recours. Toutefois, rien dans la formulation des paragraphes 2 des articles 8 et 10 de la Convention n'aboutit à accorder un pouvoir d'appréciation absolu à l'État, sous peine de rendre totalement inopérant le contrôle de la Cour. Relativité ne signifie pas pyrrhonisme : la flexibilité accordée à la morale trouve une première limite dans la référence à des valeurs communes et dans la "communauté de vues" existant sur certains sujets entre les États membres du Conseil de l'Europe.

⁷² arr. Handyside, § 57.

⁷³ décision sur la req. 16106/90, B c. Royaume Uni, du 10/02/90, DR 71, p. 289. Le requérant se plaignait d'une atteinte au respect sa vie privée et familiale (art. 8), de par la relation qu'il entretenait avec son conjoint de même sexe. Il alléguait une discrimination (art. 14) par rapport aux couples hétérosexuels auxquels la législation britannique offrait une protection préférentielle. La Commission a décidé que la différence de traitement entre le requérant et une personne placée dans la même situation, mais dont le partenaire aurait été du sexe opposé avait une justification objective et raisonnable, et qu'une relation homosexuelle ou lesbienne même durable ne pouvait s'assimiler à une vie familiale.

§2 : les limites à la relativité de l'impératif moral : la référence à des valeurs communes et l'évolution convergente des droits nationaux:

L'Europe est née au confluent des grands courants de pensée qui l'ont traversé depuis le droit romain. En dépit des particularités historiques de chaque nation, l'affirmation d'un "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques" dans le Préambule de la Convention peut s'entendre comme le point de départ d'un but à atteindre qui est de réaliser une union plus étroite entre les pays membres du Conseil par le biais de la sauvegarde des droits de l'homme et de leur développement. Le rôle de la Cour pourrait dès lors s'entendre en termes d'objet à atteindre : le Préambule ne parle-t-il pas de développement des droits en plus de leur garantie ? Un tel choix s'apprécie alors au vu d'une lecture de la Convention en fonction de l'évolution des moeurs et des mutations dans le droit interne de l'ensemble des États membres.

2.1 : la référence aux législations internes des États membres

Selon une formule de la Cour qui a fait fortune, son but consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (arrêt Airey). D'où l'idée que les droits énoncés n'engendrent pas seulement des obligations d'abstention mais appellent parfois des mesures positives de la part des autorités. Par ailleurs la Cour considère la Convention comme un instrument vivant que l'on doit interpréter à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés démocratiques. Aussi les organes européens sont-ils appelés à trancher des problèmes de société parfois délicats compte-tenu des traditions juridiques nationales, des conceptions morales propres à un État. Toutefois lorsque les juges européens jugent une évolution arrivée à terme dans un certain nombre d'États contractants, qu'il existe une "communauté de vues" sur un sujet, ils s'autorisent à effectuer un contrôle approfondi des obligations incombant à l'Etat défendeur, en dépit de la marge nationale d'appréciation en principe concédée.

2.1.1 La convergence des droits nationaux :

Ainsi dans l'affaire *Dudgeon*, "dans la grande majorité des États membres du Conseil on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles mêmes une répression pénale; *la législation interne y a subi sur ce point une évolution que la Cour ne peut négliger* ⁷⁴". La Cour s'autorise donc à condamner l'ingérence dans la vie privée du requérant résultant d'une législation prohibant les actes homosexuels. La décriminalisation progressive des relations homosexuelles entre adultes consentants dans

⁷⁴ arr. *Dudgeon*, déjà cité, §68, c'est nous qui soulignons.

les différents États est ici considérée comme arrivée à terme; seul un nombre restreint d'entre eux maintenait la prohibition pénale d'actes consensuels entre deux adultes de même sexe⁷⁵. De même dans l'arrêt *Marckx* la Cour signale que "la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui. En l'espèce elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la *grande majorité* des États membres a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents vers la consécration juridique intégrale de l'adage "mater semper certa est". Et quand bien même les textes internationaux relatifs au statut juridique des enfants nés hors mariage⁷⁶ n'ont été ratifiés que par une minorité d'États, "on ne saurait invoquer cet état de chose à l'encontre de l'évolution constatée plus haut. Les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des États contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants "naturels" et enfants "légitimes" sur le point considéré. En réalité l'existence de ces deux traités dénote en la matière une *communauté de vues certaine* entre les sociétés modernes⁷⁷". Aussi à ce sujet la Cour s'autorise à dégager une doctrine européenne majoritaire et réduit d'autant la marge d'appréciation qu'il lui semble exister un certains consensus. On constatera toutefois le vague des formules employées (une large majorité d'États, communauté de vues...) dans la comparaison des diverses législations. François Rigaux faisait remarquer à cet égard que l'analyse de droit comparé à laquelle s'était livrée la Cour était des plus sommaires⁷⁸. Toutefois les conventions internationales sont retenues à titre d'indice de l'évolution du droit interne, pour dénoter l'existence pas tant d'un consensus à ce propos que d'une communauté de vues. Or celle-ci va s'apprécier de façon plus délicate lorsqu'il s'agit, comme dans le cas du transsexualisme, d'un domaine où les solutions arrêtées par les divers États ne sont pas uniformes.

2.1.2 : La délicate appréciation de la communauté de vues:

Qu'entend la Cour par "communauté de vues" ? une majorité statistique d'États offrant les mêmes solutions juridiques, une majorité qualitative de ceux offrant le standard

⁷⁵ par ailleurs depuis la fin des années 70 se manifeste la volonté de mettre fin à la criminalisation des actes homosexuels à un niveau européen; le 8 juillet 1981, le rapport Voogd est déposé devant l'Assemblée parlementaire, qui invite à mettre fin aux discriminations dont pâtissent les homosexuels. (Doc. 4755).

⁷⁶ la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage du 15 oct. 1975, et celle de Bruxelles du 12 sept. 1962.

⁷⁷ arr. *Marckx*, § 41 ; c'est nous qui soulignons.

⁷⁸ FRANÇOIS RIGAUX : *La loi condamnée*, Journal des Tribunaux 1979, pp. 514-524 : §62 : "la condamnation prononcée en Belgique est d'autant plus regrettable qu'elle est fondée sur une comparaison superficielle des droits en présence" (p.522). La France et l'Italie citées dans l'arrêt modernisèrent leur législation sans pour autant adhérer à l'adage "mater semper certa est". Selon l'auteur l'interprétation maximaliste ainsi faite risquait de décourager les États n'ayant pas ratifié la Convention à cette date.

de protection le plus élevé ? Ou la confirmation par des textes internationaux d'un objectif de protection à atteindre ? La formule est vague à souhait.

Dans l'arrêt *Rees* en 1986, il est affirmé que "par leur législation, leur jurisprudence, ou leur pratique administrative, plusieurs États donnent aux transsexuels la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise. Les autres États n'offrent pas - *ou pas encore* - pareille faculté. On peut donc dire pour le moment qu'il n'y a guère communauté de vues en la matière et que dans l'ensemble le droit paraît traverser une phase de transition⁷⁹". On comprend la prudence de la Cour face aux obligations positives qui incomberaient aux États, lors même qu'un certain nombre d'entre eux n'ont pas jugé nécessaire de rechercher les solutions appropriées au transsexualisme. Néanmoins en septembre 1989 une résolution émanant du Parlement européen et une recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe visant à encourager l'harmonie des lois et des pratiques à propos du transsexualisme, avaient été adoptées. Pourrait-on dès lors parler d'une communauté de vues en la matière dans l'arrêt *Cossey* de 1990 ? Elles manifestent une prise de conscience de la nécessité de trouver des solutions juridiques appropriées, face à la diversité des réponses données au niveau national. On aurait pu penser qu'elles témoignaient d'une volonté commune de prendre en charge la nouvelle identité des transsexuels. "Une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres" mais la Cour relève le "peu de convergence⁸⁰" des solutions adoptées. Aussi ne saurait-on affirmer à présent "qu'il échet de s'écarter de la décision alors rendue (...) si l'on veut garantir que l'interprétation de l'art. 8 sur le point litigieux continue à cadrer avec les conditions actuelles⁸¹" : les États continuent donc à jouir d'une large marge d'appréciation.

Conclusion qui n'est pas allée sans susciter d'amères critiques : "depuis 1986 il y a eu dans le droit de beaucoup d'États membres non pas une certaine évolution mais une évolution certaine. Aussi sommes nous d'avis que si dans le cas *Rees* une "grande marge d'appréciation des États pouvait à la rigueur être acceptée, il en est autrement à l'heure actuelle⁸²". A l'époque, outre la résolution et la recommandation sus mentionnées, treize États prévoyaient la reconnaissance des transsexuels opérés, que ce soit par voie législative ou jurisprudentielle. Cela révélait aux yeux du juge Martens une "augmentation marquée de l'acceptation de la transsexualité par le public⁸³". Et si la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle s'effectue selon des modalités diverses, "il y a place ici pour une marge d'appréciation et pas de différences de détail. Mais cela ne justifie pas la conclusion qu'il n'y a toujours pas de communauté de vues. Le point essentiel est qu'aujourd'hui dans un nombre considérable d'États membres, une reconnaissance

⁷⁹ arr *Rees* § 37, c'est nous qui soulignons

⁸⁰ arr *Cossey* §40

⁸¹ arr. *Cossey* § 42

⁸² opinion partiellement dissidente des juges Mac Donald et Spielmann à l'arr. *Cossey*, §2 al. 3

⁸³ opinion dissidente du juge Martens à l'arr. *Cossey*, § 5.5

juridique est d'une manière ou d'une autre possible (...)" "Les raisons avancées par la Cour pour expliquer son refus d'accepter la pertinence de l'évolution de la société se fondent sur une distorsion de l'état réel des choses(...)"⁸⁴.

L'opiniâtreté de la majorité des juges à ne pas reconnaître l'évolution de la société et du droit vers une prise en charge de la question transsexuelle, se retrouve encore dans l'affaire *B. c. France*, dans laquelle pourtant la Cour accède à la demande d'un transsexuel. "Elle note cependant , à la lumière des études et travaux des experts en la matière, que toute incertitude n'a pas disparu et que l'on s'interroge parfois sur la licéité d'une intervention⁸⁵". Après examen des divers problèmes juridiques que pose le transsexualisme, l'expression communauté de vues n'est plus prononcé, mais son synonyme : "à ces divers égards il ne règne pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un *consensus* assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celle de ses arrêts *Rees* et *Cossey*". Le glissement sémantique est surprenant dans la mesure où l'on chercherait en vain un *consensus* au niveau international à partir des législations internes, notamment en matière de mœurs. L'existence d'un dénominateur commun, en dépit de la diversité des solutions adoptées (voie législative, jurisprudentielle ou administrative) ne semble pas avoir invité la majorité des juges européens à se départir de leur prudence habituelle. Face à un phénomène que l'on n'est pas encore parvenu à cerner totalement, la marge d'appréciation concédée demeure importante.

2.2 La lecture de la Convention comme un instrument vivant dont l'interprétation reflète l'évolution du droit et des mœurs

A plusieurs reprises la Cour a insisté sur la nécessité d'une lecture autonome des dispositions de la Convention; toutefois celle-ci, à tout le moins dans le domaine qui nous intéresse, est inséparable de l'interprétation évolutive des concepts parfois vagues de la Convention au regard de l'évolution enregistrée dans divers États membres. "L'interprétation ne devrait point tant être qualifiée d'"autonome" que de "commune": renvoi serait fait tout simplement à un fonds commun de principes , théories et qualifications juridiques⁸⁶"; l'affirmation du caractère autonome des termes de la Convention servant à déjouer une interprétation nationale restrictive qui ferait échec à l'application d'une clause de la Convention . Si le maintien des libertés fondamentale repose essentiellement sur "une conception commune et un commun respect des droits

⁸⁴ *ibid*, § 5.6.3

⁸⁵ arr. B c. France §48

⁸⁶ FRANÇOIS OST : *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme* , in *Raisonner la raison d'État*, op cit, pp. 405-463, p 448.

de l'homme⁸⁷ ” et si la Convention a pour but d'assurer la sauvegarde mais également le développement de ceux-ci, on pourrait penser que la Cour est invitée à développer des normes communes y compris ou surtout dans des domaines sensibles. “La mise au point de telles normes pourrait bien se révéler être la la meilleure façon si ce n'est la seule, d'atteindre le but déclaré de la Cour : garantir que la Convention reste un instrument dont l'interprétation reflète l'évolution de la société et soit conforme aux conditions actuelles⁸⁸ ”.

2.2.1 L'interprétation évolutive des dispositions de la Convention

Interprétation autonome d'une part, évolutive de l'autre, la Cour est amenée à définir d'une façon singulière les dispositions de la Convention eu égard à la volonté commune affichée d'arriver à une union plus étroite entre les États. Ainsi si le législateur belge ne voit pas dans les rapports entre une mère célibataire et sa fille une vie familiale dont la protection doit être garantie, la Cour quant à elle considère dans l'arrêt *Marckx* qu'“en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille. La Cour marque son plein accord avec la jurisprudence constante de la Commission sur ce point ; l'article 8 ne distingue pas entre famille naturelle et famille légitime. Pareille distinction se heurterait aux mots “toute personne”; l'article 14 le confirme en prohibant dans la jouissance des droits et libertés consacrés dans la Convention les discriminations fondées sur la naissance. Et pour étayer sa démonstration, la Cour insiste sur le fait que “le Comité des ministres du Conseil de l'Europe voit dans la mère seule et son enfant une famille parmi les autres (res. (70)15 du 15/5/1970)⁸⁹”. Aussi en arrive-t-on à la situation paradoxale à première vue, qu'une violation non reconnue quelques années plus tôt, en vient à être sanctionnée lorsqu'on opine qu'il existe une évolution enregistrée dans l'ensemble des États : “Le 22 décembre 1967 encore, la Commission rejetait en vertu de l'article 27 §2 (...)une requête(n°2575/67) attaquant elle aussi” les dispositions du code civil belge restreignant la capacité de recevoir des enfants naturels; “le problème ne paraît pas avoir resurgi devant elle jusqu'en 1974⁹⁰ ” date du dépôt de la requête de Paula Marckx et de sa fille⁹¹ . Si entre temps une majorité d'États a manifesté la volonté de consacrer la pleine égalité juridique entre enfants naturels et légitimes, on pourra donc en conclure que le droit interne des États s'est sur ce point

⁸⁷ Préambule al. 5

⁸⁸ opinion dissidente du juge Martens, aff Cossey § 3.6.3

⁸⁹ arr. Marckx § 31

⁹⁰

⁹¹ arr. Marckx : §58. A propos de la positions de la Commission à l'égard des homosexuels avant l'arr. Dudgeon, voir notamment MICHEL VINCINEAU : *Les homosexuels devant la Commission européenne des droits de l'homme*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, fév. 1979, p. 88-106.

modifié, et que la situation des enfants naturels doit être reconsidérée à la lumière de cette mutation.

Cette appréciation des mutations survenues et d'un objectif commun recherché par l'ensemble des États se trouve exprimée de façon plus explicite encore dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*⁹². Les requérantes installées au Royaume Uni se plaignaient d'une discrimination sexuelle contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8: les règles de 1980 relatives à l'immigration en Grande Bretagne permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume Uni qu'à une femme dans la même situation, d'obtenir pour son conjoint non national l'autorisation d'entrer et de rester dans le pays à demeure. Si les règles de 1980 avaient pour but de protéger le marché national du travail, cela ne suffisait pas à prouver la légitimité de la distinction établie par la législation britannique. En particulier "On peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important dans les États membres du Conseil. Partant seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatibles avec la Convention une distinction fondée sur le sexe". Après avoir examiné les statistiques produites, la Cour, tout comme la Commission, n'a pas été persuadée que la différence pouvant exister à cet égard sur le marché du travail entre les hommes et les femmes revêtait assez d'ampleur pour justifier la restriction.

2.2.2 les limites à la lecture vivante de la Convention : le recours aux travaux préparatoires.

La référence aux objectifs communs des États membres, et la lecture vivante de la Convention supposent une interprétation en référence à un standard européen. Elle peut conduire à obliger l'Etat à garantir une protection effective des droits de l'individu comparable à celle existant dans d'autres États membres. L'on notera toutefois que la condamnation de l'Etat belge dans l'affaire *Marckx* se fondait sur un exercice de droit comparé et sur la constatation que l'opinion était favorable à un abandon des mesures discriminatoires. Nul doute qu'en présence d'un fort consensus populaire sur certaines questions, la situation isolée d'un pays ne sera pas sanctionnée, *a fortiori* s'il est question d'un droit qui a délibérément été écarté lors de la rédaction de la Convention.

Comme elle l'a exprimé lors d'une affaire relative à des restrictions au droit au remariage⁹³ la Cour " rappelle (...)sa jurisprudence selon laquelle la Convention doit se lire à la lumière des conditions d'aujourd'hui (...). Toutefois le fait qu'un pays occupe à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation, n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine - le mariage - aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de

⁹² arr. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, A n° 94, §78 al 3

⁹³ aff. F. c. Suisse arr. du 28 nov 1991 série A n° 220. cf infra p.

chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale”. Il convient donc de ménager les susceptibilités locales, surtout si la requête ne concerne pas le mariage mais sa dissolution, nullement prévue par la Convention. Ainsi, dans l’affaire *Johnston et autres*⁹⁴ dans laquelle les requérants se plaignaient de l’absence en Irlande de textes permettant le divorce et reconnaissant la vie familiale de personnes qui après échec du mariage de l’une d’elles, entretiennent des relations familiales hors du lien conjugal, la Cour va rejeter le grief fondé sur l’impossibilité de dissoudre le lien conjugal. “Les requérants insistent beaucoup sur l’évolution sociale postérieure à la rédaction de la Convention et notamment sur l’augmentation sensible selon eux du nombre de ruptures de liens conjugaux. La Convention et ses protocoles doivent s’interpréter à la lumière des conditions d’aujourd’hui(...) mais la Cour ne saurait en dégager au moyen d’une interprétation évolutive, un droit qui n’y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s’agit comme ici d’une omission délibérée⁹⁵”. Dans son rapport, la Commission a été encore plus claire : “si les rédacteurs de la Convention avaient voulu instaurer un droit au divorce dans un autre article de la Convention on ne voit pas pourquoi ils auraient supprimé la dernière phrase du projet d’article 12”⁹⁶. Quant à l’évolution des comportements sociaux à l’égard du divorce, la Commission estime “qu’un tel parti d’interprétation doit être limité aux droits qui figurent dans la Convention et qu’il ne pourrait servir à inclure dans la Convention des matières qui en ont été expressément et délibérément exclues”⁹⁷. Dès lors pourrait-on exclure les requêtes des transsexuels au motif que les opérations de conversion sexuelle et leurs effets n’ont pas été prévus par les rédacteurs de la Convention ? Il y lieu d’établir une distinction entre les droits qui n’ont pas été prévus et ceux qui ont été délibérément écartés. On ne manquera néanmoins pas de remarquer qu’un référendum national le 26 juin 1988, pendant que l’affaire était pendante devant la Cour, aboutît à confirmer la conformité de l’interdiction constitutionnelle du divorce. Et si effectivement les rédacteurs de la Convention ont écarté la mention de la dissolution du mariage, “quelle que soit la valeur de cette raison, le lecteur retire l’impression que la “vox populi” de l’Etat démocratique irlandais n’est pas étrangère à la décision de la Cour⁹⁸”.

* * *

⁹⁴ arr. *Johnston et autres* du 18 déc. 1986, n° A 112

⁹⁵ *ibid* §53

⁹⁶ rapport à l’aff. *Johnston* du 5 mars 1985 § 99. L’art. 12 était initialement fondé sur le texte de l’art. 16 de la Déclaration universelle des droits de l’homme dont la dernière phrase prévoit que les époux “ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution” ; cette phrase n’a pas été retenue dans l’art. 12 de la Convention du 4 nov 1950.

⁹⁷ rapport *Johnston* op cit, § 101.

⁹⁸ O. JACOT GUILLARMOD : *Rapports entre démocratie et droits de l’homme*, in *Démocratie et Droits de l’Homme*, actes du colloque de Thessalonique des 24-26 sept. 1987 ed. NP Engel 1990, p. 59.

Aussi convient-il de s'interroger sur l'étendue du contrôle de la Cour dans le domaine controversé des moeurs. Face à un impératif pour lequel une large marge d'appréciation est concédée aux États, la Cour, du fait même qu'elle la reconnaît, s'oblige à se fonder sur les conceptions morales de la population, telles que présentées par l'État défendeur; son contrôle risque donc de s'avérer purement formel, puisqu'elle ne s'autorise pas à évaluer la sensibilité ou le degré de tolérance sociale dans la communauté concernée, mais s'en remet pour cela, à l'opinion des autorités ou des juridictions réputées raisonnables et de bonne foi. A se fonder sur les valeurs des populations telles qu'invoquées par les États, les organes de la Convention en viennent à reconnaître une telle souplesse à la morale, ou plutôt à l'idée que l'on s'en fait, que le but légitime de protection des valeurs d'une société en vient à être vidé de son contenu, douteux dans sa pertinence, et suspect dans son invocation.

Certes la lecture évolutive de la Convention permet d'adapter la jurisprudence à l'évolution des moeurs, mais elle trouve sa limite dans la volonté des rédacteurs et dans la possibilité reconnue à un État de demeurer dans une situation isolée par rapport à l'évolution enregistrée dans le droit des autres pays. Par ailleurs si la lecture autonome des termes de la Convention est un moyen pour garantir un standard minimum, elle ne s'applique que lorsqu'une évolution a touché la très large majorité des États. A ce moment l'appel à un droit commun qui se dégage agit comme un élément fondamental en vue de la conformité d'un acte d'un État dénoncé comme violant la Convention. Toutefois eu égard à la marge d'appréciation cette référence aux législations internes n'intervient que lorsque une très grande majorité d'États adoptant de nouvelles dispositions se dessine.

En dépit de la variabilité des conceptions morales reconnue, on a assisté à un effort d'interprétation des dispositions de la Convention, notamment des notions confuses de vie privée et vie familiale, afin de répondre à des requêtes qui se fondent sur un état des législations contesté aujourd'hui. Aussi, malgré la relativité de la morale, certains manquements des États à leurs obligations sont soumis à un contrôle plus ou moins approfondi selon les droits en cause : la marge d'appréciation est dès lors variable selon les droits concernés.

PARTIE II : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE PAR LES ORGANES DE LA CONVENTION DES MESURES DESTINÉES À PROTÉGER LA MORALE

Si la relativité spatiale et temporelle accordée à l'impératif moral est légèrement atténuée par l'interprétation évolutive de la Convention, celle-ci va néanmoins donner lieu à un contrôle de la Commission et de la Cour au moyen de l'interprétation extensive donnée aux droits garantis dans le traité.

Toutefois, là encore, force est de constater, face à la variabilité des valeurs morales, la variabilité du contrôle opéré. Comme la Cour l'a exprimé dans la seconde requête d'un homosexuel portée devant elle, "si les autorités nationales(...) jouissent d'une large marge d'appréciation, celle-ci n'est pas pour autant sans limites; là aussi la Cour a compétence pour décider de la compatibilité d'une ingérence avec la Convention⁹⁹". Et reprenant l'arrêt *Dudgeon*: "l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu".

Aussi à la variabilité spatio-temporelle de la morale déterminant l'étendue du pouvoir d'appréciation, se superpose la variabilité du contrôle en fonction des droits concernés qui rongent d'autant la marge de manoeuvre concédée à l'État. La violation de certains droits aux fins de protéger la morale, plus que d'autres, étant intolérable dans une société démocratique, manifestement parce que moins dommageable pour la moralité publique. Dès lors comment se justifie la nécessité de la protection de la morale dans une société démocratique dont pluralisme, ouverture et tolérance constituent les principales caractéristiques ? La lecture des arrêts et décisions révèle qu'au contrôle en fonction des droits garantis, se superpose un contrôle d'intensité variable en fonction du degré de publicité des activités en cause.

