

PAUL JOHNSON, *HOMOSEXUALITY AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, ABINGDON, ROUTLEDGE, 2013

*Antonin Lacelle-Webster**

La compréhension légale et sociale de l'homosexualité est en pleine évolution. Cette transformation a un impact important sur le discours juridique entourant l'identité sexuelle des individus. Paul Johnson voit dans l'incorporation graduelle de l'homosexualité aux droits humains une réponse à des revendications morales et politiques. Il enseigne la sociologie à l'Université de York au Royaume-Uni et s'intéresse notamment à la relation que le droit et les droits humains entretiennent avec l'orientation sexuelle. Il maintient un intérêt académique sur la question de l'orientation sexuelle, particulièrement dans l'espace européen.

Cet ouvrage recense l'évolution de la conceptualisation de l'homosexualité dans la jurisprudence de la Commission des droits de l'Homme (Commission) et la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour) d'un point de vue juridique et sociologique et critique certaines positions de ces instances. L'évolution de cette conception a graduellement permis d'attribuer à l'homosexualité des attributs juridiques liant l'orientation sexuelle aux droits humains reconnus par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹ (*Convention*). Selon l'auteur, ces instances ont joué un rôle important dans l'avancement des droits accordés aux homosexuels, mais elles continuent à hésiter à leur accorder une pleine couverture juridique sous prétexte d'un manque de consensus. Il divise cet ouvrage en trois parties qui sont elles-mêmes subdivisées en chapitres. La première correspond à la construction ontologique que font les instances internationales de l'homosexualité. La seconde partie de l'ouvrage, la plus courte, est une analyse des trois méthodes d'interprétation utilisées par la Commission et la Cour. La troisième partie consiste en une étude exhaustive de différentes dispositions de la *Convention* et de leur potentiel sur l'avancement des droits couvrant la communauté lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (LGBT).

La première partie de l'ouvrage est divisée en deux chapitres couvrant l'évolution ontologique de « l'homosexuel » par la jurisprudence de 1955 à 1980 d'une part et depuis 1981 de l'autre. Dans le premier chapitre, l'auteur dresse le portrait des premières contestations entendues devant la Commission et l'interprétation conservatrice qui y régnait. Dans *WB c République fédérale Allemande*², par exemple, il a été reconnu que les États membres peuvent légiférer à l'encontre de l'homosexualité sans enfreindre les obligations de la *Convention*³. L'étude de la jurisprudence dans ce premier chapitre démontre une constance dans le

* Étudiant au baccalauréat en relations internationales et droit international, UQAM.

¹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

² *WB c République fédérale allemande* (1955), 1 Ann Conv Eur DH.

³ Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013 à la p 23 [Johnson].

refus de reconnaître une violation de la *Convention* pour la criminalisation des actes homosexuels. Dans le deuxième chapitre de cette section, l'auteur aborde le rôle performatif de la Cour. La conception que la Cour a de l'homosexualité a évolué par le discours des plaignants qui ont présenté leur orientation sexuelle comme une caractéristique intrinsèque de leur personnalité et non une déviance. Cet objectif d'humanisation sera atteint dans *Dudgeon c Royaume-Uni*⁴ en 1981 où l'argumentaire essentialiste des plaignants est repris et l'homosexualité reconnue comme partie prenante d'un individu. En reconnaissant ainsi la fixité de l'homosexualité dans le développement d'un individu, l'orientation sexuelle devient un aspect indéniable de la nature humaine, protégé alors comme un droit humain⁵. L'auteur souligne en conclusion l'ambivalence morale persistante dans l'esprit légal européen qui se répercute jusque dans les dernières décisions datant de 2011.