⁹⁹ arr. Norris c. Irlande du 26 oct. 1988 série A n° 142 § 45

SECTION I : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DES DROITS GARANTIS

S'il s'agit d'un droit fondamental, consacré par la Convention, les organes devraient se montrer particulièrement sourcilleux. Toutefois, un droit aussitôt proclamé, est encadré dans des limites : toute ingérence n'est pas incompatible avec la Convention; tout dépend du degré d'ingérence au regard du droit concerné, jugé par rapport aux normes nationales et européennes. Approfondi lorsqu'il s'agit d'une ingérence ou de l'absence de protection effective de l'intimité de la vie privée ou familiale, le contrôle de la Commission et de la Cour et se révèle plus léger lorsqu'il s'agit de restrictions apportées à la liberté d'expression afin de protéger la morale.

§1 : l'étendue du champ relevant de la vie privée et familiale.

Pendant ses vingt premières années d'exercice, la Commission a développé une jurisprudence conséquente à propos du respect de la vie familiale au titre de l'article 8, mais peu consistante en ce qui a trait à la vie privée. Cette situation commence à changer à la fin des années soixante-dix lorsque, dans un contexte de libéralisation des mœurs, de nombreuses requêtes afférentes à des ingérences dans la vie privée, dans sa dimension sexuelle en particulier, sont déposées devant la Commission. Ces nombreuses plaintes conduisent la Commission à un effort d'interprétation extensive de la notion de vie privée afin d'y répondre et à dresser les limites pertinentes à l'ingérence des autorités en ce domaine.

1.1 le droit au respect de la vie privée.

La notion de sphère privée comprend divers degrés, depuis les plus intimes jusqu'à ceux qui interfèrent avec la vie publique, ou entrent en conflit avec les droits d'autrui : c'est à ce moment seulement qu'une ingérence pourra se justifier.

1.1.1 le respect de l'intimité de la vie privée.

Le droit au respect de la vie privée comprend à l'origine le droit de vivre à l'abri des regards étrangers. Toutefois la Commission a été amenée à étendre la notion de "privacy" au développement et à l'épanouissement personnel intégrant la sexualité comme élément

fondamental de la personnalité, lors même que la liberté sexuelle n'est nulle part expressément consacrée dans la Convention¹⁰⁰.

Le droit à la vie privée comprend tout d'abord le droit de vivre autant qu'on le désire à l'abri des regards étrangers. Ainsi, à propos du requérant Van Oosterwijck qui se plaignait de devoir afficher sa nouvelle identité sexuelle non reconnue à des tiers, la Commission a estimé que "la divulgation ou la prise de connaissance hors de propos par des tiers de faits ayant trait à la condition physique, la santé, la personnalité, peut certes violer l'intimité du requérant et porter atteinte à sa vie privée. (...) Il y a lieu de vérifier dès lors si l'État qui ne s'est pas opposé à cette conversion de caractère curatif (...) a protégé par la suite l'intéressé contre les intrusions excessives ou anormales des tiers dans sa vie privée, facilitées voire provoquées par ces documents (d'identité) et la force probante qui y est attachée¹⁰¹". Et si le débat de fond a été écarté dans cette affaire par la Cour, dans l'arrêt *B. c. France*, elle reprend l'avis de la Commission selon lequel l'intéressée "subit, en raison de la nécessité fréquente de révéler à des tiers des éléments relatifs à sa vie privée, des perturbations trop graves pour que le respect des droits d'autrui puisse le justifier¹⁰²". En dépit de la marge nationale d'appréciation concédée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu et donc infraction à l'article 8. La Cour souligne ainsi la nécessité de faire respecter la nouvelle identité de la requérante en droit français dans la mesure où cette identité est un élément essentiel de son nouveau style de vie qui doit être libéré des ingérences des services de l'État tout comme des intrusions des tiers. Ce droit de vivre à l'abri des regards étrangers trouve sa pleine expression dans la reconnaissance du sexe comme élément fondamental de la personnalité. Dans l'affaire *Rees*, "La Commission souscrit au point de vue du requérant selon lequel le sexe est l'un des éléments essentiels de la personnalité humaine. Dans la mesure où (...) il a été possible (...) d'aboutir à un changement de sexe, tout au moins en ce qui concerne l'apparence générale de la personne, l'article 8 doit être interprété comme protégeant cet individu contre la non-reconnaissance de son sexe modifié comme partie de sa personnalité¹⁰³". Le sexe comme élément fondamental de la personnalité, en appelle à son exercice : le droit d'entretenir des relations, y compris sexuelles, avec les personnes de son choix.

Dans sa décision sur la recevabilité de la requête de *X c. Islande*¹⁰⁴ en 1976 la Commission eut à se prononcer sur la notion de vie privée à l'occasion d'une législation

¹⁰⁰ à propos de la liberté sexuelle, ou des libertés liées à la sexualité, et à la clandestinité de leur statut juridique, voir Serge Regourd, *Sexualité et libertés publiques*, op. cit. , 312-315.

¹⁰¹ rapport de la Commission sur l'affaire D. Van Oosterwijck c. Belgique (req. n°7654/76) du 1 mars 1979 §44 et §46

¹⁰² arr. B. c. France du 25 mars 1992 n°A 232-C

¹⁰³ rapport de la Commission sur l'affaire Mark Rees c. RU (req n°9532/81) du 12 décembre 1984

¹⁰⁴ req. 6825/74, X c. Islande , DR vol. 5 p. 80-90

interdisant les animaux de compagnie. Observant que la doctrine avait jusque là insisté sur l'élément de la vie privée "comme droit de vivre à l'abri des regards étrangers", la Commission vint à considérer qu'il s'étendait au-delà : "ce droit comporte dans une certaine mesure le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité"¹⁰⁵. En application de ce principe la Commission a reconnu que " la vie sexuelle relève à n'en pas douter de la vie privée dont elle constitue un aspect important¹⁰⁶ " à propos de l'incarcération d'un homosexuel coupable d'actes avec des personnes de moins de dix huit ans, mais que certaines de ses manifestations peuvent faire l'objet d'une ingérence notamment lorsqu'est en cause la protection d'un mineur. Aussi à propos d'une requête alléguant une violation du droit à la vie privée du fait d'une législation imposant de nouvelles conditions plus restrictives à l'avortement, l'affaire *Brüggeman et Scheuten c. RFA*, la Commission a-t-elle déclaré : "le droit au respect de la vie privée a une portée telle qu'il assure à l'individu un domaine dans lequel il puisse poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité. A cette fin il doit avoir la possibilité d'établir des relations de diverses sortes y compris des relations sexuelles avec d'autres personnes. En principe toutes les fois qu'un État édicte des règles pour le comportement de l'individu à l'intérieur de ce domaine, il s'ingère dans sa vie privée et cette ingérence doit se justifier sur le plan du § 2 de l'article 8¹⁰⁷ ".

En vertu de ce principe la simple existence d'une législation pénale incriminant les actes homosexuels commis en privé entre adultes consentants, quand bien même aucune poursuite n'a été engagée, constitue une violation de l'article 8. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Dudgeon*," la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes(...) des ingérences des pouvoirs publics¹⁰⁸ "que la seule protection de la morale ou de la santé ne sauraient justifier. Dans l'arrêt *Modinos c. Chypre*, la Cour a décidé que quand bien même "l'Attorney general investi d'une compétence exclusive pour engager et abandonner les poursuites pénales, n'en aurait ni lancé ni autorisé" pour des actes homosexuels, rien ne garantit " qu'un futur Attorney general ne décidera pas d'appliquer la loi, surtout si l'on pense aux déclarations ministérielles qui donnent à penser que les dispositions en cause du code pénal demeurent en vigueur(...) En outre, on ne saurait exclure, en l'état actuel des choses que le requérant fasse l'objet d'investigations policières relatives à son comportement privé, ni que des particuliers ne cherchent à

¹⁰⁵ idem p.88 . Dans l'aff. X c. Islande la Commission a estimé que le droit de détenir un chien ne relève pas de la vie privée du propriétaire parce que la détention de cet animal en raison même de sa nature , s'accompagne nécessairement de certaines ingérences dans la vie d'autrui et même dans la vie publique. DR 5 p 89

¹⁰⁶ req. X c. RFA n° 5935/72 DR 3 p 49 -52.

¹⁰⁷ rapport sur l'aff. Brüggemann et Scheuten (req n°6959/75) du 12/7/1977 § 55, résolution DH (78)1 du Comité des Ministres adoptée le 17/3/1978

¹⁰⁸ arr. Dudgeon op. cit § 52 al 3.

engager contre lui des poursuites personnelles¹⁰⁹ ». Ainsi, compte tenu des effets nocifs que la non abrogation des dispositions incriminées peuvent avoir sur une personne aux penchants homosexuels, une législation par sa seule existence peut affecter de manière constante l'exercice d'un droit reconnu par la Convention, en l'occurrence l'art. 8, même en l'absence d'un acte individuel d'exécution.

1.1.2 : les limites à l'étendue de la sphère privée

Toutefois la portée du respect de la sphère privée est amenuisée par la publicité des comportements et la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui. "Le domaine personnel connaît des limites(...) la prétention au respect de la vie privée est automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou la place dans un rapport étroit avec d'autres intérêts protégés¹¹⁰".

Aussi dans l'affaire *Brüggeman et Scheuten*, la Commission décide : "on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement de la vie privée. Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe (§59)". Dès lors "toute réglementation de l'interruption des grossesses non désirées ne constitue pas une ingérence dans le *droit au respect* de la vie privée de la mère". L'ingérence est donc jugée légitime, une simple intervention, puisque l'activité sort du cadre de l'intimité de la vie privée. La Commission estime dès lors inutile d'examiner si l'enfant à naître doit être considéré comme une vie afin que l'ingérence se justifie au regard des droits d'autrui ou de la morale ou de la santé : l'intervention n' a plus à se justifier au regard du §2 de l'article 8¹¹¹ . De même une restriction à l'exercice de la sexualité sera considérée comme légitime lorsqu'il s'agit de protéger certaines catégories d'individus dont le consentement n'est pas valable: "sans contredit une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel peut se justifier comme nécessaire dans une société démocratique(...) cette nécessité de contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé notamment quand il s'impose (...) de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation ou la corruption d'autrui, en particulier des personnes particulièrement vulnérables à

¹⁰⁹ arr Modinos c. Chypre du 22 avril 1993 n° A 259 § 23

¹¹⁰ rapp. Brüggeman Scheuten § 56 in fine

¹¹¹ décision critiquée cf opinion dissidente de M. Fawcett, "l'intervention du législateur dans la morale sexuelle peut viser ici à empêcher que l'avortement ne se réduise souvent à une simple forme de contraception(...) mais il n'est pas montré comment la nouvelle législation par comparaison avec celle qu'elle remplace atteindra ces buts.(...)Les modifications de la loi sur l'avortement(...) constituent des interventions dans la vie privée et familiale qui ne se justifient pas sur le terrain de l'art 8§2 et qu'il s'agit donc d'ingérence contraire à la Convention". (§ 6 et 7)

cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps et d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique¹¹² ».

Un(e) prostitué(e) peut-il (elle) alléguer une violation de sa sphère privée du fait de poursuites engagées contre ses activités à domicile? Si les actes sexuels sont accomplis en privé, il existe toutefois un degré de publicité aux yeux de la Commission. Une prostituée qui était de sexe masculin lors de l'introduction d'une requête devant la Commission, se plaignait d'avoir été condamnée pour avoir entretenu en 1981 par métier et à son domicile des relations homosexuelles avec des adultes et alléguait une ingérence dans son droit au respect à la vie privée. La Commission a répondu que le choix d'affirmer et d'assumer son identité sexuelle tombait sous la protection de l'article 8 §1. Toutefois les relations sexuelles qui ont constitué la cause de la condamnation de la requérante ont été entreprises contre rémunération et par métier. En outre la requérante entrait en contact avec ses partenaires en passant des annonces dans des revues spécialisées. Dès lors les relations sexuelles qui se présentent comme prostitution ne relèvent pas de la sphère privée de l'individu.¹¹³

1.2 la notion de respect de la vie familiale.

L'article 12 de la Convention européenne stipule qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. Si d'après l'intitulé de l'article le droit de se marier est placé dans le contexte national, les organes de la Convention s'autorisent néanmoins à contrôler s'il n'est pas porté atteinte à la substance de cette liberté. Ils ont par ailleurs donné une interprétation extensive à la notion de famille, mentionnée à l'article 12 et à l'article 8.

1.2.1 le droit au mariage et à fonder une famille.

En dissociant l'institution matrimoniale de sa finalité procréatrice, la Commission a considérablement étendu l'emprise de son contrôle sur les mesures nationales, portant restriction au droit de mariage. Toutefois, la différence d'interprétation entre la Commission et la Cour s'est manifestée lors des affaires relatives au mariage des transsexuels.

Si l'article 12 de la Convention énonce conjointement le droit au mariage et celui de fonder une famille, la Commission adoptant une définition souple du premier l'a dissocié

¹¹² arr. Dudgeon § 49

¹¹³ req. 11680/85 F. c. Suisse décision du 10 mars 1988 DR vol. 55 p.178

de la procréation. Selon elle le droit de se marier est le droit d'obtenir un statut consacrant l'existence de relations juridiques particulières entre deux personnes, sans que la procréation en constitue forcément une finalité essentielle. Ainsi, l'interdiction prononcée à un prisonnier de se marier est contraire à l'article 12 quand bien même le détenu serait condamné à perpétuité. "L'essence du droit de se marier est de former une association génératrice d'une solidarité juridique entre un homme et une femme. Ceux-ci peuvent donc créer une telle association même s'ils sont empêchés de cohabiter. La liberté de la personne n'est pas un préalable nécessaire à l'exercice du droit de se marier¹¹⁴. Quand bien même l'incarcération entraîne la privation de toute liberté sexuelle et donc des possibilités de reproduction, est une atteinte au droit de se marier l'obligation faite à un condamné à la détention à vie d'attendre pour contracter mariage une éventuelle libération conditionnelle.

Dans ces conditions, même si la Convention situe le droit au mariage dans le cadre des législations nationales, la marge de liberté des États serait *a priori* faible. A plusieurs reprises les instances européennes de protection des droits de l'homme ont été sollicitées à propos d'interdiction de remariage. Survivance de l'idée canonique qu'il y avait là "polygamie successive" à laquelle l'Eglise refusait sa bénédiction, l'interdiction de remariage a progressivement disparu¹¹⁵ mais subsiste dans certains États européens.

Dans l'affaire *Johnston*¹¹⁶, la question clé pour les requérants consistait non pas à savoir si la Convention garantit le droit au divorce, mais si leur incapacité de s'épouser se conciliait avec le droit de se marier ou de se remarier consacré par l'art. 12. Aux yeux de la Cour, dans toute société souscrivant au principe de monogamie il ne se conçoit pas qu'une personne puisse se marier avant la dissolution de la première union (§ 50 al.2). Si aux yeux des requérants l'interdiction de divorcer s'analyse en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société souscrivant au principe de monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti à l'article 12. Le droit de se marier ne suppose pas forcément celui de divorcer si le législateur a refusé d'autoriser la dissolution d'une union conjugale; en revanche s'il l'a prévue, le contrôle sera plus étendu. Dans l'affaire *F. c. Suisse*,¹¹⁷ le requérant s'était vu prononcer à son encontre une interdiction de remariage de trois ans, conformément à l'article 150 du code civil suisse, car selon les termes du tribunal fédéral "son attitude capricieuse, sa désinvolture et son mépris ont bafoué l'institution du mariage. Aux yeux de la Cour l'affaire de F. se distingue de la précédente, car si la législation nationale permet le divorce, l'art. 12 garantit au divorcé le droit de se marier, sans subir en la matière de restrictions déraisonnables, fût-il fautif de la désunion .

¹¹⁴ rapport à l'affaire *Drapper c. RU* (req. n°8186/78) DR 24, pp. 72 ss, p.72. Résolution DH (81) DR 24, p.96

¹¹⁵ France loi du 15 décembre 1904, Allemagne 1976, Espagne 1978

¹¹⁶ cf supra p.

¹¹⁷ arr. F c. Suisse du 18 déc. 1987 série A n° 128

L'étendue de ce contrôle irait-il jusqu' à reconnaître aux transsexuels opérés et dont l'état civil a été corrigé en conséquence, le droit de se marier? Dans un domaine "aussi étroitement lié aux traditions culturelles historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci"¹¹⁸, la Commission est restée conforme à sa position consistant à dissocier procréation et fins du mariage; la Cour a préféré laisser le soin à chaque État de régler la question.

Puisque la Commission en était venue à dissocier mariage et procréation, les restrictions posées au mariage des transsexuels sous prétexte qu'ils n'ont pas acquis toutes les caractéristiques de l'autre sexe, et se voient privé de la capacité de procréer, ne pouvaient que passer pour une violation de l'art. 12. Dans l'affaire *Van Oosterwijck*, elle soulignait que " si le mariage et la famille sont effectivement associés dans la Convention comme dans les droits nationaux, rien ne permet toutefois d'en déduire que la capacité de procréer serait une condition fondamentale du mariage ni même que la procréation en soit une fin essentielle. Outre le fait qu'une famille peut toujours être fondée par l'adoption d'enfants, il convient d'observer à cet égard que si l'impuissance est parfois considérée comme une cause de nullité du mariage, il n'en va généralement pas de même pour la stérilité.¹¹⁹". Et si dans l'affaire *Rees* la Commission s'était divisée quant à savoir s'il y avait eu violation de l'article 12, la Cour a toutefois décidé que celui-ci "vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent(..), le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille¹²⁰". L'arrêt *Cossey* va polariser la divergence d'interprétation de l'article 12, la Commission décidant de porter devant la Cour l'affaire, lors même que les juges européens dans l'arrêt *Rees* s'étaient attachés à affirmer un principe juridique d'ordre général concernant l'article 12. La Commission est "*en principe* d'accord que l'art. 12 vise le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique opposé¹²¹". On ne peut toutefois en déduire que la capacité de procréer soit une exigence nécessaire à l'exercice du droit en question. Et lançant la phrase d'apparence curieuse : "aux fins de l'article 12, le sexe biologique ne peut donc être lié à la capacité de procréer", soulignant son interprétation ouvertement favorable sur la question du transsexualisme face à la position de la Cour demeurée inflexible sur ce point.

Deux personnes de même sexe biologique ne peuvent prétendre au mariage. Mais si deux personnes de sexe biologique différent, mais de sexe identique à l'état civil se voient prohiber le droit au mariage par les autorités compétentes, s'agit-il d'une violation de l'article 12 ? La Commission a considéré que l'empêchement légal apporté en Suède

¹¹⁸ *idem* § 33

¹¹⁹ aff. D. Van Oosterwijck, rapport de la Commission du 1/3/1979 § 59. La Commission conclut par 7 voix c. 3 à une violation de art. 12

¹²⁰ arr. Rees déjà cité § 49

¹²¹ aff. Cossey rapport de la Commission du 9/5/1989 § 45

au mariage entre personnes de sexe biologique différent, mais dont l'une a obtenu des services de l'état civil un changement de sexe, ne méconnaît pas le droit de se marier. Selon la Commission l'art. 12 "ne vise que le droit d'épouser quelqu'un du sexe opposé. Cette conclusion s'applique aussi lorsque, comme en l'espèce, les deux partenaires ne sont pas biologiquement du même sexe, mais que l'un a obtenu à l'état civil le même sexe que l'autre par un acte de volonté reconnu en droit interne"¹²².

1.1.2 . Le droit à une vie familiale normale

Une fois les liens du mariage consacrés, la vie familiale prend naissance, même en l'absence de cohabitation des époux ou en l'absence de progéniture. Par ailleurs si la procréation n'est pas une condition nécessaire de la constitution du lien familial par le mariage, la procréation hors du lien conjugal donne également naissance à la vie familiale. Le droit au respect de la vie familiale suppose l'unité de la vie familiale (non distension des liens) et la non discrimination en fonction de la nature du lien (familles naturelles - légitimes). Cellule de base de la société, la famille jouit d'un contrôle prononcé contre toutes sortes d'ingérences, de la part des organes de la Convention, qu'il s'agisse d'une union née d'un mariage ou du lien entre une mère célibataire et sa fille.

Le droit au respect de la vie familiale suppose le droit des membres d'une famille de vivre sous le même toit. Si selon la position de la Commission confirmée par la Cour, le droit pour un étranger d'entrer ou de demeurer dans un État n'est pas garanti en soi par la Convention, le contrôle de l'immigration doit s'exercer d'une manière compatible avec le traité et le fait "d'écarter une personne d'un territoire où vivent des membres de sa famille peut poser un problème au regard de l'art. 8"¹²³ . Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales , Balkandali*, la Cour a estimé que si l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, il n'en résulte pas que toute vie familiale projetée sorte entièrement de son cadre. Le mot famille englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif. Il faut regarder ces unions comme suffisantes pour mériter le respect que peut exiger l'art. 8 (§ 62). Ainsi si l'une des requérantes et son conjoint s'étaient mariés aux Philippines " la Cour ne pense pas à avoir à trancher la controverse qui a surgi au sujet des incidences du droit philippin. Une cérémonie de mariage avait eu lieu entre M. et Mme Cabales qui (...) se croyaient mariés et souhaitaient sincèrement cohabiter et mener une vie familiale normale (...) le lien noué était assez étroit pour entraîner la mise en jeu de l'article. 8"¹²⁴ .

¹²² req. 14573/89 A. Eriksson et A. Goldshmidt c. Suède, déc. du 9 nov.1989 , DR 63 p 212 -218, p.218

¹²³ arr. Abdulaziz, Cabales, Balkandali, du 28/5/1985, série A 94 §59

¹²⁴ idem, §63. Toutefois l'art. 8 ne saurait s'interpréter comme comportant l'obligation pour l'État d'accepter les conjoints nationaux sur son territoire. En revanche la Cour a décidé que les faits de la cause se situant dans le domaine de l'art. 8, l'art. 14 qui interdit les discriminations fondées sur le sexe dans la jouissance des droits reconnus par la Convention a été violé car les règles britanniques de l'immigration

Le respect de la vie familiale pose également la question des rapports entre parents et enfants mineurs. Une ingérence des autorités dans la vie familiale peut-être justifiée par les fins prévues au §2 de l'art. 8, en particulier la protection de la santé et de la morale, "car ces termes ne visent pas seulement la protection de la santé ou de la morale de l'ensemble d'une communauté, mais aussi celle des membres individuels de la communauté", à savoir l'enfant dans son bien être physique, mais aussi dans son équilibre mental¹²⁵. Le refus du droit de visite à l'un des parents divorcés ou la prise en charge de l'enfant par l'autorité publique contre le consentement des parents, fera l'objet d'un contrôle par les organes européens pour apprécier si l'acte est justifié¹²⁶.

Toutefois si le respect de la vie familiale suppose en principe la non ingérence des autorités, il engendre également des obligations positives à l'État pour que soit garanti le plein épanouissement d'une vie de famille, notamment s'il s'agit d'une famille fondée hors du lien conjugal.

Si l'art. 14 de la Convention n'interdisait pas toute discrimination, en particulier celles fondées sur la naissance, dans la jouissance des droits garantis, les termes de l'art. 8 qui reconnaissent le droit à "toute personne" à la vie privée et familiale" s'opposeraient suffisamment à la distinction entre famille naturelle et famille légitime (arrêt *Marckx* § 31). L'établissement de la filiation doit s'effectuer dans des conditions non discriminatoires : l'enfant naturel a droit à une vie familiale dès sa naissance et la mère à une considération légale de sa maternité en vertu de l'adage "mater semper certa est". Comme l'enfant légitime, l'enfant naturel s'intègre dans la famille de sa mère et l'établissement des liens de filiation produit également des effets à l'égard des grands parents. Enfin, la vie familiale n'est pas uniquement limitée à des éléments affectifs : "le domaine des successions et libéralités entre proches parents apparaît comme intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel (...), elle englobe aussi des intérêts matériels¹²⁷". Par conséquent le statut d'infériorité qui, en matière successorale, caractérise en droit belge le sort de l'enfant naturel par rapport à celui issu d'une union matrimoniale, se heurte aux articles 8 et 14 de la Convention.

En résulte-t-il que la famille naturelle ait le droit de jouir à tous les égards du même régime juridique que la famille légitime ? La question s'est posée en des termes aigus

permettent plus facilement à un homme installé au R U qu' à une femme dans la même situation d'obtenir l'autorisation de rester ou de demeurer sur le territoire pour son conjoint non national (§ 74).

¹²⁵ Déc. de la Commission du 10 avril 1961, Annuaire 1961, p. 199

¹²⁶ cf. décisions de la Commission, notamment : req. 1329/62 X c. Danemark, déc. 7/5/1962 Annuaire 1962 p. 201, req.8427/78, X c. Pays Bas 13/3/1986 Ann. 1980, p. 393-405,. Et arrêt Olsson du 24/3/1988, n° 130 A.

¹²⁷ arrêt. *Marckx* § 52. Au delà de la volonté de permettre à l'enfant naturel d'accéder à la vie familiale sur le même plan juridique que l'enfant légitime, l'arrêt développe considérablement la notion de famille en y faisant entrer les rapports patrimoniaux. A l'encontre de cette notion extensive de l'art. 8, cf opinion dissidente du juge Fitzmaurice : la question d'état des personnes ne ressort pas de l'art. 8 (§ 12).

dans l'affaire *Johnston*. La Cour a décidé que puisque la lecture de l'article 8 exige que l'enfant naturel soit placé juridiquement dans une situation voisine de celle d'un enfant légitime, l'absence de régime juridique approprié reflétant les liens familiaux de l'enfant naturel constitue un manquement au respect de sa vie familiale.¹²⁸ En revanche, elle a estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 en ce que la loi irlandaise ne confère pas un statut familial aux conjoints de la seconde union (§ 68). En effet " tout État doit avoir le droit de par la Convention de défendre la primauté de la famille fondée sur le mariage et de sauvegarder les droits des époux¹²⁹ ". Le mariage est une association juridique qui assure des droits spécifiques à chaque époux : toute personne a le droit de l'établir avec une personne de sexe biologique différent et peut se prévaloir des garanties qui y sont associées; on ne saurait obliger un État à étendre des avantages similaires à deux personnes non mariés¹³⁰.

Mais comme le montre l'arrêt *Abdulaziz et autres*, la vie familiale projetée entre dans le cadre de l'article 8. Il existe un certain nombre de garanties dans les droits nationaux accordés aux couples hétérosexuels non mariés mais cohabitant comme mari et femme. Une relation stable entre deux homosexuel(le)s peut-elle y donner droit ? La question s'est posée dans la requête de *S. contre Royaume-Uni*. Deux homosexuelles géraient en commun leur ménage partageant toutes leurs dépenses. Au décès de sa conjointe, propriétaire du logement, la requérante s'en vit expulser. La loi britannique prévoyait qu'en cas de décès du locataire, le conjoint a préférence sur toute autre personne s'ils vivaient ensemble comme mari et femme. La requérante se plaignait d'une atteinte au respect de sa vie familiale et d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels, qui même non mariés, bénéficiaient des avantages de la loi sur le logement. La Commission a estimé qu'en dépit de l'évolution des mentalités, des relations homosexuelles durables ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégée par l'article 8. La loi sur le logement ne s'applique pas à la requérante, car elle donne "un avantage aux revendications de certaines personnes seulement ("la famille")"¹³¹.

Dans la requête *Kerkhoven et Hinke c. Pays Bas*, les requérantes qui menaient une relation lesbienne stable depuis plusieurs années et dont l'une était la mère biologique d'un enfant, alléguaient une violation de l'art. 8 du fait du refus opposé par la

¹²⁸ arrêt *Johnston et autres*, déjà cité, § 74 al.2

¹²⁹ rapport de la Commission § 108

¹³⁰ Dans l'affaire *B, R et J c. RFA* l'autorité parentale ainsi que le droit de visite de pères célibataires à des enfants nés hors mariage était en jeu. Selon le code civil allemand (art. 1705) l'autorité d'un enfant né hors mariage est confiée exclusivement à la mère. Le père ne peut obtenir ce droit qu'en épousant la mère, en légitimant l'enfant, en l'adoptant ou en étant nommé tuteur. Les requérants se plaignaient notamment que ce système était discriminatoire. La Commission a rejeté le grief : la position juridiquement plus faible du père non marié par rapport à celle du père marié est essentiellement la conséquence du choix des parents non mariés qui préfèrent ne pas contracter mariage. req. n° 10956/84, décision du 3 oct. 1987, non publiée, citée in *L'égalité des sexes et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 1989, doc. du Conseil de l'Europe EG(89)3.

¹³¹ *S. c. Royaume Uni* req. 11716/85 dec du 14 mai 1986 DR 47 p.280-285, §7.

Cour suprême néerlandaise d'accorder l'autorité parentale à la première requérante, conjointe de la mère, et une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels (article 14). La Commission a à nouveau estimé qu'en dépit de l'évolution des mœurs, une relation homosexuelle stable entre deux femmes n'est pas couverte par le droit au respect de la vie familiale. De surcroît les obligations positives incombant à l'État pour le respect effectif de la vie familiale ne vont pas jusqu'à exiger qu'une femme dans la situation de la première requérante, vivant avec la mère d'un enfant et l'enfant lui-même soit autorisée à jouir de droits parentaux sur l'enfant. Quant à la discrimination alléguée, la Commission estime qu'au regard de l'autorité parentale sur un enfant, la relation d'un couple homosexuel ne peut être assimilée à celle d'un homme et une femme vivant ensemble¹³².

Aussi, le mariage demeure-t-il le cadre béni de la conjonction sexuelle et reçoit l'approbation des codes de lois et des juges européens. Si l'union est le fruit de la volonté de fonder une association juridique, les conséquences du refus d'y recourir ne doivent point rejaillir sur l'enfant qui a droit au même statut juridique que l'enfant légitime. Les garanties réservées aux couples mariés ne sauraient être forcément étendues aux couples non mariés. Toutefois si ceux-ci vivent comme mari et femme, même sans être mariés ni avoir de progéniture, ils peuvent bénéficier de certaines garanties prévues par les droits nationaux. En l'état de la jurisprudence, point les homosexuels, dont la relation ne saurait être assimilée à un lien familial. On pourrait néanmoins se demander si le droit d'établir des relations avec d'autres personnes, tel que l'a dégagé la Commission dans *X c Islande* ne pourrait venir compléter l'interprétation restrictive donnée au sens du mot famille; mais en l'état de la jurisprudence il ne semble point que l'on assiste à un effort d'interprétation en ce sens.

§2 : les activités relevant de la liberté d'expression :

Le libellé de l'article 10 le confirme, la liberté d'expression comprend la liberté d'opinion, la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées. Elle implique la non-ingérence des autorités quelles qu'elles soient. Toutefois, outre les diverses restrictions analogues à celles de l'art. 8, l'exercice de cette liberté comporte notamment des devoirs et des responsabilités.

2.1 les limitations de l'article 10

¹³² req. n° 15666/89 Kerkhoven et Hinke c. Pays Bas, décision du 19 mai 1992, non publiée. cf ANNEXE 5.

A plusieurs reprises, la Cour et la Commission ont souligné le rôle angulaire de la liberté d'expression dans une société démocratique. Dans l'affaire *Handyside*, la Cour déclare à ce propos " la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société. Elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent , choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population . Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance, l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique¹³³ ". Valeur fondamentale, la liberté d'expression s'applique aux organes de presse, mais également à tous les individus et tous les moyens de communication oraux ou imprimés. Comprend-elle également l'expression artistique dans ses divers supports? "Sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique (...) entre dans son champ d'application; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression(...) il englobe la liberté d'expression artistique (...) qui permet de participer à l'échange public des informations et des idées culturelles, politiques ou sociales de toute sorte. La notion de liberté d'expression est assez large pour inclure la liberté d'expression artistique¹³⁴ ." Irait-elle jusqu'à englober l'expression physique des sentiments ? La Commission ne semble pas l'interpréter comme telle : un homosexuel adulte britannique condamné à deux ans et demi de prison pour acte de sodomie avec des personnes de moins de 18 ans se plaignait que par suite de son emprisonnement "sa liberté d'exprimer des sentiments d'amour à d'autres hommes dans le cadre de rapports sexuels s'est trouvée restreinte¹³⁵ ". La Commission dans son rapport admet la théorie du gouvernement selon laquelle le concept expression figurant à l'article 10 " n'englobe aucune idée d'expression physique des sentiments au sens que le requérant fait valoir¹³⁶". Il ne comprend donc pas l'expression par contact corporel mais s'applique à tous les autres sortes de supports.

Néanmoins, l'article 10 comporte des limitations spécifiques. Les organes européens de la Convention, en recherchant si des sanctions ou des restrictions visant la protection de la morale sont proportionnées au but légitime poursuivi, ne sauraient faire abstraction des "devoirs et responsabilités" qui incombent à l'individu. Ils s'apprécient au regard de la situation du requérant et des effets que l'expression peut produire chez autrui.

Ainsi dans l'affaire *Handyside*, avant d'entreprendre l'analyse de la nécessité de l'ingérence incriminée, la Commission fait une remarque méthodologique importante. En appréciant les motifs de restriction à la liberté d'expression elle se doit de tenir compte de la situation de la personne qui l'exerce : "ainsi des critères différents peuvent être

¹³³ arr. *Handyside* déjà cité § 49

¹³⁴ arr. Müller et autres, déjà cité, § 27.

¹³⁵ req. 7215/75 X c. R-Uni , DR 11 p.36.

¹³⁶ req. 7215/75 rapport de la Commission DR 19, p 97, avis entériné par le Comité des ministres, rés. DH(79)5 du 12/6/79.

appliqués à différentes catégories de personnes, comme les fonctionnaires, les militaires, les agents de police, les journalistes, les éditeurs, les hommes politiques, etc... dont les droits et responsabilités doivent être envisagés sous l'angle de leurs fonction dans la société¹³⁷. "S'il est bien évident que la Convention (...) a pour but de protéger toute personne quel que soit son statut juridique dans la société, il est par contre impossible de faire abstraction de la situation particulière de l'individu et notamment dans ses devoirs et responsabilités propres à l'appréciation des limitations données à un droit garanti."¹³⁸ En l'occurrence la Commission a affaire à un éditeur dont le livre est destiné à des enfants et adolescents.

A l'appréciation de la qualité de la personne victime de la restriction en correspond une autre, celle de la personne objet de la protection : dans l'affaire *Handyside* il s'agissait d'une protection particulièrement renforcée, celle dont jouit la jeunesse pour que soit préservée son intégrité morale. La protection peut s'étendre également au grand public dont la pudeur mérite respect. Bien que l'on puisse distinguer entre la volonté délibérée d'outrager publiquement les sentiments et le dommage causé par simple inadvertance, la Cour ne semble pas retenir cette distinction dans l'affaire *Müller*. "Il s'agissait d'une exposition ouverte au grand public et cherchant à l'attirer" sans restriction d'âge. La Commission se montre plus mesurée en relevant "que les organisateurs n'avaient pas jugé utile d'avertir le public, par exemple en suggérant une limite d'âge, de la nature le cas échéant provocante des oeuvres exposées."¹³⁹ Faut-il également protéger les adultes contre leurs propres faiblesses? La Commission semble nettement avoir tranché la question dans l'affaire *S. c. Suisse*. Le requérant exploitant d'un sex-shop à Zurich destiné aux homosexuels projetait moyennant droit d'entrée des films vidéo pornographiques dans l'arrière-boutique. Dans son arrêt du 20 septembre 1988, le Tribunal fédéral suisse décidait que "rien ne justifie que la morale des personnes adultes (parmi lesquelles existent également des personnes instables et facilement influençables) et partant, la morale de la société dans son ensemble ne doivent pas, elles aussi, être protégées"¹⁴⁰. Constatant que le film était accessible à tout adulte mais aux adultes seulement et qu'il était peu vraisemblable que des gens ignorant le contenu du film pénétrassent dans la salle adjacente au sex-shop, la Commission conclut à une violation de l'article 10 en ces termes : "la présente espèce ne concerne pas la protection de la morale de personnes adultes dans la société suisse en général, aucun adulte n'ayant été confronté sans en avoir eu l'intention ou contre sa volonté (§67)". Il reste à savoir si cette argumentation sera reprise par la Cour. Il semble clair que la Commission rejette la légitimité d'une mesure

¹³⁷ rapp. à l'aff. *Handyside* 30 sept. 1975 §141

¹³⁸ GÉRARD COHEN JONHATAN - JEAN PAUL JACQUÉ : *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme (1975-1977)* Annuaire français de droit international (AFDI), ed. du CNRS 1976 p.136

¹³⁹ aff. *Müller c. Suisse* rapport de la Commission du 8 oct. 1986 §82

¹⁴⁰ aff. *S. c. Suisse* (req. n°17116/90) rapport de la Commission du 14 janv. 1993 §36, affaire pendante devant la Cour.

restrictive destinée à sauvegarder un standard moral, “la morale de la société dans son ensemble” pour reprendre les termes du tribunal Suisse. Une ingérence dans la liberté d’expression, fût- ce dans un domaine dont il est à douter qu’il a été prévu par les rédacteurs de la Convention¹⁴¹, ne peut se justifier qu’eu égard au dommage réellement causé à autrui. Partant, il s’agit d’un domaine dans lequel les organes de la Convention sont censés effectuer un contrôle effectif ; toutefois la marge d’appréciation reconnue aux autorités est particulièrement vaste ici. Des diverses affaires portées devant la Commission et la Cour, on peut détacher deux critères pour appréhender le danger moral que constitue un article ou un renseignement divulgué : appréciation en fonction du but poursuivi par l’information et celle en fonction de la nature de l’article.

2.2 le contrôle des mesures restrictives

Le caractère justifié de la mesure varie notamment au regard de la finalité que poursuit l’information (distinction information - endoctrinement) et semble-t-il au regard de la nature de l’article (produit obscène - oeuvre d’art)

2.2.1 en fonction du but poursuivi par l’information

Dans les diverses affaires ayant trait à une restriction de la liberté d’information à des fins de protection de la morale, la Cour a notamment appréhendé les cas au regard du but poursuivi par les renseignements divulgués. Outre le fait qu’ils peuvent s’adresser à de jeunes personnes, ce qui requiert une certaine prudence dans les informations qui sont dispensées, les renseignements doivent également, lorsqu’il s’agit d’un public d’adultes et que l’on se trouve dans un sujet à forte connotation morale, informer et non encourager un comportement quelconque, c’est à dire endoctriner.

Dans l’affaire *Handyside*, le requérant se plaignait notamment de la loi anglaise, qui sous couvert de la tendance à dépraver et à corrompre - critère britannique de l’obscénité - pouvait prohiber non seulement des productions pornographiques, mais également des “tentatives sincères et éclairées d’appliquer à des élèves adolescents(...) des conceptions dominantes en matière de pédagogie éducative¹⁴²”. La Cour, dans son appréciation de l’ouvrage relève que s’il contenait essentiellement des informations exactes et utiles, il renfermait aussi des fragments “que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un *encouragement* à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre des infractions pénales¹⁴³

¹⁴¹ à ce propos cf opinion dissidente de M. Busuttil § 1.

¹⁴² rapport de la Commission à l’aff *Handyside* § 62

¹⁴³ arr. *Handyside* §52 al.2

”. Les magistrats anglais étaient donc en droit de croire que le Schoolbook aurait des répercussions fâcheuses sur la moralité des jeunes lecteurs. Le fait de dispenser des informations à un tel public, exige des précautions particulières. A une association de planning familial et d'éducation sexuelle qui diffusait une revue pour la libéralisation des mœurs et dont la publication avait été censurée, la Commission a répondu : “les requérants s'occupent notamment de promouvoir l'éducation sexuelle des jeunes. On peut donc attendre d'eux qu'ils vouent une attention particulière à la qualité des publications qu'ils diffusent et qu'ils veillent à ne point répandre des documents versant dans la publicité pornographique¹⁴⁴ ”.

Cette précaution à prendre dans les effets que peut produire une information peut également s'étendre à un public d'adultes, bien que l'on puisse prétendre qu'il s'agit en l'espèce de personnes en état de détresse, désireuses de se faire avorter. Dans l'affaire *Open Door* où il était question de l'interdiction prononcée à un organisme de planning familial d'informer les femmes sur les possibilités d'avortement à l'étranger, la Cour en est venue à apprécier la qualité des informations dispensées et constate : “les sociétés requérantes dispensaient aux femmes enceintes des conseils dans le cadre desquels les conseillères *ne préconisaient ni n'encourageaient l'avortement* mais se bornaient à expliquer les solutions qui s'offraient(...); la suite à réserver aux renseignements ainsi livrés relevait de la femme concernée” (§75). Ces informations pouvaient en outre être trouvées dans d'autres sources (revues, annuaires), mais sans l'assistance d'un personnel spécialisé, mieux à même de conseiller les femmes sur les possibilités qui s'offraient à elles. L'interdiction était donc disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Une telle distinction, à première vue malaisée, entre information et endoctrinement a explicitement été posée dans une affaire antérieure, ayant trait non plus à la liberté d'expression, mais au droit à l'instruction dans le respect des convictions philosophiques et religieuses des parents. Trois couples de parents chrétiens, les époux Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, se plaignaient d'une loi de 1970 ayant introduit l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles publiques du Danemark. Selon le vœu du législateur cet enseignement était dispensé de façon à être objectif et naturel. Les requérants s'opposaient à cette législation considérant l'éducation sexuelle contraire à leurs convictions de parents chrétiens, et soutenaient notamment que dans un tel sujet l'objectivité n'était pas possible. Selon eux le gouvernement danois avait violé l'art 2 du Protocole additionnel n° 1, en refusant d'en dispenser leurs enfants . Dans son rapport la Commission notait que “ le but de l'éducation sexuelle (...) est d'informer objectivement les enfants(...). Il est vrai que cet enseignement soulève aussi des questions de morale” mais les dispositions légales “ ne visent pas à dispenser une éducation tendant à imposer aux enfants une certaine morale (...) rien n'indique que cette éducation vise à endoctriner

¹⁴⁴ req. 6782/74, 6783/74 6784/74 X, Y, Z c. Belgique, déc. du 1 mars 1977 DR 9 p 13 ss.

les enfants de quelque façon que ce soit¹⁴⁵ ». La Cour reprenait cette argumentation pour conclure à l'absence de violation de la Convention : "l'État danois en fournissant de bonne heure aux enfants des éclaircissements qu'il estime être utiles essaie de les alerter sur un phénomène inquiétant à ses yeux, par exemple la fréquence excessive des naissances hors mariage(...). Ce sont bien des considérations morales mais elles revêtent un caractère très général et n'entraînent pas un dépassement des bornes de ce qu'un État peut concevoir comme l'intérêt public : l'examen de la législation incriminée prouve qu'elle ne constitue point une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé¹⁴⁶ ". L'un des membres de la Commission avait toutefois estimé que la "Commission ne devrait pas examiner des distinctions aussi controversées que celle que l'on a faite entre information et endoctrinement¹⁴⁷ ". La distinction risque en effet de se révéler fallacieuse, surtout si l'on considère l'éducation sexuelle au regard des dispositions législatives, alors que l'enseignement pourrait être utilisé par certains enseignants pour saper les convictions des parents. Mais comme le déclare la Commission ce serait aller à l'encontre de l'objectif primordial de la loi danoise, et seulement à ce moment là pourraient se poser des problèmes sur le terrain de des articles 2 et 14 (§ 174).

L'on peut toutefois se demander si le simple fait d'exprimer une opinion avec opiniâtreté, à l'encontre des valeurs dominantes ne pourrait rapidement être taxé d'endoctrinement. La définition de la société démocratique qu' a donné, dans l'affaire *Handyside*, la Cour est très libérale, mais compte tenu de l'étendue de son contrôle dans les questions touchant au sexe, il y a là un terrain en friche pour la prédation des droits fondamentaux.

2.2.2 en fonction de la nature de l'article:

Si l'article jugé obscène ne doit pas malencontreusement tomber sous le regard de ceux qui ne désirent point y être confrontés, l'oeuvre d'art taxée d'obscénité jouit-elle, du fait même de sa nature, d'un statut particulier ou préférentiel ? En d'autres termes la liberté d'expression de l'artiste prend-elle un relief inédit, devient-elle une partie intégrante du droit à la culture comme l'écrit René Jean Dupuy, dans sa remarquable étude sur "la protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne"¹⁴⁸ ?

¹⁴⁵ rapp. de la Commission à l'affaire Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark (req. 5095 /71 5920/72 5926/72) du 21 mars 1975. § 164

¹⁴⁶ arrêt Kjeldsen et autres § 54

¹⁴⁷ opinion dissidente de M. Opsahl, rapport de la Commission

¹⁴⁸ RENÉ JEAN DUPUY : *La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne*, Revue des Droits de l'Homme, 1974, p. 49 ss

Sur le point de la liberté créatrice, la Commission, plus que la Cour, a adopté une position particulièrement ouverte dans l'affaire *Müller*. "De par son activité créatrice l'artiste exprime non seulement sa vision personnelle du monde, mais aussi l'idée qu'il se fait de la société dans laquelle il vit. C'est dans cette mesure que l'expression artistique contribue non seulement à la formation, mais aussi à l'expression de l'opinion publique. (...). L'expression artistique peut également mener le public à une confrontation avec les grandes questions de son époque".¹⁴⁹ Quand bien même l'oeuvre de l'artiste Müller de par sa représentation de la sexualité sous ses formes les plus crues, tombe sous le coup de l'article 204 al 3 du code pénal suisse relatif aux articles obscènes, il n'en demeure pas moins, pour la Commission, que la mesure de confiscation se révèle disproportionnée au but recherché. Comme elle le déclare, lorsqu'un objet d'art constitue une oeuvre irremplaçable ou presque "il y aura alors collision de deux intérêts antagonistes mais tous deux importants du point de vue de la civilisation à laquelle participe la Suisse : l'intérêt moral et l'intérêt culturel."¹⁵⁰ L'effet de la confiscation aboutit à ce que le requérant ne peut plus disposer de son oeuvre de quelque manière que ce soit. Il ne peut plus les vendre ou les exposer ni en Suisse ni à l'étranger, dans un pays qui aurait une conception différente de la protection de la morale.¹⁵¹ Compte tenu de ces effets, il s'agit d'une atteinte d'une particulière gravité à la liberté d'expression dans la mesure où il existe des moyens moins restrictifs pour aboutir au même résultat : éviter l'exposition publique d'objets, sans précaution aucune, portant atteinte à la morale. Or, si comme nous l'avons vu précédemment¹⁵² la Cour ne conclut pas à une violation de l'article 10, la Commission va toutefois retenir de l'argumentation des juges européens, l'idée qu'il existe un autre versant à la liberté d'expression en matière artistique : non plus seulement le profit de l'artiste à exposer ses toiles mais celui du corps social ou d'une partie de ses membres désireux de se voir confrontés à l'expression artistique de leur temps.