La deuxième partie de l'ouvrage ne comporte qu'un seul chapitre et fait état des méthodes utilisées pour interpréter la *Convention*. Pour ce faire, l'auteur se base sur plusieurs recherches empiriques et détaille trois méthodes soit la doctrine de la marge d'appréciation, l'analyse du consensus et le principe de l'instrument vivant. La Cour a reconnu que les restrictions apportées par les États membres doivent être jugées légitimes, l'utilisation de la marge d'appréciation permet cependant une plus grande latitude à ces derniers. L'auteur souligne que le choix méthodologique ne représente pas une assurance d'objectivité et de neutralité. Cependant, l'analyse de ces conditions démontre que leur respect n'est pas la résultante d'une démarche constante particulièrement lorsqu'il est question d'orientation sexuelle. L'auteur voit une corrélation entre la morale et la détermination de la marge d'appréciation. La seconde méthode est critiquée pour l'établissement de droits humains. Dans cette section, il est démontré que les différents éléments utilisés par la Commission et la Cour pour l'étude d'un consensus dépendent largement des positions morales de ces dernières à l'égard de l'homosexualité⁶. L'auteur souligne que l'absence d'un consensus est souvent à la base du maintien de la marge d'appréciation d'un État membre. La dernière méthode revient essentiellement à une conception de l'étendue du pouvoir d'interprétation de la Cour. Sans consensus fixe sur cette question, un contentieux demeure. En conclusion, l'auteur rappelle que lorsqu'un consensus hétéronormatif est contesté, les instances juridiques ont tendance à avoir recours à la doctrine de la marge d'appréciation pour le préserver.

La dernière et plus robuste partie de l'ouvrage de Johnson contient cinq chapitres qui abordent chacun une disposition légale de la *Convention* prise en lien avec des revendications touchant l'orientation sexuelle. Le premier chapitre de cette partie concerne l'article 8 de la *Convention* touchant le droit à la vie privée, un article majeur dans l'interprétation légale que ces institutions font de l'homosexualité. Cependant, même si cette provision est à la base de plusieurs victoires, son ancrage dans la compréhension de l'homosexualité a un effet pervers. Il a été reconnu d'une part que la sexualité d'un individu est une manifestation essentiellement privée de la

⁴ *Dudgeon c Royaume-Uni* (1981), A45 Comm Eur DHDR.

⁵ Johnson, *supra* note 3 à la p 53.

⁶ *Ibid* à la p 78.

personnalité d'une personne⁷. D'autre part, il est légitime dans une société démocratique d'exercer un contrôle pour protéger la morale publique lorsque cette manifestation est publique⁸. Cette forte dichotomie reproduit ce que l'auteur décrit comme l'effet de placard qui maintient l'idée qu'une exclusion de l'homosexualité de la place publique est nécessaire et désirable⁹. Les conséquences de cette centralisation du caractère privé de l'homosexualité consistent notamment à offrir une justification aux États membres pour légitimer l'implantation de mécanismes de contrôle anti-homosexuels. La dichotomie privée et publique et la conception d'une homosexualité discrète ne sont pas une manière efficiente d'adresser la discrimination constante dont certains individus sont victimes selon l'auteur. Cependant, l'interprétation de cette disposition est perçue comme ayant permis la construction d'une base légale où d'autres droits humains pourront éventuellement se greffer.

Le chapitre suivant consiste en une étude des dispositions antidiscriminatoires incluses à l'article 14 de la *Convention* et au *Protocole n° 12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁰ (*Protocole no° 12*). De l'opinion de l'auteur, si le *Protocole no° 12* se voyait ratifié par tous, il supplanterait l'article 14, car il en élargit l'application. Cependant, comme ce dernier n'a été utilisé qu'une seule fois depuis son adoption, l'auteur se concentre principalement sur l'article 14 qui fut utilisé plus régulièrement depuis 1955 lors de cas en lien avec l'homosexualité. Même s'il ne contient pas explicitement l'orientation sexuelle comme élément de discrimination, la Cour a reconnu dans *Sutherland c Royaume-Uni*¹¹ que l'homosexualité est couverte par cet article. N'étant pas une provision autonome, d'autres droits substantifs de la *Convention*, notamment le logement, la vie familiale, les droits parentaux, l'immigration et l'adoption, doivent y être attachés afin de faire avancer la couverture légale offerte aux personnes homosexuelles. L'auteur identifie les brèches importantes de cette couverture telle la préférence de la Cour à s'en remettre aux cadres légaux existants dans les États membres, particulièrement pour les questions relatives à des règles fiscales. En définitive, lorsqu'il n'y a pas de protection offerte dans ces États, certains individus se retrouvent dans un contexte de vulnérabilité vue la réticence de la Cour d'étendre cette protection contre la discrimination¹².

L'auteur aborde ensuite la question du mariage où l'utilisation de l'article 14 est problématique de par l'existence de l'article 12 qui définit le mariage comme l'union entre un homme et une femme. L'interprétation conservatrice de cette provision a évolué, comme le rappelle l'auteur, lors de la décision *Christine Goodwin c Royaume-Uni*¹³ où il a été conclu que l'article 12 ne devait pas être compris en terme

⁷ *Ibid* à la p 98.