Existe-t-il un droit à la culture, ou plutôt un droit d'accès à la culture ? Si la liberté créatrice de l'artiste contribue à la rénovation du corps social par la confrontation aux idées culturelles de son temps, faut-il aménager l'accès à l'oeuvre, dans des conditions moins restrictives que pour un autre article ? Au § 43 de l'arrêt *Muller*, la Cour relevait que le requérant et la Commission insistaient "*avec raison*" sur les conséquences fâcheuses de la confiscation, mais elle concluait dans le même paragraphe que la possibilité laissée par le droit suisse au requérant pour demander ultérieurement la levée de la confiscation suffisait pour rendre la restriction légitime. La Commission en retirera toutefois que l'oeuvre d'art doit être soumise à des exigences moins strictes, afin que ceux qui s'y intéressent puissent y avoir accès. Dans une affaire actuellement pendante devant la Cour, dans laquelle sexualité et blasphème entretissent leurs liens de façon

¹⁴⁹ rapp. de la Commission à l'affaire Müller c. Suisse du 8 oct.86 (req.10737/84) §70

¹⁵⁰ idem §88 al.2

¹⁵¹ idem §94 al.2

¹⁵² Partie I Section II, § 1.1.2 p. 27

satirique, l'affaire *Otto Preminger Institut c. Autriche*, l'association requérante avait vu saisi l'un de ses films au motif que sa projection heurterait les droits d'autrui, au sens de droit à la liberté de religion (art. 9) et de droit à voir ses conceptions respectées. Le gouvernement autrichien invoquait de surcroît la protection de la morale et celle de l'ordre public suite à la réaction des milieux religieux de la localité d'Innsbrück. Le film en question représentant le Christ comme un "débile mental et sensuel" abordant sa mère de façon lubrique, la Commission a admis la pertinence des motifs de protection des droits d'autrui et celle de l'ordre. Dans l'appréciation des intérêts en conflit (liberté de croyance - liberté artistique), elle retient de l'arrêt *Muller*, que "la Cour a estimé capital que l'artiste ait la liberté nécessaire de la (l'oeuvre) montrer à ceux qui s'y intéressent dans des conditions et des lieux soumis à des exigences moins strictes en matière de protection des intérêts légitimes d'autrui¹⁵³ (...) la saisie du film à Innsbrück empêchait l'association de la montrer à un public intéressé¹⁵⁴". Et de poursuivre "il faut voir dans une interdiction totale, excluant toute possibilité de discuter le message du film, une mesure disproportionnée, à moins que des raisons impérieuses ne militent en faveur de ce genre d'interdiction. Or pour la Commission elles n'ont pas été prouvées en l'affaire¹⁵⁵" puisque des personnes non averties du contenu, ou des enfants, ne risquaient pas d'y être confrontés. Cette approche privilégiée de l'oeuvre d'art exige d'être confirmée par la Cour; toutefois le statut favorisé dont jouirait un objet artistique trouve sa limite en ce que les organes chargés de contrôler le respect de la Convention ne se jugent pas compétents pour apprécier la qualité artistique d'une oeuvre.

L'affaire *Muller* en dépit de la divergence entre la Cour et la Commission dans l'appréciation du caractère suffisant de la mesure prononcée par le juge suisse, n'en est pas moins révélatrice de la démarche implicite de la seconde afin d'observer si l'oeuvre jugée obscène viendrait à être rachetée par ses qualités artistiques¹⁵⁶. Cet examen est néanmoins amenuisé par l'avis même de la Commission : "la question de savoir ce qui relève ou ne relève pas de l'expression artistique est complexe et délicate. La Commission estime qu'il ne lui appartient pas d'émettre un jugement de valeur sur

¹⁵³ ce que la Cour ne dit nullement à notre connaissance: elle signale simplement que le peintre "avait perdu notamment la possibilité de montrer ses toiles en *des lieux* où les exigences de protection de la morale passent pour moins strictes". (§ 43 arr. Müller) La Commission l'interprète comme signifiant que l'accès à l'oeuvre doit se dérouler dans des conditions moins strictes, alors que la Cour parle des possibilités qui devraient être laissées au peintre d'exposer dans d'autres régions moins puritaines.

¹⁵⁴ Aff. *Otto Preminger Institut c. Autriche* (req. 19470/87), rapport du 14/1/1993. §76

¹⁵⁵ idem § 77

¹⁵⁶ la question s'était déjà posée dans la requête de N. c. Suisse : en l'occurrence le requérant avait peint à la bombe noire des figures sur plusieurs façades d'immeubles. A l'encontre de la condamnation prononcée pour ses actes, il faisait noter que plusieurs spécialistes avaient reconnu une valeur artistique à ses oeuvres. Il invoquait notamment l'article 10. La Commission déclara la requête irrecevable mais elle a toutefois relevé que la question de savoir si la liberté artistique bénéficiait d'une protection plus étendue que d'autres formes d'expressions restait ouverte : en l'espèce, le respect des droits et intérêts d'autrui (les propriétaires des immeubles) l'ont emporté face au droit à la liberté d'expression. req. 9870/82 N. c. Suisse, déc. du 13 octobre 1983, DR 34, pp. 208-210.

l'éventuelle qualité artistique de telle ou telle oeuvre (§ 65)". Elle s'en remet pour cela à l'opinion du tribunal qui en l'occurrence observait : "on ne peut dénier à Müller en sa qualité d'artiste certaines qualités, dans la composition notamment, dans les coloris aussi, bien que s'agissant des seules toiles saisies à Fribourg, on éprouve le sentiment qu'elles ont été bâclées...¹⁵⁷". On peut se demander s'il n'y a pas un risque de voir décriée par l'autorité nationale compétente la nature artistique d'une oeuvre pour que le contrôle de la Commission, si sa position est confirmée, s'avère inopérant .

Dans une affaire antérieure (*X contre Royaume Uni*) en 1982, concernant la publication d'un "poème religieux" dans une revue homosexuelle, la qualité artistique du texte ne semble *a priori* pas avoir été retenue, face aux prétentions d'une dame W, attachée à voir respectées ses opinions religieuses. Le texte en question, appel aux homosexuels à rejoindre l'Eglise, pouvait également s'entendre comme un blasphème souillant l'image des apôtres et du Christ pour leur homosexualité alléguée. Condamné à 9 mois de prison avec sursis et à une amende pénale suite aux poursuites engagées en Grande Bretagne par Madame W¹⁵⁸, le rédacteur déposa une requête devant la Commission qui fut déclarée irrecevable. Il se plaignait notamment d'une atteinte à sa liberté d'expression. La Commission reconnaît indéniable l'atteinte à l'article 10, mais estime que les sentiments religieux du citoyen méritent protection contre les attaques jugées indécentes sur des questions que l'intéressé estime sacrées, ce qui "implique que l'on puisse juger nécessaire dans une société démocratique de stipuler que ces attaques, atteignant un certain degré de gravité, constituent une infraction pénale¹⁵⁹". Le numéro de journal du requérant contenant le poème religieux a été mis en vente au public et vint à la connaissance, d'une manière ou d'une autre, à l'auteur des poursuites, qui fut si profondément offensé qu'il décida d'engager des poursuites (§ 12). Il existait donc un droit à protéger, en l'occurrence celui d'un individu qui a droit à ce que ses opinions religieuses soient respectées en l'absence même d'attaques le visant personnellement¹⁶⁰, ou d'attaques à la communauté des croyants, le poème en question ne cherchant point à ridiculiser la religion des chrétiens. L'accès au grand public du texte en question est ici retenu à titre fondamental de la légitimité de la restriction. Il est toutefois permis de se demander si l'homosexualité de l'auteur est étrangère à la teneur de la décision. Il semble clair en revanche que les organes européens tergiversent face à la défense de libertés mettant en cause des dogmes religieux : à cet égard H. Horstkotte relève que

¹⁵⁷ cf rapport de la Commission à l'aff. Müller au § 66

¹⁵⁸ Le Director of public prosecutions avait décidé de ne pas poursuivre, mais Mme W pouvait engager les poursuites à titre privé. Une loi de 1888 punit la publication de blasphème, et la loi depuis cinquante ans était restée lettre morte; néanmoins le Président de la Cour britannique jugea que la disposition était toujours en vigueur.

¹⁵⁹ X c. Royaume Uni, 1982 req 8710/79 déc. du 7 mai 1982, DR 28, p. 77 ss. § 11 al. 3, p. 89 cf ANNEXE n°4

¹⁶⁰ comp. avec op. dissidente de M Schermers à l'avis majoritaire de la Commission dans l'aff. Otto Preminger : "On est libre de ne pas croire en Dieu, mais si on ne croit pas en Dieu, alors on ne peut pas faire un film sur lui" (§2)

selon un principe qui remonte au Siècle des Lumières, l'État ne devrait pas sanctionner des "concepts moraux qui sont considérés comme étroitement liés à une éthique religieuse donnée"¹⁶¹ .

* * *

Aussi convient-il de s'interroger sur l'étendue du contrôle par les organes de la Convention dans le domaine de la liberté d'expression et de la sexualité. La jurisprudence précédemment évoquée reconnaît aux États le pouvoir de maintenir un ordre public à forte connotation morale. Le droit - et en particulier la loi pénale - ne vise en principe pas à sanctionner une loi morale transcendante, mais a pour but de réprimer les atteintes à la morale, dans la mesure où le dommage est susceptible de devenir cause de désordre public. De là à la tentation de régir les consciences par les vertus pédagogiques de la loi¹⁶² et de la sanction qui est attachée au droit, il est une frontière ténue.

S'il n'est pas garanti à l'heure actuelle que l'on puisse dégager une notion européenne uniforme de la morale, l'article 10 §2 n'interdit nullement à la Cour de se prononcer sur les exigences de celle-ci. Comme l'écrit Roger Pinto "il s'agit d'un concept conventionnel dont le contenu doit être cerné par les organes chargés du contrôle de l'application de la Convention. Or la jurisprudence de la Cour et de la Commission ne fournit aucun critère permettant de réduire autant qu'il est possible l'arbitraire".¹⁶³ Ainsi que le souligne l'éminent juriste il existe divers critères pour circonscrire la notion d'obscénité. A nul moment la Cour n'est venue circonscrire ni moins encore définir, ladite notion. Dans l'affaire *Handyside* le requérant demandait à ce que lui fussent appliqués des critères moins flous pour définir le caractère obscène de l'ouvrage dont il avait acheté les droits de publications. Il se fondait notamment sur la jurisprudence américaine¹⁶⁴ qui avait posé un certain nombre de critères pour définir l'obscénité, en particulier : a) que la documentation *dans son ensemble* fasse appel à un intérêt lubrique pour le sexe (...), c) que le sujet soit totalement dépourvu de valeur sociale susceptible de racheter ces défauts. La Cour n'a manifestement pas jugé nécessaire d'y répondre, mais dans l'affaire *Müller* elle fit remarquer aux requérants qui soulevaient un grief analogue que le caractère vague et indéterminé des termes de la loi frappant les objets outrageants aux bonnes mœurs, se retrouve dans bon nombre d'États membres et s'explique par la nécessité de favoriser l'adaptation du droit à l'évolution des mœurs.¹⁶⁵ Qu'il s'agisse d'un

¹⁶¹ H. HORSTKOTTE : *L'âge et les conditions de consentement dans le domaine sexuel*, in *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, op. cit. p.193.

¹⁶² JEAN CARBONNIER : *Essai sur les lois*, éd. Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p.237

¹⁶³ ROGER PINTO *La liberté d'information et d'opinion en droit international* coll. Economica 1984 p.196-197.

¹⁶⁴ aff. *Memoirs v. Massachusetts* (1966) 383 US 413, cf rapport de la Commission § 71

¹⁶⁵ arr. Müller § 29

domaine qui, à cause même du vague de la notion, se prête à un détournement de droit ne semble guère avoir ému les juges¹⁶⁶. À ce titre, si la démarche exégétique visant à dégager les divers critères permettant d'apprécier la nécessité des mesures dans une société démocratique a des vertus maintes fois relevées par la doctrine, l'enchaînement du raisonnement est grippé du fait même de l'absence de critère visant à circonscrire l'obscène. Comme l'écrit Patrick de Fontbressin, la restriction à la liberté d'expression se mesure à l'intensité criminogène de l'objet litigieux¹⁶⁷. Cette nature propre à corrompre et à dégrader est celle susceptible de légitimer la nécessité de protéger la morale. Or force est de constater qu'au ressort de la jurisprudence des organes de la Convention, le vecteur potentiellement corrosif et dégradant est pour le moins aussi flou que la morale, dont il est censé légitimer les mesures de protections. Dès lors s'il existe un équilibre à préserver "entre l'évolution des mœurs et les facteurs criminogènes de dégradation de celles-ci, porteurs à terme d'une destruction des valeurs affirmées par la Convention¹⁶⁸", il est à craindre qu'en laissant les juges nationaux souverains de l'appréciation de ces dommages potentiels, le contrôle de la Cour en vienne à être totalement inefficace, et son autorité de dernière instance censée assurer une protection effective et concrète contre l'arbitraire, ébranlée.

Tout en reconnaissant que les valeurs de la majorité bien pensante de citoyens peut légitimer une restriction à un droit fondamental, la Cour n'est pas seulement censée effectuer un contrôle au regard de l'évolution enregistrée dans l'ensemble des États contractants; elle doit également le faire au regard de la nécessité dans une société démocratique de sauvegarder, quand ce n'est afficher, un code moral. Si la morale reste dans le vague et l'indéterminé, il faut toutefois analyser le "besoin social impérieux" de la protéger. Si l'on peut être d'avis qu'en 1976, il n'y avait pas de notion européenne uniforme de la morale, peut-on encore l'affirmer aujourd'hui, eu égard à l'activité incessante de la Commission et à l'autorité des arrêts de la Cour ? Nombre de questions surgissent de façon concomitante dans l'ensemble des sociétés européennes, qui appellent à des solutions qui à défaut d'être communes, devraient être convergentes¹⁶⁹. C'est le cas notamment de l'apparition d'un phénomène nouveau ou plutôt sa manifestation récente, celui des "minorités sexuelles", qui appelle à une approche non

¹⁶⁶ prévu par l'article 18 de la Convention, mais l'on aurait pu attendre de la Cour qu'elle développât des normes plus précises concernant des stipulations vagues.

¹⁶⁷ PATRICK DE FONTBRESSIN : *La liberté d'expression et la protection de la santé et de la morale*, Revue trimestrielle des droits de l'homme (1993) p.129-146

¹⁶⁸ *ibid*, p 140

¹⁶⁹ au risque de voir se développer des déplacements destinés à contourner des législations répressives : le Parlement européen a plusieurs fois déploré l'interdiction ou les restrictions lourdes posées à l'IVG en Belgique, en Irlande, en Espagne ou en Allemagne, qui ont pour effet le développement d'un "tourisme d'avortement". La même remarque peut être faite à l'égard des couples homosexuels féminins qui, se heurtant au code de déontologie des organismes de santé de leur État, vont se faire inséminer à l'étranger, aux Pays-Bas par exemple, ou pour les transsexuels qui ne peuvent se faire opérer dans le pays dont ils sont ressortissants.

plus du point de vue de la protection contre les ingérences, mais du point de vue des prolongements dans la sphère publique de ce qui leur a été reconnu dans la sphère privée.

SECTION II : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DU DEGRÉ DE PUBLICITÉ DES ACTIVITÉS EN CAUSE :

S'il est reconnu aux États la possibilité de préserver la moralité publique, cet ordre public par le vague qui l'entoure est en principe peu en accord avec les exigences de l'art 8.1 et de l'article 10.1 de la Convention . En autorisant une restriction visant à la protection de la morale, la Convention n'accorde pas pour autant une licence totale pour maintenir un standard moral qui est jugé souhaitable. Les restrictions ou sanctions destinées à sauvegarder la moralité doivent s'apprécier au regard de la nécessité des mesures dans la société démocratique. Les organes de la Convention dans leur jurisprudence ont donné une définition particulièrement restrictive de la notion de "nécessité" et éminemment libérale de la "société démocratique". Celle-ci n'est pas pour autant permissive. Il y a, dit-on, équilibre à trouver entre les aspirations de l'individu et la sécurité et le bien-être de la collectivité. L'atteinte à autrui fut-elle directe ou indirecte, menaçant l'individu ou la collectivité, ouvre de riches possibilités de surveillance. L'exigence de conformité du comportement individuel au respect de l'intégrité physique et morale d'autrui, est d'autant plus délicate à apprécier que l'action nuisible n'est pas seulement l'atteinte matérielle mais le trouble apporté à sa conscience. Nuisance éminemment variable en fonction de la sensibilité prêtée à l'individu, se recoupant à bien des égards avec la notion tout aussi flottante de morale.

La remarque de Roger Pinto appelée à une belle postérité "la jurisprudence des organes européens exhale un discret parfum de moralisme chrétien social, quelque peu archaïque en cette fin de XX^e siècle (...) la société permissive est ignorée par la Commission et plus encore par la Cour", traduit parfaitement bien la difficulté des organes à trouver un équilibre entre les aspirations libertaires et permissives et le souci de perpétuer un ordre social. Elle révèle de façon plus éclatante l'embarras à statuer à un niveau supranational des particularismes nationaux et régionaux et l'impossibilité de statuer en toute impartialité et objectivité, sans exprimer un jugement de valeur, dans un domaine aussi controversé et instable que les mœurs.

Dès lors comment se concilient le discours des droits de l'homme et celui de la libération sexuelle? Comment s'articule la protection d'un code moral avec ce qui est strictement nécessaire dans une société démocratique, par principe ouverte, pluraliste et tolérante? Quel est le degré de besoin social impérieux dont la Cour est censée devoir

décider pour trancher ? Notamment au regard de la question des dites “minorités sexuelles” dont la manifestation n’appelle plus une répression, mais invite à statuer sur leur sort, quitte à soulever des tabous aux racines profondes.

§1 la morale publique et la sphère privée

Si la société démocratique se manifeste par son esprit d’ouverture, elle ne saurait toutefois être dépourvue de toute considération morale dans le domaine sexuel. La démographie d’une part, et la morale sexuelle de l’autre ont toujours été les soucis de l’État, mais l’hédonisme ambiant et la tolérance accrue vers les sexualités différentes, ainsi que les discours et représentations qui s’y rapportent, constituent l’une des données de l’évolution contemporaine des sociétés occidentales. Ce qui autrefois passait pour immoral et appelait à être sanctionné, jouit aujourd’hui d’un droit de cité, avec un statut au demeurant ambigu et incertain. La Cour dans son approche des affaires précédemment vues a apprécié les comportements et activités au regard de la société démocratique et de ce qui y est nécessaire à la protection de la morale. Elle ne s’est toutefois jamais prononcé sur les limites admissibles à la perpétuation d’un code moral, susceptible de charrier et entretenir de vieux préjugés.

1.1 la protection de la moralité publique dans la société permissive

Dans la jurisprudence, les principes de la “société démocratique” ont été excellemment posés; l’appréciation du caractère nécessaire est resté plus controversé. De fait, la problématique de la protection de la moralité publique dans les démocraties modernes a été évacué.

1.1.1.la “nécessité” de protéger la morale publique dans une société démocratique:

“Dans la société démocratique la liberté se veut la règle et la contrainte, l’exception. Les droits de l’homme sont là pour rappeler cette idée aux États démocratiques qui, notamment au nom de l’ordre public, l’oublieraient.”¹⁷⁰ Le préambule de la Convention fait référence à un régime politique véritablement démocratique; de leur côté les organes chargés du contrôle de la Convention vont s’efforcer de donner un contenu assez précis à cette notion politique afin de la rendre opérante sur le plan de

¹⁷⁰ O. JACOT GUILLARMOD *Rapports entre démocratie et droits de l’homme*, in *Démocratie et droits de l’homme*, op cit. p.60

l'analyse juridique des limitations aux restrictions imposées par les États à un droit¹⁷¹. “Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une société démocratique”¹⁷². Outre la prééminence du droit, la société démocratique est fondée sur les principes de pluralisme, d'ouverture et de tolérance et sur l'équilibre à trouver entre les intérêts des individus et l'intérêt de la collectivité.

Dans son rapport sur l'affaire *Handyside*, “la Commission fait sienne la thèse du requérant selon laquelle la liberté d'expression a pour but de promouvoir l'épanouissement de chacun de ses membres, la recherche de la vérité, la participation aux décisions et la réalisation d'un équilibre entre la stabilité et le changement. L'objectif est de parvenir à une société pluraliste ouverte et tolérante”. “Cela implique nécessairement un équilibre délicat entre les souhaits de l'individu et ‘le plus grand bonheur du plus grand nombre’ selon l'expression des utilitaristes. Ceci étant, les sociétés démocratiques partent du principe que c'est l'individu qui est important et qu'il n'est pas souhaitable de restreindre sa liberté.”¹⁷³

De même à propos de l'affaire *Dudgeon*, la pénalisation d'actes consensuels entre adultes masculins et en privé doit être analysée au regard de ce qui est nécessaire dans une société démocratique “dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques” (arrêt *Dudgeon* §53). “L'accomplissement des actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer et inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants¹⁷⁴”, quand bien même il existerait une opposition majoritaire à la commission de tels actes. Comme elle l'a exprimé dans une autre affaire¹⁷⁵, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité, elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et évite tout abus d'une position dominante. Partant, c'est le droit de l'individu qui prime : la Cour distingue ainsi dans l'affaire *Dudgeon* entre le dommage allégué qui serait causé à la collectivité et le dommage qui découle de l'existence de la loi pesant sur l'individu. “Du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels comme le requérant, prédominant aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement du droit pénal en vigueur.” (Arrêt *Dudgeon* §60)

¹⁷¹ MIREILLE DELMAS-MARTY : *Fécondité des logiques juridiques sous jacentes*, in *Raisonner la raison d'Etat*, op.cit. p.465-497, p.

¹⁷² arr. *Handyside* §49

¹⁷³ rapp. *Handyside* §146-147

¹⁷⁴ arr. *Dudgeon* §60

¹⁷⁵ arr. *James, Young, Webster* § 63

Aussi à la conception conflictuelle, dynamique et pluraliste s'adjoint une conception individualiste. Le droit de l'individu prédomine face aux opinions majoritaires et à la prétention des autorités de perpétuer un ordre moral. Par là même, la Cour semble indiquer que la Convention européenne a pour objet de garantir les libertés contre les préjugés nationaux et ancestraux. Ce qui est souhaitable, enviable pour une nation sourcilleuse de l'intégrité de sa moralité ne se révèle pas automatiquement nécessaire dans une société démocratique.

La Cour a à plusieurs reprises insisté sur le caractère spécifique de la notion de nécessité, liée dans la Convention à celle de société démocratique. "Pour se rendre nécessaire dans une telle société, une atteinte à un droit protégé doit être proportionnée au but légitime poursuivi". Or, "La Cour note (...) que si l'adjectif "nécessaire"(...) n'est pas synonyme d'"indispensable" comparé avec les articles 2§2 et 6§1, les mots "absolument nécessaire" et "strictement nécessaire" et à l'article 15 § 1 le membre de phrase "dans la stricte mesure où la situation l'exige"), il n' a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal"(...), "utile", (...) "raisonnable" (...) ou "opportun" ¹⁷⁶ ". Bref, il n'est pas exigé que ce qui est jugé nécessaire soit obligatoirement indispensable, mais demandé qu'il soit plus qu'opportun ou admissible : entre ces deux pôles se situe la justification d'une sanction ou d'une restriction à un droit consacré dans la Convention. Toute la difficulté étant l'appréciation du caractère nécessaire face au mouvement d'ouverture permissif qui anime les sociétés contemporaines, *a priori* large. Cette même évolution obscurcissant la perception des limites et des restrictions : "la normalité n'est plus énoncée clairement, ce qui peut conduire les individus à s'interroger en permanence sur leurs attitudes et leurs conduites¹⁷⁷ ", et surtout sur les bornes à l'attitude bienveillante ou indifférente de la société dans laquelle ils vivent.

Dans les deux affaires sus-mentionnées (Handyside et Dudgeon) dans lesquelles la protection de la morale, conjointement aux droits d'autrui, était invoquée, la Cour est parvenue à des conclusions diamétralement opposées tenant à la différence des libertés concernées, mais également à la différence des activités dans leur degré de publicité : c'est ici que les principes posés d'ouverture et de tolérance trouvent leurs limites.

1.1.2. la protection effective des droits dans leur cantonnement à la sphère privée :

Un rapide survol de l'ensemble des affaires précédemment évoquées, au regard de la publicité des comportements et activités en cause, aboutit au constat suivant : l'étendue des pouvoirs d'appréciation nationaux et donc de la légitimité des restrictions, s'accroît à

¹⁷⁶ arrêt Handyside §48

¹⁷⁷ C. REVAULT D'ALLONNES : *Procréation, sexualité des handicapés*, in *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, Études relatives à la recherche criminologique, vol. 21 (1984)ed. Publications du Conseil de l'Europe, pp.111-135, p.117

mesure que l'on s'éloigne de la sphère strictement, exclusivement privée. Exigeant lorsqu'il s'agit d'une ingérence dans l'intimité de la vie de l'individu, le contrôle des organes européens est plus prudent, voire évasif, face aux questions ayant trait - par certains aspects ou en totalité - à la vie publique.

En dehors de la nécessité de protéger les droits et intérêts d'autrui (dans son intégrité physique et morale, surtout s'il s'agit d'une personne particulièrement vulnérable), l'idée que l'on peut se faire de la moralité d'un comportement ne regarde que l'individu en cause. Ainsi, selon la position de la Commission du moins, l'existence de lieux dans lesquels il est possible de se procurer ou de consommer une littérature, des publications ou productions obscènes, relève de la liberté d'expression du tenancier, dès lors que personne ne risque d'y être inopinément confronté, et un mineur y avoir accès (affaire *S. c. Suisse*)¹⁷⁸. Quand bien même les autorités seraient soucieuses d'établir un ordre moral s'étendant jusqu'aux coulisses de l'intimité, la moralité du comportement ne regarde que l'individu en cause dès lors qu'il s'exerce dans des conditions de discrétion requises, et que l'accès aux articles obscènes est entouré des protections nécessaires¹⁷⁹. La Commission a ainsi jugé que la condamnation suisse d'une chaîne de magasins vidéo ouverts *au grand public* et proposant des films pornographiques "correspondait à un besoin social impérieux et était proportionnée au but légitime poursuivi"¹⁸⁰.

A l'égard des comportements sexuels dits déviants par rapport à la norme, la Cour s'autorise à condamner des mesures restrictives édictées par un État, si la pratique est communément passée dans les mœurs et que l'ensemble des États membres les ont abandonnées. Comme le déplore le juge Martens¹⁸¹, "La Cour, à tout le moins en ce qui concerne le droit de la famille et de la sexualité, se montre d'une prudence extrême lorsqu'elle est confrontée à une évolution arrivée à terme dans certains États membres, en cours dans d'autres et ne semblant ne pas toucher le restant d'entre eux. Dans de tels cas, elle paraît avoir pour ligne de conduite de n'adapter son interprétation à l'évolution en cause que si presque tous les États membres ont accueilli les nouvelles idées". Aussi la multiplication d'unions et de naissances hors du lien conjugal conduit-elle à interdire toute discrimination fondée sur la naissance et à consacrer juridiquement le droit à une vie familiale normale pour la famille naturelle au même titre que la légitime. S'agissant de comportements relativement moins bien perçus dans l'opinion, sur lesquels pèsent encore

¹⁷⁸ il n'est pas certain que cela se vérifierait également dans un autre État alléguant des conceptions morales plus strictes que celles de la Suisse.

¹⁷⁹ sur la notion de *lieux semi-publics*, cf DOUBLER : *Réflexions sur le délit d'outrage à la pudeur*, Revue de science criminelle et de droit comparé, n° 26 (1971), p. 27-57.

¹⁸⁰ req. n° 16564/90 X et Y c. Suisse, déc. du 8/4/1991 (à paraître dans DR). Décision qui va fortement dans le sens de la Recommandation n° R (89)7 du Comité des ministres adoptée le 27 avril 1989 "concernant des principes relatifs à la distribution de vidéogrammes à contenu violent, brutal et pornographique qui prévoit notamment au § 4.1 "l'interdiction de fournir à titre commercial ou de procurer ces vidéogrammes aux mineurs" et "l'interdiction de fournir à titre commercial ou de procurer ces vidéogrammes, sauf aux points de vente ou de location réservés aux adultes".

¹⁸¹ opinion dissidente à l'aff. Cossey : § 5.6.3

de nombreux tabous, la démarche de la Cour est plus circonspecte. Le droit à l'orientation ou à l'identité sexuelle est reconnu, mais tant que cantonné à la sphère privée. L'attirance vers une personne de même sexe, ou la volonté irréprouvable d'en changer, est reconnue dès lors qu'il s'exerce dans les conditions de discrétion, c'est à dire dans la sphère privée. Il en va différemment lorsque le comportement touche à la sphère publique. Outre le fait que cette dernière notion est assez vague, se définissant essentiellement en opposition à la sphère intime¹⁸² la publicité du comportement pose un problème singulier. Elle porte atteinte aux valeurs affichées dont la collectivité se revendique, à la morale, ou moralité publique. Si un acte consensuel entre deux personnes adultes de même sexe en public tomberait certainement sous le coup d'outrage aux bonnes moeurs, au même titre qu'une union de type hétérosexuel dans les mêmes conditions, il est un autre domaine de la sphère publique à nos yeux, qui est celui de la consécration légale, des sexualités différentes tantôt acceptées.

Dans les arrêts *Rees* et *Cossey*, la Cour a absout le Royaume Uni, parce que, en résumé, il laissait les transsexuels libres d'avoir un nouveau prénom et de nouveaux papiers, qui leur permettaient d'avoir une vie sociale conforme à leur sexe apparent. "Avec certes des lenteurs et des hésitations, le Royaume Uni s'est efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait¹⁸³". L'on se rappellera que dans l'affaire *B contre France*, la Cour s'est prononcée au regard du droit à la vie privée dont le respect effectif impliquerait des obligations de faire à l'État français, mais qu'elle s'est soigneusement abstenue de statuer sur l'autre demande de la requérante : la réalité du sexe psychosocial des transsexuels¹⁸⁴. Enfin dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour s'est prononcée sur le terrain de l'article 8, en écartant les griefs posés au titre de l'article 14 (discrimination), parce que englobés par la question tranchée au regard de l'art. 8 ou parce que soulevant des problèmes qui ne se posaient pas dans l'immédiat. Bref, on pourra dire qu'au regard de la jurisprudence, l'intimité de la vie privée de l'individu est particulièrement protégée contre toute atteinte à ses droits. Leurs prolongements publics justifient toutefois une intervention ou une abstention présumées légitimes. Comment se justifie cette dichotomie quelque peu artificielle dans la vie d'un individu entre les droits qui lui sont reconnus dans la sphère privée et ceux qui lui sont déniés dans la sphère publique? Les esprits ne sont-ils pas mûrs pour que cette étape soit franchie, ou les causes sont elles à rechercher ailleurs ?

Lorsque, dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour affirme qu'il ne lui appartient pas d'exprimer un jugement de valeur sur la moralité des comportements en cause, elle se garde de façon louable, d'aborder deux écueils. D'une part elle évite de porter une

¹⁸² cf aff. Brüggenmann et Scheuten déjà citée. Ni la Cour ni la Commission ne se sont jamais prononcées à notre connaissance sur la sphère publique; elle semble se définir que par opposition à la sphère privée qui elle est mentionnée dans l'art. 8 de la Convention.

¹⁸³ arrêt *Rees*, § 42 a).

¹⁸⁴ ce qui l'aurait amené à se prononcer sur les droits des transsexuels, mariage, concubinage, adoption,...

appréciation subjective sur la moralité ou l'immoralité de l'homosexualité, bien que certaines considérations apparaissent dans des opinions dissidentes¹⁸⁵. La question posée par les requérants dans l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen*¹⁸⁶ demeure: l'objectivité est-elle possible en matière de morale, notamment lorsqu'il s'agit de morale sexuelle ? La Cour, dans l'affaire *Dudgeon*, se limite à déclarer que l'on comprend mieux le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption des lois le pénalisant. Elle se garde d'aborder l'épineuse et controversée question de l'homosexualité comme produit d'un choix individuel ou comme résultante de facteurs biologiques, hors de portée de l'individu. L'évolution constatée depuis le XIX^e siècle, ne revient ni à déclarer ni à dénier l'égalité respectabilité du comportement homosexuel¹⁸⁷. On reste dans la sphère privée dont l'aménagement ne regarde que l'individu et lui seul.

D'autre part, en refusant de porter un jugement de valeur, la Cour s'épargne de se poser sur le terrain controversé des rapports du droit et de la morale, débat ravivé à l'occasion, précisément, des travaux de la Commission Wolfenden ayant conduit à la dépénalisation sous certaines conditions de l'homosexualité dans les diverses parties du Royaume Uni, hormis en Irlande du Nord. La Commission européenne des Droits de l'Homme posait toutefois la question en déclarant au § 114 du rapport *Dudgeon* : "le critère à appliquer n'est pas de savoir si l'attitude dominante de la communauté est marquée par la désapprobation morale de l'homosexualité, par la tolérance ou l'intolérance, mais de savoir si, pour sauvegarder la moralité, il est nécessaire de maintenir en vigueur les dispositions pénales".

¹⁸⁵ cf juge Zekia : "pratiques immorales contre nature" §3, voir aussi les typologies : juge Walsh : § 13 : il faut distinguer entre les homosexuels qui le sont en raison de quelque instinct inné ou d'une constitution pathologique jugés incurables, et ceux dont la tendance provient d'un défaut de développement sexuel". Les premiers devront être traités avec compassion et tolérance pour leur infirmité. Pour les autres un pouvoir discrétionnaire doit être reconnu à l'État car "les adultes, même les adultes consentants, sont à même d'être corrompus et peuvent être exploités en raison de leurs faiblesses"(§21).

¹⁸⁶ déjà citée cf supra 53-54

¹⁸⁷ en Avril 1982, l'évêque de Strasbourg, Mgr Elchinger, déclare au cours d'une conférence de presse "je respecte les homosexuels comme je respecte les infirmes. Mais s'ils veulent transformer leur infirmité en santé, je dois dire que je ne suis plus d'accord". Une association d'homosexuels et ses militants déposent une plainte pour diffamation : elle fut jugée irrecevable et les plaignants condamnés à 20.000 F pour avoir poursuivi l'évêque de façon téméraire, les propos ne visant personne de particulier. "On peut penser que l'argument de procédure dissimulait en fait une adhésion du tribunal aux paroles de l'évêque. Le jugement précisait d'ailleurs 'qu'il appartient à l'homosexuel et à lui seul de révéler sa condition, tout en sachant que celle-ci est considérée comme anormale par une partie du public' (Colmar 27/6/1983)". OLIVIER DE TISSOT : *La liberté sexuelle et la loi*, ed. Balland, 1984, p.174. Depuis le 4 août 1982 le délit d'homosexualité a été rayé du code pénal en France. La répression de discriminations fondées sur l'homosexualité réelle ou supposée ne date que de 1985 en France. cf RAPHAËL ROMI : *Droit et homosexualité*, revue Actes, juin 1988, p.29 -34

1.2 les timides avancées en matière de manifestations publique des sexualités différentes et leur cause

Dans l'affaire Dudgeon, la Cour se place sur le terrain de l'évolution enregistrée dans l'ensemble des États contractants et de la tolérance de fait adoptée par les autorités irlandaises, et élude ainsi la question de la morale et du droit. Celle-ci rejaille dans l'opinion dissidente du juge Walsh¹⁸⁸. " La question que pose le § 2 (de l'article 8) est celle de savoir si l'ingérence autorisée par la loi est nécessaire dans une société démocratique à la protection de la santé ou de la morale, ou des droits et libertés d'autrui. On en arrive ainsi à la question philosophique séculaire de savoir quel est le but du droit. Existe-t-il un domaine de la morale qui ne concerne pas le droit, ou celui ci se préoccupe-t-il à juste titre des principes moraux?". Le juge européen répondait par l'affirmative à la seconde alternative de la question, relative au débat qui opposa les deux éminents juristes H.L.A Hart et Lord Devlin, opposition généralement réduite à celle entre les thèses libérales issues de la doctrine de Stuart Mill et Bentham et celle héritière des conceptions d'Edmund Burke en particulier.

1.2.1 la controverse sur les fins divergentes de la morale et du droit

Pour Edmund Burke l'opinion commune serait à répercuter par le droit dont la crédibilité dépendrait de sa capacité à reproduire la sagesse populaire qui est celle du préjugé: telle serait la condition de la préservation du tissu social et la raison d'être du droit. Pour Lord Devlin, même en l'absence de nuisances causées à d'autres individus, la violation du code éthique de la société tend à affaiblir celle-ci et met en danger quelque chose d'essentiel à son existence. La moralité sociale constitue le ciment de la société. Aussi le juge Walsh relève-t-il dans son argumentation la citation selon laquelle le droit doit non seulement protéger l'individu contre les dommages, la corruption et l'exploitation d'autrui, mais également " les institutions, la communauté d'idées politiques et morales sans lesquelles les gens ne peuvent vivre ensemble. La société ne peut pas plus faire abstraction de la morale de l'individu que de sa loyauté : elle puise sa force dans les deux et, à défaut de l'une ou l'autre, elle meurt".¹⁸⁹ Car "il n'y a pas de limite théorique au pouvoir d'un État de légiférer contre la trahison et la sédition et de la même manière je pense qu'il ne peut pas y avoir de limite théorique à la législation contre l'immoralité".¹⁹⁰ L'autre conception qui plonge ses racines dans la doctrine des utilitaristes peut se résumer dans la phrase de John Stuart Mill, "that the only purpose for which power can be

¹⁸⁸ opinion dissidente du juge Walsh, dans l'arrêt Dudgeon, arr. ronéotypé, p 33 §8-9

¹⁸⁹ Lord Devlin cité par le juge Walsh § 9

¹⁹⁰ Lord Devlin *The enforcement of moral* cité par H.L.A. Hart in *Moralité du droit* op.cit. p.110.

rightfully exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harms to the others. His own good either physical or moral is not sufficient warrant¹⁹¹.”

Aussi y a-t-il à distinguer entre l'immoralité privée et l'indécence publique, thèse à laquelle la commission Wolfenden souscrit dans une phrase désormais célèbre et partiellement reprise par la Cour¹⁹² : “la fonction du droit pénal (...) est de préserver l'ordre et la décence publics, de protéger les citoyens contre ce qui choque ou qui blesse et de fournir suffisamment de garde-fous à l'exploitation et à la corruption d'autrui (...). Reste un argument contraire que nous estimons décisif : l'importance que la société et la loi devraient accorder à la liberté individuelle de choix d'action dès lors qu'il est question de morale privée (...) il doit subsister un domaine de moralité et d'immoralité privées qui, pour parler bref et cru, ne regarde pas la loi.” La commission britannique prenait soin d'ajouter “s'exprimer ainsi n'est pas encourager ou pardonner l'immoralité privée.”

En effet, le débat quant à la portée du droit pénal en matière de morale est inséparable de la théorie de la peine. Si l'on considère que la punition doit sanctionner une atteinte matérielle aux droits et intérêts d'autrui, l'intervention pénale ne trouve sa justification que dans sa nécessité, “comme tout dernier recours lorsque la contention d'un trouble social ne peut être réalisée par d'autres moyens.”¹⁹³ Elle ne vise pas à protéger ou à affirmer un code moral : cette tâche relève des autres systèmes normatifs (religion, pédagogie...) qui façonnent la représentation du monde chez l'individu, ses conceptions du bien et du mal. A contrario, si l'on considère que le droit pénal a pour objet d'afficher ou d'affirmer un standard moral, dès lors “l'ultime justification de la peine réside dans le fait qu'elle exprime une condamnation morale d'activités immorales (et) il est naturel que le droit sera considéré comme les pardonnant là où il ne les condamne pas en imposant des sanctions pénales¹⁹⁴”.

1.2.2. les fallacieuses vertus de la tolérance : la morale privée et le silence quant à ses prolongements publics :

En déclarant “dépénaliser ne veut pas dire approuver¹⁹⁵”, la Cour tranche souverainement la question de savoir si l'abrogation de la loi affaiblirait le sens de l'iniquité de telles pratiques. La sanction pénale n'a pas à être une condamnation

¹⁹¹ “Le seul objet qui autorise les hommes individuellement ou collectivement à troubler la liberté d'aucun de leurs semblables est la protection de soi-même. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre l'un de ses membres est d'empêcher de nuire aux autres. Elle n'en a pas une raison suffisante dans le bien de cet individu, soit physique soit moral (sic)”. *La liberté* de John Stuart Mill, traduction de Dupont White, Paris éd. Guillemain, 1864, p.23.

¹⁹² arr. Dudgeon § 49

¹⁹³ Versele : *Les frontières de la répression* op. cit. p.14.

¹⁹⁴ H.L.A. Hart, *La moralité du droit*, op cit, p.111

¹⁹⁵ § 61 arr. Dudgeon

symbolique et exemplaire de la communauté : il existe un domaine de la moralité dont le droit ne s'occupe point, et c'est celui relevant de la sphère privée. L'affirmation de la Cour n'en constitue pas moins un jugement de valeur en ce que de telles pratiques ne sauraient jouir d'une égale considération, puisqu'on ne saurait les approuver au même titre qu'une union hétérosexuelle; on ne fait qu'exiger l'abrogation de la loi condamnant les actes en privé. Comme s'en félicite le juge Walsh, " l'arrêt de la Cour ne constitue pas une déclaration au terme de laquelle les pratiques homosexuelles particulières pénalisées par la législation en cause constituent pratiquement des droits fondamentaux de l'homme". Certes l'on ne saurait s'attendre à une telle audace de la Cour après vingt-cinq années d'irrecevabilité ¹⁹⁶ opposée aux requêtes d'homosexuels devant la Commission. Et si " ne pas approuver" ne signifie pas "accepter à l'égal d'un autre comportement", il ne signifie pas non plus tolérer par la non application d'une mesure restreignant la liberté sexuelle des individus. Un statut incertain qui n'a de certain qu'autant qu'il se cantonne à la sphère privée. Dès lors quelle est la place réservée au comportement qui constituait une déviance au sens pénal du terme¹⁹⁷ , jusqu'à la dépénalisation?

L'on relèvera que dans son arrêt la Cour ne se réfère pas à la pluralisation croissante des modes de vies, mais aux principes d'ouverture et de tolérance propres à l'esprit démocratique. Or si la notion d'ouverture est pour le moins vague, celle de tolérance pour plus claire qu'elle soit s'inscrit dans une notion contradictoire : "la tolérance désigne la conduite par laquelle la loi autorise ce qu'elle interdit, la valeur négative est déclarée positive, la non valeur prend la place d'une valeur. On ne doit pas alléguer qu'il ne s'agit pas de respecter les erreurs ou les fautes, mais de respecter ceux qui les commettent¹⁹⁸ ". La question de l'iniquité ou de la "légitimité", de la moralité ou de l'immoralité de telles pratiques n'est pas explicitement abordée; on s'en dégage en affirmant que le droit au respect de la vie privée a une portée telle, qu'il faut tolérer ces comportements dès lors qu'ils ne causent pas de préjudices à autrui . Or comme l'écrit Jacques Mourgeon, "l'application bienveillante et libérale par opportunité d'un régime juridique en lui-même restrictif des droits est dangereusement pernicieuse : elle plonge l'homme dans l'incertitude quant aux dimensions de sa liberté et le soumet en permanence à la menace d'imprévisibles restrictions seulement dues à la fantaisie du gouvernement, de l'Administration ou de la justice". Ainsi en 1982, un professeur belge, Eliane Morissens, suspendue de son poste d'enseignante à la suite de sa participation à une émission de télévision, aurait fait grève de la faim pour obtenir sa réintégration¹⁹⁹ . La

¹⁹⁶ cf. M. VINCINEAU : Les homosexuels devant la Commission, op. cit.

¹⁹⁷ cf Catherine RAPP-VELLAS : *Le concept de déviance* in *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse* t.38 (1990), p.169-185

¹⁹⁸ B. GUILLEMAIN : *Tolérance (idée de)* in *Encyclopédie Universalis*.

¹⁹⁹ l'affaire a été portée devant la Commission et déclarée irrecevable : la requérante se fondait sur l'art. 10 de la Convention : la Commission estime qu'en entrant dans la fonction publique, la requérante a accepté certaines restrictions à l'exercice de sa liberté d'expression, restrictions inhérentes à sa fonction (p.131). Le Conseil d'Etat belge dans son arrêt avait considéré qu'en déclarant qu'elle n'avait pas été nommée à la

députation permanente, qui est l'autorité de tutelle soutenait que sa suspension n'était pas due à son homosexualité. De fait, il est certain que la tolérance de plus en plus grande accordée au comportement homosexuel crée des tensions aiguës dans les sociétés pluralistes contemporaines ²⁰⁰ .

L'arrêt *Dudgeon* ne lève nullement la question de la discrimination sur l'orientation sexuelle. Si la Commission estimait contraire à l'esprit de la Convention d'interpréter l'article 8 §2 comme donnant à une majorité un droit absolu d'imposer à l'ensemble de la société ses normes en matière de moralité sexuelle privée²⁰¹ , elle semble distinguer entre le fait d'imposer à la minorité les valeurs de la majorité et celui d'interdire à cette même minorité dans sa vie privée un comportement portant atteinte aux valeurs affichées par la majorité. Peut-être faut-il poser la question des effets du droit accordé aux autorités nationales d'imposer les valeurs d'un code moral, dans la perpétuation des préjugés et des attitudes discriminatoires. Dépénaliser n'est pas mettre fin à un tas de subtiles discriminations. Comme l'écrit D.J. West, "si la loi donne la liberté de se livrer à des activités homosexuelles, il paraît illogique de pénaliser d'une façon quelconque des citoyens qui choisissent de faire usage de cette liberté. La loi ne peut obliger le public à changer d'attitude, mais sa fonction déclarative est importante²⁰² ”.

§2 : la manifestation croissante des minorités sexuelles et la question des droits qui leur sont concédés entre les sphères privée et publique :

Aussi démocratiquement élu et pluraliste qu'il soit, le législateur statue majoritairement pour une majorité et sous la contrainte qu'elle fait peser avec ses préoccupations, et partant, sa moralité. Les intérêts de celle-ci conduisent généralement le législateur à la parcimonie dans la prestation de liberté aux groupes minoritaires. Or c'est toujours la référence de pouvoir objective qui fait le phénomène minoritaire. Une minorité est un groupe dominé établi dans une situation de dépendance ou d'infériorité

direction d'une école en raison de son homosexualité, la requérante avait mis en cause l'impartialité du pouvoir provincial à l'occasion de la promotion qui lui fut refusée. Sa suspension n'est pas due à son homosexualité, mais à ses allégations sans fondement. La Commission européenne y souscrit et estime que la restriction a constitué une mesure nécessaire à la protection de la réputation et des droits d'autrui. E. Morissens c. Belgique, req. n° 11389/85, DR 56 , p. 126. On peut toutefois se demander si l'atteinte à la réputation de l'établissement est fondée plus sur la mise en doute de l'impartialité de ses supérieurs que sur le fait que la députation ait engagé une homosexuelle parmi ses enseignants. cf ANNEXE 3

²⁰⁰ à ce propos cf D.J. WEST : *Homosexualité et contrôle social in* Études relatives à la recherche criminologique, vol. 21 (1984)ed. Publications du Conseil de l'Europe pp 139-177

²⁰¹ §133 rapp. *Dudgeon*

²⁰² D J West : homosexualité et contrôle social, op cit. p. 177

par un acte de pouvoir qui désigne, classe, écarte ou réintègre en fonction de ses intérêts. “Là où il y a pouvoir, il y a résistance et (...) celle-ci n’est jamais en position d’extériorité par rapport au pouvoir”. Les rapports de pouvoirs, selon Foucault, entretiennent un caractère strictement relationnel et ne peuvent exister qu’en fonction d’une multitude de points de résistance : “ceux-ci jouent dans leur relation de pouvoir des rôles d’adversaire, de cible, d’appuis, de saillie pour une prise (...). Mais on a affaire le plus souvent à des points de résistance mobiles et transitoires introduisant dans une société des clivages qui se déplacent, brisent des unités et suscitent des regroupements sillonnant des individus eux même, les découpant et les raccommoquant”.²⁰³

Le contexte de libéralisation des mœurs est venu éclairer sous un jour nouveau la condition de ceux longtemps cantonnés à la marge de la société ou à la clandestinité du fait de leur comportement sexuel non conforme aux normes sociales. L’évolution des conceptions et la manifestation grandissante des pratiques autrefois qualifiées d’immorales aboutit par le biais d’un processus complexe de socialisation de la différence, à une sorte de légitimité tacite du comportement incriminé. Revendiquant leur intégration complète dans la société, il est désormais question d’un statut des minorités sexuelles, expression ambiguë, susceptible de devenir une nouvelle forme de marquage.

2.1 : les revendications des minorités sexuelles :

2.1.1 le surgissement de la question des minorités sexuelles :

Les droits revendiqués par la minorité sont rarement écoutés tant que les victimes ne se décident à prendre en main leurs propres intérêts et à se révolter contre leur condition ; la revendication est un moment de vérité en ce qu’elle émane du groupe lui même dénonçant la réalité de sa domination. “Elle est alors porte parole de la vérité du groupe mais aussi épreuve de vérité du groupe. En affirmant ses exigences autonomes, le groupe renforce les liens l’unissant à la société entière²⁰⁴”. L’injustice n’apparaît intolérable aux gens raisonnables qu’à partir du moment où les intéressés militent en faveur de leurs droits et que leurs appels trouvent un écho favorable dans l’opinion, relayés à différents niveaux (presse, association, partis, comités d’éthique...). Cette évolution s’inscrit dans le cadre de la libération sexuelle, communément interprété comme l’état des institutions qui se desserre, accordant aux individus le droit de modeler

²⁰³ MICHEL FOUCAULT : *La volonté de savoir*, histoire de la sexualité : tome 1, ed. nrf- Gallimard 1976 p.125-126-127. La thèse caricaturalement sociologique interprétant la libéralisation des mœurs comme victoire du discours “prosexuel” dénonçant la répression sexuelle, trouve ici sa limite, au même titre que celle affirmant un simple repli du droit face à l’évolution des comportements, ou que celui-ci s’aligne sur le fait, la loi sur les mœurs. cf Jean Carbonnier, *Essai sur les lois*, op. cit. p. 67

²⁰⁴ ALAIN FENET: *La question des minorités dans l’ordre du droit*, in Les minorités à l’âge de l’État nation, ouvrage collectif du Groupement pour le droit des minorités, ed. Fayard 1985 p. 58- 62

leur existence conformément à leurs aspirations. Toutefois elle s'inscrit dans un contexte plus vaste et plus ambigu : si le pouvoir réduit l'emprise de son contrôle il n'éteint pas sa surveillance. D'aucuns estiment que dans une société où les inégalités économiques et sociales sont de plus en plus durement ressenties comme une forme d'injustice, le pouvoir lâche du mou, là où cette politique lui coûte peu. Toutefois il étend son emprise sur toute une collectivité autrefois retranchée de son contrôle, soit parce qu'il les excluait légalement, soit parce qu'il feignait de les ignorer²⁰⁵. Cette réintégration dans la cité s'effectue par le biais d'une régulation; les individus n'en sont plus retranchés, ils y sont conditionnés. Le droit renonce au contrôle de la sphère privée et laisse le soin à l'individu de l'aménager, mais les bornes de celle-ci sont clairement posées; surtout les prolongements publics de ce qui est accordé à l'individu dans son intimité ne sont pas automatiques.

Qu'entend-on par minorité sexuelle ? la qualification de minorité ne s'applique généralement qu'aux groupes qui se considèrent différents quel que soit leur degré d'intégration en tant que citoyens d'un État. Dans son *Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorités sexuelles* adressé à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies²⁰⁶, le rapporteur Jean Fernand-Laurent précise que, ne tenant pas compte des ruptures occasionnelles et individuelles avec la morale collective, seront considérés seulement "les groupes de personnes qui contestent d'une manière permanente, implicite ou explicite l'ordre établi, refusant de jouer le rôle qui leur est assigné en tant qu'homme ou que femme et s'organisent, quand ils en ont la possibilité, pour revendiquer la satisfaction de leurs besoins spécifiques et pour s'entraider. Répondent à cette définition les homosexuels masculins et féminins et les transsexuels²⁰⁷". En bref, les personnes attirées par une autre de même sexe et celles qui ressentent le profond besoin d'en changer : les deux groupes renvoyant à la structure fondatrice de la société, la différenciation des sexes, et qui présentent tous deux la particularité d'être inscrits sur le registre de l'OMS parmi les maladies mentales, au même titre que les fétichistes, travestis, etc...; le phénomène ne serait pas du ressort des caprices, mais aurait un fondement psychique ou matériel, échappant à la volonté de l'individu, et faisant l'objet de recherches scientifiques et médicales. Face aux réactions de la majorité qui considère leur manifestation comme une transgression de l'ordre social, de l'ordre naturel ou encore divin, dans un sujet aussi sensible l'un des lieux privilégiés de la morale sociale, la

²⁰⁵ à propos de l'activité du Conseil dans le domaine de la prostitution, cf *Séminaire sur la lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine*, Strasbourg, 25-27 sept. 1991 conclusions de la rapporteuse générale, Licia Brussa doc. du Conseil de l'Europe, doc. EG/PROST (91)13, 8 p.

²⁰⁶ Rapport de la Sous-Commission des Droits de l'Homme de l'O.N.U de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : *Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorité sexuelles* réalisée par Jean Fernand Laurent, 13 juin 1988, Doc. n° E/ CN 4/ Sub.2/ 1988 /31.

²⁰⁷ *Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorité sexuelles*, op cit, p.5

question soulève d'épineuses questions et invite à prendre des mesures positives afin de prévenir les vexations dont ces deux groupes sont l'objet.

Or c'est ici que la notion de minorité sexuelle apparaît embarrassante, en ce qu'elle ne va pas sans éveiller par analogie le statut des minorités culturelles, linguistiques et religieuses. Pour ces dernières l'on s'accordera sur la définition Jules Deschênes " un groupe de citoyens d'un État en minorité numérique et en position non dominante dans cet État, dotés de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité, animé fût-ce implicitement d'une volonté collective de survie, visant à l'égalité en fait et en droit²⁰⁸ ". A quoi il faut ajouter que la protection doit être assurée contre les prétentions de la majorité afin que le particularisme de la minorité puisse être préservé; l'exigence de garantie absolue d'égalité individuelle constituant le préalable, plutôt que le contenu de la revendication : " le premier droit du minoritaire est donc paradoxalement le droit à l'assimilation, parce qu'il est la condition d'un exercice positif de sa différence²⁰⁹ " qui s'exprime à travers l'exercice de ses droits culturels, linguistiques ou religieux.

2.1.2 Ambiguïté de la notion de minorités sexuelles :

Or comment s'analyse le contenu des revendications des dites minorités sexuelles ? Il semble que soit réclamé un droit à une égalité totale de traitement, ce qui se traduit par l'abrogation des clauses nationales visant à stigmatiser la manifestation de leur comportement et l'adoption de stipulations visant à prévenir les discriminations. Existe-t-il par ailleurs une exigence de droits spécifiques? Sauf à admettre la pertinence d'une culture gay, dont on aurait pour le moins du mal à cerner les contours²¹⁰, la revendication se ramène plutôt à la demande d'une assimilation pleine et entière plutôt qu'à un droit à la différence. "Il n'y a rien de spécial à vouloir vivre comme un membre égal de la société à l'abri des discriminations irrationnelles²¹¹". La spécificité des transsexuels consistant à se voir reconnaître le droit - après traitement psychiatrique, hormonal, chirurgical avalisé par les autorités médicales compétentes - de modifier leur état civil. Or pour exceptionnel

²⁰⁸ JULES DESCHÊNES *Une définition des minorités*, in Les cahiers du droit, vol. 27, n° 1, mars 1986, Faculté de droit, Université Laval, Québec. n° spécial : Droits des minorités : actes du III^e colloque, p. 291.

²⁰⁹ Alain Fenet : *La question des minorités dans l'ordre du droit*, op.cit. p.

²¹⁰ "le terme gay exprime la volonté de se débarrasser allégrement de tout complexe et de promouvoir une morale du plaisir. Il désigne aussi dans l'expression "gay world" l'ensemble des lieux de rencontre et de services en tout genre (bars, bains, librairies, agences de voyage, voire comme à San Francisco chambre de commerce et caisse d'épargne) réservés à la communauté homosexuelle, qui par son nombre devient une clientèle pour hommes d'affaires en même temps qu'une masse électorale avec laquelle aux États Unis un candidat doit compter" in Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorité sexuelles, p.15 § 53

²¹¹ "There is nothing special about wanting to live as an equal member of society, protected from irrational discriminations" Tim Mc Feely of Human Rights Campaign fund, a Washington based advocay group. in Gays rights IV : are gays and lesbians seeking equal or special rights?, revue CQ researcher March 5, 1993, vol. 3, n° 9, p. 198.

qu'il soit , l'aboutissement de l'action en réclamation de sexe²¹² , est la conséquence juridique d'un changement d'état. Cette étape semble désormais franchie en Europe, où des solutions législatives ont vu le jour depuis 1972 pour prendre en charge les transsexuels "véritables", et où l'arrêt *B c. France* aura et a déjà des effets sur le plan interne dans les divers États membres du Conseil de l'Europe. Mais c'est sur les droits postérieurs au changement de sexe, que les oppositions comme nous l'avons vu sont les plus vives. Et ici les revendications des homosexuels et des transsexuels se recoupent, puisque c'est essentiellement sur le droit de la famille et le droit au mariage que les résistances sont majeures, tenant au caractère symbolique de ces institutions et à la préoccupation légitime pour l'intérêt de l'enfant.

Une fois la conversion sexuelle opérée et le changement d'état civil effectué se pose la lancinante question de la nature du transsexuel : homme femme, ou simple apparence pour n'avoir pas acquis toutes les caractéristiques de l'autre sexe. Interdire au transsexuel le mariage pour des motifs biologiques, risque de le faire basculer dans un statut de troisième sexe, catégorie d'être auquel est reconnu sa nouvelle identité mais non tous ses effets - le droit au mariage et à la famille en particulier. La doctrine s'est plu à imaginer divers cas d'école sur le sujet , les plus brûlants²¹³ concernant le mariage et les enfants, en particulier si un lien familial est préexistant au moment de la conversion sexuelle de l'un des membres du couple . Or, comme le souligne Jacqueline Rubellin Devichi, il est sans importance si les parents semblent être du même sexe qu'il le soient ou non à l'état civil : "si traumatisme il y a il est survenu avant, au moment de l'acquisition du sexe psychologique et social. Et si le changement intervient pendant que les enfants sont mineurs, les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs progénitures n'en seront pas modifiés pour autant : ils sont parfaitement identiques²¹⁴ ". Quant au refus d'accorder un droit d'adoption à un couple dont l'un des membres est un transsexuel opéré, il se fonde essentiellement sur la notion d'intérêt de l'enfant. Force est de constater, à l'instar de Michelle Gobert, qu'il correspond au modèle traditionnel qui demeure l'idéal à atteindre mais qui est durement concurrencé. Cette notion à elle seule comme raison invoquée pour refuser le droit de garde à un transsexuel ne suffit pas,²¹⁵ certains auteurs relevant le cas de couple dont l'un des membres est transsexuel élevant des enfants sans que ceux-

²¹² Roger Nerson, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 801.

²¹³ cf en part. JEAN -PAUL BRANLARD : *Le sexe et l'état des personnes*, thèse sur microfiche, Paris, 1991, p. 416 ss.

²¹⁴ JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI : *L'état de la personne in Le droit français et la convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)* par F. SUDRE et alii éd. NP Engel, Kehl, 1993, p. 165-185, p. 175.

⁴⁴ MICHELLE GOBERT *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, JCP 1990, I, 3475, §16

²¹⁵ voir aussi ISABELLE PERRIER ROUVIER *Adoption-transsexualisme*, *Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'appel de Versailles*, Avril-sept. 1993, n° 28-29, p. 63-75, à propos de la décision du T.A de Versailles, 16 juin 1992, Mme A c/ Dpt des Yvelines : par ce jugement le T.A. a annulé la décision du 23/4/1991 du Président du Conseil général des Yvelines, rejetant la demande d'agrément aux fins d'adoption présentée par Mme A, au motif que la requérante était seule, divorcée et avait subi un changement de sexe.

ci ne soient perturbés dans leur développement²¹⁶. Le même argument du bien-être de l'enfant est opposé à la question au droit d'adoption d'enfants par un couple homosexuel.

Le concubinage homosexuel étant une réalité, il convient de trouver des solutions à la volonté des deux conjoints de se garantir mutuellement des droits (en matière de succession, d'achats en commun, etc...) ne serait-ce que pour éviter des détournements de procédure telle celle d'adoption en France²¹⁷. Comme s'en est fait l'écho Jacqueline Rubellin-Devichi, "la gestion n'a rien à voir avec la morale"²¹⁸. Indépendamment des prises de position passionnelles, un courant favorable au droit de concubinage homosexuel semble voir le jour; les droits en matière d'adoption semblent eux, rencontrer plus de réticences, non tant à l'égard de l'aptitude parentale de deux homosexuel(le)s, qu'au regard de la perception par l'enfant des rôles sociaux, et surtout des réactions de l'entourage immédiat (école, voisinage, ...) à une époque où malgré tout, l'homosexualité demeure un sujet sensible, pouvant générer des tensions aiguës²¹⁹.

En dépit des réticences qu'une telle évolution peut soulever, la question demeure: faut-il créer un statut particulier aux minorités sexuelles? Cette alternative ne semble pas faire l'unanimité du fait même du recours à la loi. "D'aucuns craignent qu'un statut super protecteur vienne à sécréter un marquage, source de discriminations, voire de marginalisation, qui plus est irréversible parce qu'institutionnalisé²²⁰". Par ailleurs une attitude trop bienveillante peut amener les personnes sensibles à la question à s'ériger en garant de l'ordre moral et à faire justice elles-mêmes (squeed bashers, "chasse au pédé")²²¹. Certaines formes de solidarité peuvent sous prétexte d'un droit à la différence, susciter un marquage et générer de nouvelles stigmatisations. Il convient donc de replacer les mesures dans le contexte de la société et eu égard au degré de tolérance sociale, sans pour autant que les opinions d'une majorité puissent venir justifier l'inaction des autorités ou la perpétuation d'un statut discriminatoire. A cet égard on n'a pas manqué de souligner qu'à satisfaire les demandes visant à obtenir la légalisation d'une union, ou le droit pour les couples du même sexe d'adopter des enfants, on aboutirait à des solutions que la grande partie de la société réprouverait, ce qui ne manquerait pas de mettre en cause les acquis²²². De surcroît, à accorder un statut plus favorable ou plus

²¹⁶ J. Rubellin Devichi : op.cit.p.175.

²¹⁷ Si les deux individus sont séparés par au moins quinze ans de différence d'âge, le plus âgé peut légalement adopter le plus jeune. Il se crée ainsi entre eux un lien familial reconnu par l'art.344 du code civil français. Les tribunaux ont été saisi à plusieurs reprises de demandes de ce type mais certaines procédures ont été annulées au motif qu'on ne saurait sous couvert d'adoption consacrer des relations qui ne correspondent en rien à la finalité de l'institution. O. De Tissot, *La liberté sexuelle et la loi* op.cit. p.175

²¹⁸ JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI : *Personnes et droits de la famille : des éléments constitutifs du concubinage*, Rev. trim. dr. civil, 1990, p. 54 ss, p.57

²¹⁹ cf D.J. West : homosexualité et contrôle social, op. cit; p.147-150

²²⁰ L. JOINET *Le rôle de la solidarité*, Démocratie et droits de l'Homme, ed. N P Engel, 1990 p. 140

²²¹ à ce propos cf D.J. West op cit , p.159 ss.

²²² déjà particulièrement mis à mal par les campagnes anti- sida qui ont visé la communauté homosexuelle

souple pour les unions de personnes de même sexe biologique que celui prévu pour les unions de type hétérosexuel on risquerait de réveiller des animosités profondément enracinées²²³. De telles considérations peuvent peut-être expliquer la circonspection des organes chargés du contrôle du respect de la Convention à trancher dans les affaires de mœurs. Elles ne révèlent pas moins la conciliation délicate à effectuer entre l'abrogation des statuts discriminatoires, et donc un respect effectif et intégral des droits de l'individu, et le discours de la libération sexuelle.

2.2 les aménagements juridiques

Il se développe une conscience accrue des disconformités entre les styles de vie et les encadrements juridiques. Suite à l'évolution enregistrée dans certains États, et aux initiatives prises par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et par le Parlement européen, se mettent en place des propositions visant à la recherche de solutions globales et cohérentes à un niveau européen. L'on ne s'étonnera toutefois point que dans un domaine où le droit est en pleine transition, les organes de la Convention témoignent de leur prudence habituelle : elle dément ainsi l'idée que l'on pourrait avoir de la Cour appelée à garantir le développement de normes communes dans un domaine sensible.

2.2.1 Encadrement normatif de la transsexualité et de l'homosexualité : les obligations positives

En 1988, l'Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorités sexuelles concluait sur les propositions de résolution à la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU²²⁴. Outre un volet préventif centré sur l'éducation, le rapport recommandait " dans un souci de non discrimination et de respect de la vie privée(..) de prendre(..) les dispositions *législatives* suivantes :

- a) comme il en est du racisme, toute violence et toute discrimination exercées à l'encontre d'une personne en raison de son orientation sexuelle sont punissable par la loi(...).
- b) toutes les pratiques sont tolérées entre adultes consentants, pourvu qu'elles ne s'exercent qu'en privé et n'offensent pas publiquement la pudeur.

²²³ cf D.J. West, p. 156.

²²⁴ à notre connaissance aucune résolution de la Commission des droits de l'Homme de l'ONU n'a vu le jour à ce propos.

c) un transsexuel authentique qui a obtenu médicalement sa conversion de genre est admis à obtenir la modification de son état civil(...).

d) les associations de minorités sexuelles sont autorisées tant que leurs activités ne contreviennent pas à la loi sur les associations ou à d'autres lois²²⁵.

Le projet de recommandation prenait toutefois soin de préciser au § 104, "en même temps qu'il protège une minorité sexuelle (...) contre toute persécution, l'État, et il est permis de le penser, peut et doit protéger son entourage contre les dommages potentiels que ces pratiques présentent ' pour la morale, l'ordre public et le bien être général' (art. 29.2 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme)".

Ce projet de recommandation au niveau international a toutefois été relayé, parfois précédé par les institutions européennes qui ont évité, semble-t-il, la dénomination "minorité sexuelle", et invité les États à intervenir dans les deux domaines (homosexualité et transsexualisme), mais de façon séparée.

transsexualisme :

Outre l'encadrement législatif du syndrome transsexuel, datant dans certains États des années soixante-dix, le Parlement européen et l'Assemblée parlementaire ont pris certaines initiatives visant à encourager l'harmonisation des lois et des pratiques au niveau européen. Constatant notamment que le transsexuel est victime de discriminations et de violations de sa vie privée et que la législation de nombreux États membres comporte de graves lacunes à cet égard, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe demandait en 1989 au Comité des ministres d'élaborer une recommandation invitant les États membres à réglementer par un texte législatif le cas des transsexuels. Elle recommandait en particulier a) que la mention du sexe de l'intéressé soit rectifiée dans le registre des naissances, ainsi que dans ses pièces d'identité (...) et d) que toutes les discriminations dans la jouissance des libertés et droits fondamentaux soient interdites conformément à l'article 14²²⁶. Peu auparavant, le 12 septembre, le Parlement européen avait adopté une résolution invitant le Conseil de l'Europe à arrêter une convention relative à la protection des transsexuels²²⁷.

Lors de l'arrêt *Cossey* (1990) treize États prévoyaient et rendaient possible la conversion sexuelle; les pays membres du Conseil de l'Europe ayant apporté des solutions législatives n'étaient toutefois qu'au nombre de 5 : Suède (1972), RFA (1980), Italie (1982); Pays Bas (1985), et Turquie (1988), ces lois instituant la possibilité pour les

²²⁵ Rapport de la sous Commission des Droits de l'Homme de l'O.N.U de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorité sexuelles § 103.

²²⁶ recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1117 (1989).adoptée le 29 sept. 1989. cf ANNEXE 1

²²⁷ résolution du Parlement européen JOCE C 256/34 résolution du 12 septembre 1989., p 33, §3.

transsexuels de changer de sexe à l'état-civil, certains États leur reconnaissant le droit de se marier. L'Assemblée parlementaire préconisait un règlement par voie législative, mais, notons-le, n'abordait pas la question du droit au mariage des transsexuels, se limitant à demander de prescrire toute forme de discrimination. Outre que dans le restant des pays européens, la doctrine reste divisée, à l'instar de la France, quant à l'opportunité de légiférer, les solutions adoptées dans les divers États sont loin d'être uniformes²²⁸. S'ils reconnaissent la possibilité au transsexuel de voir son sexe modifié à l'état civil, c'est sous des conditions diverses prévoyant des garanties dans certains cas, avant que soit entreprise l'opération chirurgicale et hormonale, dont l'effet est irréversible. Ainsi la loi allemande (Transexuellengesetz, loi du 10 sept. 1980) se fonde sur une nette distinction entre les deux aspects de la question : elle prévoit la *kleine Losung*, relative au changement de prénom, et la *grosse Losung*, concernant la véritable détermination sexuelle et qui intervient après opération médicale. Les lois suédoise, italienne²²⁹ et néerlandaise n'établissent pas de distinction à ce propos : l'accent est mis sur la rectification de l'attribution de sexe, dont le changement de prénom devient une simple conséquence. Les législations exigent pour la plupart (sauf en Suède) que la personne soit majeure pour réclamer le changement de sexe; quant à l'autorisation d'intervention chirurgicale, les solutions vont de la totale liberté individuelle (RFA) à une autorisation administrative ou judiciaire préalable. Quant à la situation matrimoniale de l'individu, les lois allemande et suédoise prévoient que la procédure en rectification de sexe ne peut être engagée que s'il s'agit de personnes non mariées, ce qui suppose qu'en cas contraire les personnes doivent préalablement obtenir le divorce, ou du moins que le mariage soit dissout. On pourrait s'interroger si cette obligation de séparation préalable ne constituerait pas une atteinte à la vie familiale²³⁰. En Italie, une telle condition n'est nullement exigée; en revanche la loi prévoit que la rectification de sexe de l'un des conjoints constitue une cause *automatique* de divorce. Enfin concernant le droit au mariage, la Suède prévoit le mariage de personnes de sexe biologique identique, mais dont l'une doit avoir obtenu modification de son état-civil. Le mariage postérieur, dans certains États autorisant le changement de sexe et d'état civil par voie jurisprudentielle, est interdit au transsexuel, (Espagne, déc. de la Cour suprême du 2 juillet 1987.) Solutions, on le voit après ce bref aperçu, loin d'être uniformes et qui traduisent une approche différente du syndrome transsexuel et des conséquences juridiques qui découlent du changement de sexe.

²²⁸ cette partie est largement redevable à l'ouvrage de L EDMOND PETTITI : *Les transsexuels*, coll. Que sais je, Puf, 1992. et au rapport Rodotà, déjà cité, Doc 6100 (1989). Pour une approche plus détaillée et récente voir peut-être : Actes du colloque Transsexualisme, médecine et droit, (14-16 avril 1994) en cours de publication. Publications du Conseil de l'Europe. En particulier, allocution de H. DELVAUX : *Les conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé* et D. Van ITERSOM, *Aspects internationaux des questions liées au transsexualisme*.

²²⁹ loi italienne du 14 avril 1982 n°164

²³⁰ cf J Rubellin Devichi, l'état des personnes, op.cit., p.178-179

homosexualité :

Un pas important a été accompli lorsque l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a discuté la recommandation 926, adoptée le 1er octobre 1981²³¹. Tout en soulignant que l'État a une responsabilité dans les secteurs d'intérêts publics, tels que la protection de l'enfance, l'Assemblée estimait que tous les individus ayant atteint l'âge légal de consentement devaient jouir du droit à l'autodétermination sexuelle. La recommandation adressée au Comité des ministres lui demandait d'exhorter les États membres à abolir les lois et pratiques pénalisant les actes homosexuels entre adultes consentants. et à appliquer le même âge minimal de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels. Elle demandait également que l'égalité de traitement soit assurée aux homosexuels en matière d'emploi et de sécurité d'emploi (§ 7 ii b), et que le droit de visite et de garde des enfants par leurs parents ne soit pas limité pour le seul motif du penchant homosexuel de l'un d'eux. Le projet de recommandation élaboré par la Commission des questions sociales et de la santé prévoyait de demander que soit inséré dans l'article 14 la notion de penchant sexuel²³² ; il a toutefois été jugé, lors de l'adoption du texte, que le mot "sexe" figurant à l'art. 14 n'indiquait pas seulement une distinction entre homme et femme, mais devait être interprété de façon à couvrir des notions telles que penchant ou inclination sexuels²³³. Dûment transmise au Comité des ministres, la recommandation y fit l'objet de vives discussions et a, par la suite, été communiquée aux différents gouvernements, mais sans commentaire ni favorable, ni défavorable.

En outre le 8 février 1994, le Parlement européen a adopté une *résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne*. Par 159 voix pour, 96 contre et 16 abstentions, les députés européens demandaient aux États membres d'appliquer le même âge de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels (§6), et que soient prises des mesures et organisées des campagnes contre les actes violents "dont les personnes homosexuelles sont de plus en plus victimes", ainsi que contre toutes les formes de discrimination sociale exercées à l'encontre des homosexuels²³⁴. Ils appelaient en particulier les autorités britanniques à

²³¹ recommandation 924 (1981) Assemblée parlementaire, 32^e session ordinaire, Recueil des textes adoptés, tome 1980-1982.

²³² s'inspirant de l'art. 10 de la Charte des droits individuels du Québec, et de la loi néerlandaise du 7 mai 1980, qui interdisent toute discrimination fondée sur l'inclination sexuelle. A propos du débat sur le projet de recommandation, et les modifications survenues dans le texte, cf Avis sur la discrimination à l'égard des homosexuels, (rapporteur M. Berrier), Doc 4777, du 22 sept. 1981. Assemblée Parlementaire, 33^e session, coll. Documents, t. III-IV, 1981.

²³³ la commission des affaires juridiques, discutant le projet de recommandation conseillait de laisser soin à la Commission et à la Cour de constituer une jurisprudence à ce propos. Si jamais l'interprétation donnée s'avérait trop restrictive, il conviendrait dès lors de proposer une modification de l'art. 14. Doc 4777, op. cit, §2, p. 4-5.

²³⁴ Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne JOCE C 61/42, 8.2.1994, p. 40. § 9-10. A cet égard le pape s'émeut : "Le Parlement a

abolir les dispositions discriminatoires et à rétablir la liberté d'opinion et d'information en matière d'homosexualité. Enfin, la résolution invitait en outre la Commission des Communautés européennes à présenter un projet de recommandation devant chercher à mettre fin, entre autres, à toute discrimination en droit du travail et en droit de la fonction publique. La recommandation devrait également lever l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou leur permettre de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes. Il faudrait en outre lever toute restriction faite au droit des lesbiennes et homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou élever des enfants.

Ces diverses initiatives au niveau supranational, si elles sont dépourvues d'effet obligatoire n'en sont pas moins la manifestation d'une prise de conscience aiguë du statut incertain qui caractérise le sort des des homosexuels et des transsexuels. Elles s'inspirent en majorité des aménagements juridiques existant dans les divers pays européens, prévoyant le système de protection le plus avancé.

Certains pays européens ont depuis les années soixante-dix promulgué des dispositions légales protégeant les homosexuels contre les discriminations²³⁵. Commet ainsi une violation de l'art. 246 du code pénal norvégien quiconque use de termes injurieux à l'encontre d'individus ou de groupes à cause de leur penchant homosexuel. Les homosexuels sont en outre, au même titre que les autres citoyens, protégés contre les expulsions illégales et les licenciements abusifs²³⁶. A l'instar de la Norvège, le Danemark offre désormais la possibilité aux homosexuels de conclure un contrat de partenariat²³⁷. En France bien qu'aucun article du code civil n'interdise le mariage de deux personnes de sexe identique, l'article 75 fait mention des termes "mari" et "femme". Le projet de contrat d'union civile (CUC) déposé par certains députés à l'Assemblée nationale, n'a jamais vu le jour et semble en partie relégué à une date incertaine²³⁸. Seuls deux premiers articles du projet de loi ont été adoptés offrant la possibilité à un homosexuel d'être couvert par la sécurité sociale de son conjoint et la garantie du maintien dans les lieux si l'un des deux vient à disparaître. Le reste du projet n'a toutefois jamais été adopté ; il présentait l'avantage de régler la question des droits mutuellement garantis entre conjoints, tout en accordant les avantages de cette forme de "mariage allégé" à "toute personne physique", ce qui comprend les couples hétérosexuels,

indubitablement conféré une valeur institutionnelle à des comportements contraires au dessein de Dieu". "Toute personne humaine est digne de respect; ce qui n'est pas moralement admissible c'est l'approbation juridique de la pratique homosexuelle". Le Monde 22/02/1994, p. 10. cf ANNEXE 2

²³⁵ Norvège depuis 1979, Pays Bas, en France depuis 1985 : l'amendement n° 82 discuté et adopté le 13 mai 1985 : art. 416 1°, 2°, 3° du code pénal. Bien qu'aucune évocation claire de l'homosexualité soit faite (on parle de "moeurs"), l'amendement proposé par le député J.P. Michel, a permis d'introduire en droit français la répression de discriminations fondées sur l'homosexualité réelle ou supposée. Cf Raphaël Romi, *Droit homosexualité*, op. cit. , p.34

²³⁶ cf D.J. West, *Homosexualité et contrôle social*, op. cit p. 153

²³⁷ Le Monde 22 février 1994; l'adoption et l'insémination artificielle sont toutefois interdits aux homosexuels.

²³⁸ cf le Monde du 18/04/92 p. 14 Pour deux millions de couples non mariés la création d'un CUC est à l'étude (ANNEXE 8), et celui du 25/12/92 p. 6 : le contrat d'union civile partiellement ressuscité.

homosexuels, et ceux dont l'un des membres serait transsexuel²³⁹. Ces solutions pour novatrices qu'elles soient demeurent encore isolées dans l'espace du Conseil de l'Europe.

Sur la question de l'âge minimal de consentement pour les rencontres homosexuelles, une évolution convergente est en revanche en cours. En ce qui concerne les infractions homosexuelles contre les garçons, d'importants changements sont intervenus depuis une vingtaine d'années. Les Pays Bas en 1971, la Norvège (1972) la Suède (1978) et la France en 1982 ont adopté des dispositions prévoyant un âge de consentement unique pour les relations hétérosexuelles et homosexuelles, l'âge limite étant de quinze ans en France, au Danemark et en Suède, et de 16 ans aux Pays-Bas et en Norvège. En Italie, au Portugal, en Espagne et en Turquie les mêmes âges limites s'appliquent depuis longtemps. Des âges limites spéciaux pour les relations homosexuelles existent dans les autres pays, plus élevés que pour les rapports hétérosexuels, à savoir 18 ans en Autriche, 17 ans en Grèce, et 20 ans en Suisse, alors qu'en Grande-Bretagne, l'âge seuil était fixé à 21 ans jusqu'à une date récente pour les relations homosexuelles²⁴⁰. Il faut toutefois préciser que ces âges limites légaux ne reflètent pas toujours la réalité des poursuites pénales. Mais le cas anglais est radicalement différent de la situation prévalant dans les autres pays: les 123 personnes qui ont été reconnues coupables en Angleterre et au Pays de Galles en 1973 de relations avec des hommes consentants de 18 à 21 ans, ont dû imputer la sanction infligée pas tant au choix fait par le législateur d'un âge de consentement élevé mais plutôt au fait qu'indépendamment de l'âge des participants, les actes homosexuels accomplis en public ou mettant en cause plus de deux personnes sont demeurés punissables.²⁴¹

2.2.2 : la position des organes de la Convention : la circonspection

Dans le contexte de la réforme du droit pénal, les questions de consentement et de l'âge de consentement se voient conférer un degré d'urgence différent selon les pays. La priorité a été donnée à l'allègement du fardeau supporté par les minorités du fait d'une législation pénale discriminatoire. Cet objectif a gouverné la décriminalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants pratiquement achevée dans les États membres du Conseil de l'Europe; la question de l'âge de consentement, des dispositions

²³⁹ selon un arrêt en France du 6 avril 1903 (DP 1904, 1, p. 395.), une personne dépourvue d'organes génitaux internes pouvait être considérée comme une femme, pour l'appréciation de la validité du mariage. Dès lors, il semble qu'un transsexuel ayant obtenu modification de son état civil en France, soit autorisé à se marier après l'arrêt B. c. France : cf J.. Rubellin Devichi *L'état de la personne*, op cit, p. 177.

²⁴⁰ Le Monde 23.02.1994, art. de L. Zechinni, p. 10: l'âge a été abaissé à 18 ans, alors que pour les rapports hétérosexuels, l'âge seuil est de seize ans.

²⁴¹ données tirées de H. HORSTKOTTE *L'âge et les conditions du consentement dans le domaine sexuel*, in *Attitudes et comportements sexuels...*, op. cit. pp.183-227, p.205

anti-discriminatoires et l'aménagement de la situation juridique des couples de même sexe n'est en revanche nullement dépassée.

La Cour est demeurée en cela conforme à son attitude consistant à ne se prononcer que sur les points essentiels de l'affaire, le strictement nécessaire, et à écarter les questions subsidiaires qui y sont rattachées, mais à propos desquelles ne règne pas encore de consensus. Elle s'est implicitement prononcée sur la question de savoir si les homosexuels bénéficiaient des clauses anti-discriminatoires de l'article 14 dans l'arrêt *Dudgeon*, mais a considéré la question absorbée par celle analysée au regard du droit au respect de la vie privée.

Face à la question transsexuelle, la Cour ne s'est prononcée qu'au regard de l'article 8. L'affaire *B. c. France* est la première des quatre requêtes de transsexuels portées devant la Cour où la question du droit au mariage n'a pas été abordée, rejetée par la Commission pour non épuisement des voies de recours internes. La requérante invitait néanmoins la Cour à pousser son analyse plus en avant que dans les affaires *Rees* et *Cossey* : il s'agissait de savoir si un État contractant viole la Convention s'il nie d'une manière *générale* la réalité du sexe psychosocial. La Cour n'a toutefois pas jugé nécessaire d'analyser la demande de la requérante. Le résultat revenant à ce que le thème récurrent des requêtes de transsexuels, le droit au mariage, ne soit pas abordé.

De même à propos des diverses requêtes d'homosexuels (aff. *Dudgeon*, *Norris*, et *Modinos*) requéraient une approche sous l'angle du respect de la vie privée. Des griefs portant sur l'article 12 n'ont jamais été soulevés par des homosexuels devant la Cour, mais compte tenu de l'interprétation donnée dans les affaires *Rees* et *Cossey*, et de la formulation de l'article 12, ils n'auraient eu aucune chance de succès. D'ailleurs "aucun État au monde ne marie d'homosexuels. Il existe (seulement) des unions de type contrat de vie commune²⁴²". L'aménagement de ceux-ci relève de la volonté du législateur national.

Dans les deux cas, homosexualité et transsexualité, le droit de "conduire la vie sexuelle de son choix en accord avec son identité profonde"²⁴³ a été approché du point de vue des ingérences de l'État ou des tiers; le droit au mariage ou à une formule équivalente et à une égalité de traitement relèverait des obligations positives, vis-à-vis desquelles la Cour témoigne d'une prudence excessive lorsque l'on se trouve face à une évolution n'ayant pas touché la totalité des États.

La Commission en revanche a, à plusieurs reprises, été amenée à se prononcer sur les questions de discriminations émanant d'homosexuels²⁴⁴, mais elle a, à chaque

²⁴² allocution de J-P BRANLARD au colloque Homosexualité, droits et libertés, organisé par le Centre de formation judiciaire, cité in Forum, novembre. 1993., p. 14

²⁴³ MICHEL LÉVINET : *Le transsexualisme et la Convention européenne des droits de l'homme. Vers un statut des minorités sexuelles en droit européen des droits de l'Homme in Perspectives du droit international et européen*, Mélanges Apollis, Ed. Pédone, 1992., p. 125.

²⁴⁴ aucune requête relative à des discriminations concernant des transsexuels n'a, à notre connaissance été déposée devant la Commission, en dehors de la requête X contre Royaume Uni (n° 10622, déc. du 5

fois jugé les requêtes irrecevables. Parmi celles relatives à un traitement discriminatoire du fait de l'âge de consentement plus élevé pour les relations homosexuelles, nous retiendrons en particulier celle de *Martin Johnson c. Royaume uni* ²⁴⁵ (décision du 17 juillet 1986). M. Johnson avait organisé chez lui une soirée à laquelle étaient conviées une quarantaine de personnes toutes homosexuelles, mais aucune mineure selon lui. A deux heures trente du matin la police avait pénétré sans mandat dans le domicile du requérant, lequel fut arrêté et emmené aux poste en compagnie de ses trente sept invités. Accusé au moment de son arrestation d'avoir permis au cours de la soirée la commission d'actes homosexuels dans des conditions contraires à celles prévues par les loi de 1956 sur les moeurs telle qu'amendée en 1967, les poursuites furent par la suite abandonnées. La police avait effectué la descente conformément aux pouvoirs d'ordre général dont elle dispose lorsqu'il y a soupçon raisonnable d'infraction à la loi; en l'occurrence celles de 1967 autorisant uniquement des actes homosexuels entre adultes consentants de plus de 21 ans, et en privé : l'art. 1.2 de cette loi stipulant que si plus de deux personnes y participent ou y assistent, l'acte sera considéré comme une infraction. Dans sa requête déposée devant la Commission, le requérant se plaint d'une part d'une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée et de son domicile, et d'autre part d'une inégalité manifeste de traitement puisque l'interdiction d'actes avec des personnes de moins de 21 ans, ainsi qu'à plusieurs ne s'applique pas aux hétérosexuels et aux lesbiennes.

Concernant la descente de police, cette partie du grief est rejetée pour dépassement des délais dans le dépôt de la requête. La Commission se prononce toutefois sur la législation en cause. À propos de la violation alléguée de l'article 8, elle estime tout d'abord, qu'il n'a pas été soutenu que le requérant ait eu ou désire avoir des relations avec un homme de moins de 21 ans; partant la législation n'affecte pas de façon permanente sa vie privée. Quant à l'incrimination des actes homosexuels comprenant plus de deux personnes, la Commission relève que l'entrée de la police dans l'appartement du requérant n'a pas eu lieu sous le soupçon d'une infraction à cette disposition de la loi de 1967. D'ailleurs, précise-t-elle, le requérant n'a pas allégué être prêt à commettre de tels actes; la législation ne constitue donc point une ingérence dans la vie privée de l'individu.

Quant à la question de la discrimination relative à l'âge de consentement plus élevé pour les homosexuels, la Commission reprend sa position antérieure ²⁴⁶ selon laquelle la

juillet 1985, non publiée citée in *L'égalité des sexes et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p 13-14). La requérante invoquait une violation de l'article 14 combinée avec l'article 8 : selon elle l'article 14, interdit les discriminations fondées sur le sexe et sur le genre; elle fait notamment valoir que l'article 14 interdit la discrimination pour des motifs de transsexualité. En invoquant exclusivement les motifs biologiques pour déterminer leur sexe, le Royaume Uni ne respecte pas pas l'identité des transsexuels. La Commission n'a toutefois estimé la requête recevable qu'au titre de l'article 8.

²⁴⁵ req. *Martin Johnson c. Royaume uni*, n° 10389/83, décision du 17/7/1986., DR 47 p. 78 ss, cf ANNEXE 7

²⁴⁶ X c. RFA, req 5935/72, dec. 30/9/1975 DR 3, p 46.

différence d'âge de consentement pour les actes commis entre homosexuels d'une part , et lesbiennes et hétérosexuels d'autre part, trouve une justification objective et raisonnable dans le critère de protection sociale. Dans l'affaire *X c. RFA* (déc. 30 sept.1975) la Commission avait notamment déclaré" que des études en RFA "ont abouti à la conclusion probante en ce qui concerne l'existence d'un danger social spécifique à propos de l'homosexualité masculine"²⁴⁷ . En effet, les homosexuels "constituent fréquemment un groupe socioculturel distinct se livrant à un net prosélytisme à l'égard des adolescents et que l'isolement qui en résulte pour ceux-ci est particulièrement marqué²⁴⁸ ". Aussi, pour revenir à l'affaire *M. Johnson c. Royaume Uni*, la Commission tout en reconnaissant que les idées changent et évoluent sur la question de l'âge de consentement pour les homosexuels de sexe masculin, ne voit pas de raison de s'écarter de ses précédentes décisions et estime que le critère de proportionnalité a été respecté dans les faits de l'espèce²⁴⁹ . Quant au fait que la législation érige en infraction les actes entre homosexuels accomplis par plus de deux personnes, et non ceux accomplis par des hétérosexuels ou des lesbiennes dans les mêmes conditions, cela se justifie par la nécessité de protéger l'individu s'il est jeune et vulnérable, selon elle. La requête est donc irrecevable.

En dépit des nombreux détours de la Commission pour conclure à l'absence de violation des droits de l'individu, la décision donne la désagréable sensation d'un syllogisme , lequel, selon le mot de Condillac, n'est pas un raisonnement, mais la forme que l'on fait prendre à un raisonnement dont les conclusions sont posées à l'avance.

L' on pourrait déjà s'interroger sur la nécessité de conduire à 3 h du matin 40 personnes au poste pour contrôler qu'il n'y a point de mineurs; un simple contrôle d'identité eût probablement évité la publicité faite dans la presse qui semble avoir produit de douloureux effets. Il est vrai que le grief était sur ce point irrecevable. Concernant la violation de la Convention du fait de l'interdiction pénale faite aux homosexuels d'avoir des relations incluant plus de deux personnes, la législation ,selon la Commission, ne constitue point une ingérence puisque l'individu ne s'est pas déclaré prêt à en commettre. Elle oublie toutefois que dans l'exposé des faits, il est dit que le requérant fut accusé d'autoriser la commission d'actes homosexuels chez lui, et il semble que ce soit sur la

²⁴⁷ *X c. RFA*, idem p. 51

²⁴⁸ *X c. RFA* p. 48 Selon le gouvernement allemand, les motifs pour justifier la différence d'âge de consentement étaient les suivants : a) l'homosexualité masculine serait toujours plus fréquente, b) les homosexuels choisissent des jeunes partenaires c) les homosexuels changent fréquemment de partenaires d) il en résulte que les adolescents sont beaucoup plus exposés que les jeunes filles au risque de relations homosexuelles avec des adultes e) l'adolescent est beaucoup plus exposé alors à l'isolement social et de conflit avec la société. Typologie caractéristique des phénomènes de déviance, portrait robot fondé sur des études probantes en RFA ,hélas! non citées, dont on ne connaît ni l'auteur ni le commanditaire. Que la Commission ait repris à son compte de telles conclusions "probantes" est pour le moins inquiétant, d'autant plus qu'un certain nombre d'États européens prévoient maintenant le même âge de consentement, sans qu'il semble pour autant que la jeunesse en soit affectée. Toutefois, la même argumentation sera reprise le 13 mai 1992 , dans la décision sur la requête n°17279/90, *Zukrigl c. Autriche*, non publiée, cf ANNEXE 6.

²⁴⁹ *Martin Johnson c. Ru* , op cit, DR 47, p. 84

base de cette accusation qu'il ait achevé sa nuit au poste. De surcroît, si les stipulations de la loi de 1967 visent effectivement à protéger la jeunesse comme l'affirme la Commission, il est à se demander quelle est la nécessité d'interdire les actes consensuels comprenant plus de deux mâles, étant donné que la loi réprime déjà les actes commis avec une personne de moins de 21 ans. Enfin, le risque de se voir soumis en permanence à une descente de police, lors d'organisation de réceptions, fondées sur les présomptions, manifestement infondées ici²⁵⁰, s'accorde à tout le moins mal avec la notion de respect de la vie privée et du domicile.

Cinq ans après l'affaire *Dudgeon*, la Commission est donc restée fidèle à ses positions antérieures. A propos de la requête déposée contre l'Irlande du Nord, elle concluait à l'unanimité moins une voix à l'absence de violation de l'article 14, à propos de la différence d'âge de consentement appliqué aux rencontres homosexuelles masculines et aux unions hétérosexuelles ou lesbiennes. L'opinion dissidente de M. Pollack relevait toutefois à propos de l'inégalité de traitement : "Ce faisant, l'État qui a le devoir de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés reconnus dans la Convention, cautionne et intensifie de vieux sentiments d'aversion, de peur profondément enracinés, mais dont l'absence de fondement est désormais établie. Il renforce les préjugés contre les homosexuels, perpétue leurs craintes de poursuites et de sanctions, les contraint à garder secret ou à refouler leurs tendances et désirs sexuels et augmente les risques de chantage. En maintenant ces dispositions en vigueur, l'État établit une nette discrimination à l'égard de cette partie de la population par rapport aux adultes hétérosexuels qui sont libres de pratiquer toutes sortes de contact en privé". Dix ans après l'arrêt *Dudgeon*²⁵¹, la teneur de cette opinion dissidente ne semble toujours point avoir percé au sein de la Commission; il appartient au premier chef aux autorités nationales de juger de la nécessité d'ériger certains actes en infraction, en dépit de l'évolution enregistrée dans certains pays européens.

²⁵⁰ selon la Commission, la descente de police a eu lieu sur la base de présomptions que des mineurs se trouveraient dans la soirée. Autrement, pour vérifier qu'il y aurait des actes sexuels commis par plus de deux hommes, un mandat du juge compétent aurait été nécessaire. Or, selon l'exposé des motifs : le requérant a été, comme on l'a vu, accusé d'avoir permis l'accomplissement de relations homosexuelles chez lui et d'autre part, les poursuites ont par la suite été abandonnées, et il n'est nulle part fait mention dans l'exposé des faits que des mineurs aient été pris en flagrant délit.

²⁵¹ req. Zukrigl contre Autriche (1992), déjà citée, cf ANNEXE 6

CONCLUSION

Les organes chargés de contrôler l'application de la Convention sont-ils les porte-parole les plus conservateurs de l'idéologie ambiante, comme se plaisait à l'affirmer Michel Vincineau en 1979²⁵² à propos de la Commission ? La prudence dont témoignent tant la Cour que la Commission sur des sujets controversés peut certes prêter le flanc à de telles critiques. La large marge d'appréciation concédée aux autorités nationales pour juger au premier chef de la nécessité d'ériger certains actes en infractions aboutit généralement à un examen restreint des motifs présentés par l'État défendeur. En les reprenant sans mettre en question leur pertinence, les arrêts et décisions dégagent une amère saveur. D'autant que l'on est face à des instances de protection de dernier recours, censées être le dernier abri des opprimés et des individus stigmatisés pour leur comportement contraire aux conceptions de la majorité.

Il faut toutefois souligner les avancées réalisées en matière de décriminalisation de l'homosexualité, de reconnaissance juridique d'une conversion sexuelle, de filiation illégitime, pour ne citer que celles-ci, qui ne sont pas allées sans soulever des critiques estimant que la Cour impulsait un rythme trop rapide à l'intégration européenne. Comme le souligne Jean Paul Jacqué "placées en face d'une évolution rapide des mœurs, la Cour et la Commission ont réussi, au total, à redéfinir les contours de la vie privée et familiale, à protéger juridiquement les relations affectives entre proches, ainsi que la sphère régie par la morale privée²⁵³". Quant aux minorités sexuelles, leurs droits dans la sphère privée sont garantis contre l'oppression sociale et la notion de "sexe" figurant à l'article 14 a été interprété de façon extensive, incluant la notion de penchant sexuel. Toutefois il ne suffit pas d'en poser le principe, encore faut-il que la notion de penchant sexuel se prête à un contrôle effectif des discriminations, ce qui, jusqu'à présent, a toujours été évité. Compte-tenu des tensions aiguës qu'un tel sujet peut générer, il y a peut être une sagesse à ne pas brusquer les évolutions en cours. Toutefois cela ne doit point servir de prétexte pour ne pas aller de l'avant et se cantonner aux acquis. Quant aux affaires ayant trait à l'obscénité, ce parent pauvre du contrôle européen, les positions récentes de la Commission augurent une nouvelle étape, bien qu'il ne soit nullement garanti que la Cour

²⁵² M. VINCINEAU : *Les homosexuels devant la Commission européenne des droits de l'homme*, déjà cité, p. 104.

²⁵³ JEAN PAUL JACQUÉ : *Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Annales de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 125-146.

avalisera ses avis, si l'on garde en mémoire l'affaire Muller .Enfin, notons tout de même pour finir qu'en l'espace d'une quarantaine d'années, la Cour a su faire accepter ses interprétations et exécuter ses décisions - l'augmentation constante du nombre de saisines étant la preuve des progrès réalisés.

Aussi, dans un domaine en mutation profonde, la jurisprudence sert-elle de référence aux États membres. Le droit de la Convention a progressivement été adapté "à la lumière des conditions prévalant de nos jours dans les sociétés démocratiques". Un dénominateur commun a été dégagé du droit des États européens qui reste un standard minimum, puisqu'il ne doit en rien servir de prétexte à la non-application d'une clause plus favorable pour les Droits de l'Homme (art. 60). Et si l'on peut être en désaccord avec certaines analyses de la jurisprudence, il convient de les replacer dans le cadre de la mission de la Cour et de la Commission, telle qu'elles semblent l'interpréter : accompagner les changements en cours dans les États européens. Ceci dément l'idée que l'on pourrait se faire de la Cour qui développerait le droit dans un domaine en pleine transition et inviterait les États à adopter des normes communes. Cette tâche incombe aux autres organes du Conseil de l'Europe. La Cour accompagne les mutations en cours plus qu'elle ne les provoque, consacrant les avancées que lorsqu'une majorité d'États semble témoigner d'une ouverture plus grande.

Toutefois comme le notait François Rigaux²⁵⁴ , si l'interprétation évolutive est en soi louable, elle pourrait également se révéler perverse dans la mesure où la Cour pourrait dégager de l'évolution des droits internes des clauses plus restrictives aux droits de la personne. Un tel mouvement irait à l'encontre du développement des droits en plus de leur garantie prévus dans la Convention ; l'hypothèse reste toutefois d'école. Nonobstant , en ces temps d'appels incessants et inquiétants au retour aux valeurs , aux traditions, à l'ordre, on peut à juste titre se demander si le développement des droits de l'homme, dans le domaine qui nous a jusqu'ici intéressé, n'en viendra pas à être sérieusement ralenti, voire ébranlé. Si la protection effective et concrète des droits de l'homme se réalise *réellement* à l'aune des conceptions de la majorité telles que présentées par les autorités nationales, et si l'on peut espérer que les acquis ne seront point remis en question, il est à craindre en revanche que l'évolution ultérieure des droits ne vienne à être compromise.

²⁵⁴ F. Rigaux, *La loi condamnée*, op. cit. 524

Annexes

[non disponibles sur la version électronique]

Annexe

- n°1 recommandation 1117 (89) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels
- n°2 résolution du Parlement européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et lesbiennes dans la Communauté européenne.
- n°3 décision du 3/5/1988 sur la recevabilité de la requête n° 11389/85 *Eliane Morrissens c. Belgique.* (DR 56 p. 127 ss.).
- n° 4 décision du 7 mai 1982 sur la recevabilité de la requête n° 8710/79 de *SARL X et Y contre Royaume Uni* (DR 28 p. 84 ss).
- n° 5 décision du 19 mai 1992 sur la recevabilité de la requête n° 15666/89 *J. Keerkhoven et Hinke contre Pays-Bas* (non publiée)
- n°6 décision du 13/5/1992 sur la recevabilité de la requête n° 17279/90 : *ZUKRIGL c. Autriche*, non publiée.
- n° 7 décision du 17/7/1986 sur la recevabilité de la requête n° 10389/83 de *Martin Johnson contre Royaume Uni.* (DR 47 p. 78 ss).
- n° 8 Le Monde 18/4/1992 *La création d'un contrat d'union civile est à l'étude*

- n°9 Le Monde 23/5/1994 *Des couples de lesbiennes britanniques pourront bénéficier d'une insémination artificielle.*

- n° 10 El Pais 19/10/1994 *Las parejas homosexuales podran adoptar menores en Valencia* (les couples homosexuels pourront adopter des enfants à Valence (Espagne)).

ANNEXE 1 : recommandation 1117 (89) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels

ANNEXE 2 : résolution du Parlement européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et lesbiennes dans la Communauté européenne.

ANNEXE 3 : décision du 3/5/1988 sur la recevabilité de la requête n° 11389/85 *Eliane Morrissens c. Belgique.*(DR 56 p. 127 ss.).

ANNEXE 4 décision du 7 mai 1982 sur la recevabilité de la requête n° de *SARL X et Y contre Royaume Uni* (DR p. 84 ss).

ANNEXE 5 décision du 19 mai 1992 sur la recevabilité de la requête n° 15666/89 *J. Keerkhoven et Hinke contre Pays-Bas* (non publiée)

ANNEXE 6 décision du 13/5/1992 sur la recevabilité de la requête n° 17279/90 : *ZUKRIGL c. Autriche* , non publiée.

ANNEXE 7 décision du 17/7/1986 sur la recevabilité de la requête n° 10389/83 de *Martin Johnson contre Royaume Uni.* (DR 47 p. 78 ss).

ANNEXE 8 Le Monde 18/4/1992 *La création d'un contrat d'union civile est à l'étude*

ANNEXE 9 Le Monde 23/5/1994 *Des couples de lesbiennes britanniques pourront bénéficier d'une insémination artificielle.*

ANNEXE 10 El Pais 19/10/1994 *Las parejas homosexuales podran adoptar menores en Valencia* (les couples homosexuels pourront adopter des enfants à Valence (Espagne)).

BIBLIOGRAPHIE

Recueils - Manuels de Droit - Ouvrages collectifs :

BECOURT DANIEL : *Régime juridique du livre : liberté et censure*, cercle de la librairie 1972.

BERGER VINCENT : *La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, ed. Sirey, 1989.

BORRIILLO DANIEL et MASSERAN ANNE (textes réunis par) *Sida et droits de l'homme* , éditions du GERSULP, Strasbourg juillet 1990.

BURDEAU G.: *La démocratie et les contraintes du nouvel âge*, Traité de Sciences politiques, t VII

RENÉ CHAPUS *Droit administratif général* , ed. Montchrestien 1990, 2 tomes.

COHEN-JONATHAN GÉRARD *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, coll. Economica 1989.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, Études relatives à la recherche criminologique, vol. 21 (1984), ed. Publications du Conseil de l'Europe.

CORRAZE JACQUES : *L'homosexualité*, coll. Puf Que sais je , 1992, 127 p.

DELMAS-MARTY MIREILLE: *Le flou du droit* ed. Puf, 1986 ,332 p.

DELMAS-MARTY MIREILLE (sous la direction de) *Raisonner la raison d'Etat*, coll. Puf, 1990, 250 p.

DOREY ROGER et alii : *Les perversions : chemins de traverse*, ed. Tchou 1980.

- DUBY GEORGES (sous la direction de) : *Occident et sexualité*, ed. Point histoire 1991
- ERLICH MICHEL : *Les mutilations sexuelles*, Puf Que sais je, n°2581127 p.1991.
- FLANDRIN JEAN-LOUIS : *Un temps pour embrasser : aux origines de la morale sexuelle occidentale*, éd. Seuil 1983.
- FLANDRIN JEAN-LOUIS : *Le sexe et l'Occident: évolutions des attitudes et des comportements*, ed. Point Histoire, 1986.
- KAYZER P. : *La protection de la vie privée*, ed. Economica, 2° 1990 p. 25 ss
- LACHAUME, JEAN FRANÇOIS : *Les grands arrêts de la jurisprudence - droit administratif*, ed. Puf, 1989.
- LENOBLE (J)- DEWANDRE : *l'Europe au soir du siècle : identité et démocratie*, ed. Esprit 1992.
- LUCIE-SMITH , EDWARD : *La sexualité dans l'art occidental*, ed. Thames et Hudson Londres 1991
- MAC KEAN W. : *Equality and discrimination under international law* ed. Clarendon Press, Oxford, 1983
- MOSSUZ LAVAU, JANINE : *Les lois de l'amour : les politiques de la sexualité en France (1950-1990)*. Payot, 1991, 339 p.
- D NOGUEROL : *Discriminations sexuelles et droits européens*. ed. Masson, 1993.
- PETTITI, LOUIS EDMOND *Les transsexuels*, coll. Que sais je, Puf, 1992
- PINTO ROGER *La liberté d'information et d'opinion en droit international* coll. Economica 1984.
- ROBERTSON, A.H. *Privacy and human rights*, Manchester university press, 1973.
- SUDRE FREDERIC : *La Convention européenne des droits de l'homme* éd. PUF Que-sais-je, 1992.
- TISSOT, OLIVIER DE : *La liberté sexuelle et la loi*, ed. Balland, 1984
- VELU J. : *La Convention européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1990,850 p.
- WACHSMANN PATRICK : *Les Droits de l'Homme*, ed.Dalloz, 1992.

Essais :

ARON JEAN-PAUL - KEMPF ROGER: *Le pénis et la démoralisation de l'Occident*, ed. Grasset 1978, 250 p.

CARBONNIER JEAN : *Essai sur les lois*, éd. Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

DANET JEAN : *Discours juridique et perversions sexuelles (XIX-XX^esiècle)*, Centre de recherche politique - famille et politique, vol. 6, 1977.

FOUCAULT MICHEL : *La volonté de savoir*, Histoire de la sexualité : tome 1, ed. Nrf Gallimard 1976.

LEISER, BURTON M. : *Liberty, Justice and morals*, ed. Mac Millan publishing Co, New York 1979.

PERELMAN CHAÏM : *Ethique et droit* , ed. de l'Université de Bruxelles, 1990, 822 p.

WILHELM REICH : *L'irruption de la morale sexuelle*, Petite bibliothèque Payot, 1981.

STUART MILL, JOHN *La liberté* , traduction de Dupont White, Paris éd. Guillemain, 1864.

VAN USSEL, JOS : *Histoire de la répression sexuelle*, ed. R. Laffont, 1972 , 342 p.

Thèses :

BON ISABELLE : *Le transsexualisme : l'émergence conjugée de pratiques médicales et judiciaires* , Thèse sur microfiches, Lyon, 1989.

BORRILLO DANIEL : *L'homme propriétaire de lui même : le Droit face aux représentations populaires et savantes du corps* Atelier de reproduction des thèses, Lille, 1991

BRANLARD JEAN-PAUL: *le sexe et l'état des personnes*, thèse sur microfiche, Paris 1991 .

GINESTET CATHERINE : *Contribution à l'étude des rapports du droit pénal et de la morale*, Thèse sur microfiches, Toulouse, 1991

Articles - contributions :

BOUCAUD PASCALE : *Le droit de se marier*, Revue. trimestrielle. des droits de l'homme, 1992 p.4-46.

COHEN-JONHATAN GÉRARD - JACQUÉ JEAN-PAUL : *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme (1975-1977)* Annuaire français de droit international (AFDI), ed. du CNRS 1976

DESCHÊNES JULES : *Une définition des minorités*, in Les cahiers du droit, vol. 27, n° 1, mars 1986, Faculté de droit, Université Laval, Québec. n° spécial : Droits des minorités : actes du III^e colloque, p. 291

DEVÈZE JEAN: *La sexualité en droit pénal contemporain*, in Droit, histoire et sexualité , par Jacques Poumarède et Jean Pierre Royer, coll. L'espace juridique, 1987, p.291-309

DOUBIER: *réflexions sur le délit d'outrage public à la pudeur* : in Revue de science criminelle et de droit comparé, 26 (1971), p. 27-57

DUPUY RENÉ JEAN: *La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne*, Revue des Droits de l'Homme, 1974, p. 49 ss.

FENET ALAIN : *La question des minorités dans l'ordre du droit*, in Les minorités à l'âge de l'État nation, ouvrage collectif du Groupement pour le droit des minorités, ed. Fayard 1985.

FONTBRESSIN PATRICK DE : *La liberté d'expression et la protection de la santé et de la morale* , Revue trimestrielle des droits de l'homme (1993) p.129-146

FREUD SIGMUND *La morale sexuelle "civilisée" et la maladie nerveuse des temps modernes* (1908),in La vie sexuelle , traduction Berger et alii,ed. Puf , 1972.

GANSHOF VAN DEN MEERSCH, W.J. :*La référence au droit interne des États contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue internationale de droit comparé, 1980, pp 317 - 335

GANSHOF VAN DEN MEERSCH, W.J. : *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention* , in Mélanges en l'honneur de G.J.Wiarda : Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, 1990 p.201-220.

GIRARD PAUL: *The protection of the rights of homosexuals under international law of human rights : european perspectives*. Canadian Human Rights Yearbook, 1986,p. 4-24.

GOBERT MICHELLE : *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, JCP 1990, I, 3475.

HART, HERBERT L.A.: *La moralité du droit*, Revue Droits n°19, 1994, p. 110 ss.

HORSTKOTTE H. : *L'âge et les conditions du consentement dans le domaine sexuel* in Attitudes et comportements sexuels pp.183-227, ed. Conseil de l'Europe Strasbourg 1984.

JACOT GUILLARMOD, O. : *Rapports entre démocratie et droits de l'homme*, in Démocratie et Droits de l'Homme, actes du colloque de Thessalonique des 24-26 sept. 1987 ed. NP Engel 1990,p. 49-72.

JACQUÉ, JEAN-PAUL : *Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Annales de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 125-146.

JESTAZ Philippe : *Pouvoir juridique et pouvoir moral*, Revue trimestrielle de droit civil oct-déc. 1990, p. 625 ss.

JOINET L. : *Le rôle de la solidarité dans sa relation avec la démocratie et la relation des Droits de l'Homme*, in Démocratie et droits de l'Homme, ed. N P Engel, 1990 pp.137-152

KOERING JOULIN, RENÉE *Les affaires de mœurs devant la Cour*, in Raisonner la raison d'Etat, sous la direction de Mireille Delmas Marty, coll. Puf, 1989, p. 121-147.

LENER : *L'educazione sessuale, l'osceno i diretti dell'uomo alle Corte europea*, in La civiltà catolica 128(2), 21/5/1977, p. 369-379

LÉVINET MICHEL : *Le transsexualisme et la Convention européenne des droits de l'homme. Vers un statut des minorités sexuelles en droit européen des droits de l'Homme* in Perspectives du droit international et européen, Mélanges Apollis, Ed. Pédone, 1992., p.125-139

LINOSSIER Lucien : *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique*, rec. Dalloz, 1989, chronique, p.139-148

LOMBARDI C. - CAMBI ALESSANDRA : *la reproduction artificielle et les droits de l'homme*, Revue. trimestrielle. des droits de l'homme, 1992, p.84-96

NERSON ROGER - RUBELLIN DEVICHI JACQUELINE: *Personnes et droit de la famille : l'adoption*, Revue. trimestrielle. droit. civil. 1984, p. 294

OST FRANÇOIS : *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Raisonner la raison d'État, op cit, pp. 405-463

PERRIER ROUVIER ISABELLE *Adoption-transsexualisme*, Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'appel de Versailles, Avril-sept. 1993, n° 28-29, p. 63-75.

POVEDA C. - ROYER J-P : "*Du juge sentinelle au veau aux hormones*", in Histoire, Droit, Sexualité: textes réunis et présenté par J. Poumarède et J-P. Royer, coll. l'espace juridique, 1987, Lille, p. 249-271

RAPP-VELLAS Catherine : *Le concept de déviance* in Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse , t.38 (1990), p.169-185.

REGOURD SERGE: *Sexualité et libertés publiques*, in Histoire, Droit et sexualité, op. cit. , pp 309-335.

REVAULT D'ALLONNES C. : *Procréation, sexualité des handicapés*, in Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal, Études relatives à la recherche criminologique, vol. 21 (1984) ed. Publications du Conseil de l'Europe, pp. 111-135.

RIGAUX FRANÇOIS : *La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression*, in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1993 p.348 ss.

RIGAUX FRANÇOIS : *La loi condamnée*, Journal des Tribunaux 1979, pp. 514-524 .

ROMI RAPHAËL : *Droit et homosexualité*, revue Actes, juin 1988, p.29 -34.

RUBELLIN-DEVICHI JACQUELINE : *L'état de la personne* in Le droit français et la convention européenne des droits de l'homme (1974-1992) par F.SUDRE et alii éd.NP Engel, Kehl, 1993, p.165-185.

RUBELLIN-DEVICHI J.: *Personnes et droits de la famille : des éléments constitutifs du concubinage* Revue. trimestrielle. droit. civil, 1990, p. 54 ss.

RUIZ FABRI HÉLÈNE : *Le Conseil d'Etat face à la conciliation du droit à la vie et de la libéralisation de l'avortement* , in Revue universelle des droits de l'homme, 1991, vol. 3 ,p. 1-7.

SCHUTTER OLIVIER DE : *Homosexualité, Discours, Droit*, in Revue Internationale d'études juridiques, 1993,30, pp

SCHUTTER OLIVIER DE : *Épidémie du sida et droits de l'homme*, in revue trimestrielle des droits de l'homme, 1994, p. 59 ss.

THÉRY Irène : *Droit et mœurs, un enjeu politique : la refonte du code civil et le paradoxe de la situation française*, L'année sociologique, vol. 43, 1993, p.85 à 124 .

VINCINEAU MICHEL : *Les homosexuels devant la Commission européenne des droits de l'homme*, in Revue de droit pénal et de criminologie, fév. 1979, pp. 88-105.

WACHSMANN PATRICK : *La Cour européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement du contrôle* , in Perspectives du droit international et européen : Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis, ed. Pédone, 1992 p. 150-163.

WEST D-J. *Homosexualité et contrôle social*, in Comportement et attitudes sexuels, Études relatives à la recherche criminologique vol. XXI, 1984, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 139-180.

WÜRKNER JOACHIM *Kunst und moral*, Neue juristische Wochenschrift, vol. 42, 89, I, p. 369-372.

Rapports - Actes de colloques :

BIROUSTE JP - MARTINEAU JP : *Psychologie et sexualité*, Actes du colloque de Toulouse 1975, ed. Privat 1976.

BRUSSA LICIA *Séminaire sur la lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine*, Strasbourg, 25-27 sept. 1991 conclusions de la rapporteuse générale Licia Brussa, doc. du Conseil de l'Europe, doc. EG/PROST (91)13, 8p.

LAURENT, JEAN-FERNAND *Étude sur les problèmes juridiques et sociaux des minorités sexuelles* Rapport adressé à la Sous-Commission des Droits de l'Homme de l'O.N.U de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : réalisée par Jean Fernand Laurent, 13 juin 1988, Doc. n° E/CN4/ Sub.2/ 1988/31.

RODOTA Stefano, *Rapport sur le transsexualisme* présenté à l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe le 16/8/1989. Doc 6100, Recueil des documents de l'Assemblée parlementaire, 1989.

VERSELE, SEVERIN.C.: *Les frontières de la répression 2*, Moeurs, drogue, résumé du rapport général. Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 37 p.

- *Actes du colloque : confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie* : in Annales de la Faculté de droit et de sciences sociales de Toulouse, tome 17, 1969, fascicule 1.

- *Gays rights* :IV : Are gays and lesbian seeking equal or special rights?, revue CQ researcher, 5 mars 1993, vol. 3, n° 9

PLAN

INTRODUCTION	7
PARTIE I : ESSAI DE DÉLIMITATION DE LA NOTION DE MORALE : UNE NOTION AMBIGUË ET RELATIVE	13
SECTION I : L'AMBIGUÏTÉ DE LA MORALE	14
§1 : Contenu de la notion de morale	14
1.1.1 la protection de la morale : un contenu imprécis	15
1.1.2 la protection des droits et libertés d'autrui : une notion extensible.....	19
1.2 la morale à l'épreuve des faits	22
1.2.1.l'inefficacité des mesures prises par les autorités ne remet pas en cause leur caractère nécessaire.....	23
1.2.2 : la tolérance de fait adopté par les autorités remet en cause le caractère nécessaire des mesures.....	25
§2 : la protection de la morale et les buts légitimes connexes : des relations équivoques.....	26
2.1 la délicate distinction entre protection de la morale, de l'ordre public et des droits d'autrui	26
2.1.1 : la prohibition de l'avortement : la protection de la morale et le droit à la vie du foetus en jeu	27
2.1.2 la discrimination à l'égard des familles naturelles : les motifs de protection de la morale et de l'ordre public écartés.....	28
2.2 : la morale évacuée par la notion d'intérêt général:.....	29
2.2.1. les implications morales du syndrome transsexuel.....	29
2.2.2 les transsexuels devant la Cour : une logique du non-dit :	31
SECTION II : LA RELATIVITÉ DE LA MORALE	35
§1. La variabilité dans le temps et dans l'espace concédée aux conceptions morales:	35
1.1 Variables dans le temps :	36
1.1.1. La reconnaissance de l'évolution de la société et des moeurs :	36
1.1.2 : la particularité des condamnations morales dans le temps en matière de liberté d'expression.....	38
1.2 Variables dans l'espace :	39
1.2.1 à l'intérieur d'un même État.....	40
1.2.2 Variables d'un État à l'autre.....	42
§2 : les limites à la relativité de l'impératif moral : la référence à des valeurs communes et l'évolution convergente des droits nationaux:.....	43
2.1 : la référence aux législations internes des États membres.....	43
2.1.1 La convergence des droits nationaux :	43
2.1.2 : La délicate appréciation de la communauté de vues:	44
2.2 La lecture de la Convention comme un instrument vivant dont l'interprétation reflète l'évolution du droit et des moeurs	46
2.2.1 l'interprétation évolutive des dispositions de la Convention	47
2.2.2 les limites à la lecture vivante de la Convention : le recours aux travaux préparatoires.	48
PARTIE II : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE PAR LES ORGANES DE LA CONVENTION DES MESURES DESTINÉES À PROTÉGER LA MORALE.....	51

SECTION I : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DES DROITS GARANTIS

.....	52
§1 : l'étendue du champ relevant de la vie privée et familiale.....	52
1.1 le droit au respect de la vie privée.....	52
1.1.1 le respect de l'intimité de la vie privée.....	52
1.1.2 : les limites à l'étendue de la sphère privée.....	55
1.2 la notion de respect de la vie familiale.....	56
1.2.1 le droit au mariage et à fonder une famille.....	56
1.1.2 . Le droit à une vie familiale normale.....	59
§2 : les activités relevant de la liberté d'expression :.....	62
2.1 les limitations de l'article 10.....	62
2.2 le contrôle des mesures restrictives.....	65
2.2.1 en fonction du but poursuivi par l'information.....	65
2.2.2 en fonction de la nature de l'article:.....	67
SECTION II : L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE AU REGARD DU DEGRÉ DE	
PUBLICITÉ DES ACTIVITÉS EN CAUSE :	73
§1 la morale publique et la sphère privée.....	74
1.1 la protection de la moralité publique dans la société permissive.....	74
1.1.1. la "nécessité" de protéger la morale publique dans une société démocratique:.....	74
1.1.2. la protection effective des droits dans leur cantonnement à la sphère privée :.....	76
1.2 les timides avancées en matière de manifestations publique des sexualités différentes et leur cause.....	80
1.2.1 la controverse sur les fins divergentes de la morale et du droit.....	80
1.2.2. les fallacieuses vertus de la tolérance : la morale privée et le silence quant à ses prolongements publics :.....	81
§2 : la manifestation croissante des minorités sexuelles et la question des droits qui leur sont concedés entre les sphères privée et publique :	83
2.1 : les revendications des minorités sexuelles :.....	84
2.1.1 le surgissement de la question des minorités sexuelles :.....	84
2.1.2 Ambiguïté de la notion de minorités sexuelles :.....	86
2.2 les aménagements juridiques.....	89
2.2.1 Encadrement normatif de la transsexualité et de l'homosexualité : les obligations positives.....	89
2.2.2 : la position des organes de la Convention : la circonspection.....	94
CONCLUSION	99
Annexes	101
BIBLIOGRAPHIE	104
PLAN.....	112