⁸ *Ibid* à la p 101.

⁹ *Ibid* à la p 104.

¹⁰ *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 2000, 177 STCE (entrée en vigueur : 1^{er} avril 2005).

¹¹ *Sutherland c Royaume-Uni*, n° 25186/94, [1996] Comm Eur DHDR.

¹² Johnson, *supra* note 3 à la p 143.

¹³ *Christine Goodwin c Royaume Uni*, no° 28957/95, [2002] VI CEDH 45.

strictement biologique¹⁴. Toutefois, le mariage entre conjoints de même sexe n'a pas été reconnu dans des jugements subséquents. Contrairement aux demandes de plusieurs plaignants d'interpréter cette cause en utilisant la doctrine du document vivant, la Cour a préféré constater une absence de consensus au sein des États membres et d'utiliser la doctrine de la marge d'appréciation. Malgré cela, l'auteur ne voit pas dans l'interprétation textuelle faite de cette disposition un obstacle à l'accès au mariage pour les couples de même sexe. Pour lui, l'interprétation des instances juridiques est amenée à évoluer de par le contexte actuel où plusieurs instances européennes se sont engagées à combattre la discrimination basée sur l'orientation sexuelle.

L'auteur consacre ensuite un chapitre à la liberté d'expression et d'association en soulignant la toujours présente opposition entre vie privée et publique. En ce qui concerne l'article 10, la Cour se doit de déterminer si les interférences à la liberté d'expression sont socialement nécessaires et proportionnelles. L'auteur souligne l'importance de la liberté d'expression afin de pouvoir exprimer librement de l'information sur l'homosexualité¹⁵. Il critique la position de la Cour où il n'existe aucun cas dans la jurisprudence de violation de l'article 10 et où l'idée que de discuter de l'homosexualité en publique à un effet pervers sur les individus et la morale publique est cautionnée¹⁶. Concernant l'article 11 sur la liberté d'association, plusieurs rapports ont démontré la difficulté que vivent les groupes homosexuels à se rassembler dans plusieurs États membres, mais contrairement à l'article 10, l'interprétation de cette disposition a significativement évolué. L'auteur souligne l'importance de la décision *Alekseyev c Russie*¹⁷ où un devoir de protection a été reconnu aux autorités publiques et où la simple évocation de la sécurité publique n'est plus considérée suffisante pour justifier une violation de cette provision¹⁸.

La dernière disposition analysée dans cette partie est l'article 3 de la *Convention* qui porte sur les traitements dégradants, inhumains et la torture. Cet article n'est cependant plus invoqué devant les instances de Strasbourg depuis qu'elles ont établi un seuil de sévérité nécessaire, sans modification majeure depuis 1959, qu'elles appliquent aux différents cas. Or, l'auteur questionne plusieurs décisions rendues et souligne l'application subjective de ces critères. Johnson défend l'idée que la Cour devrait adopter une vision plus sociologique et reconnaître l'impact sur un individu de la discrimination sociale et le potentiel de dérive si les actes homophobes ne sont pas contrôlés¹⁹.

Cet ouvrage de Johnson est un ajout intéressant à un sujet encore peu traité et qui évolue très rapidement depuis plusieurs années. L'auteur y dresse un portrait encourageant de l'évolution de l'homosexualité par la sphère juridique, malgré

¹⁴ Johnson, *supra* note 3 à la p 151.

¹⁵ *Ibid* à la p 165.

¹⁶ *Ibid* à la p 170.

¹⁷ *Alekseyev c Russie*, no° 4916/07, 25924/08 et 14599/09, [2010] CEDH.

¹⁸ Johnson, *supra* note 3 à la p 189.

¹⁹ *Ibid* à la p 209.

plusieurs lacunes et préjugés persistants. Il s'agit d'un excellent outil pour comprendre l'évolution du traitement de l'homosexualité dans le système juridique européen et l'impact de ces instances juridiques sur la conceptualisation de « l'homosexuel ». La structure de l'ouvrage, malgré quelques répétitions, permet un suivi efficace de l'analyse de l'auteur. Cependant, pour bien saisir ses propos, une connaissance de base du système légal européen est nécessaire. L'étude est riche en références et l'auteur ponctue sa revue de la jurisprudence par des références à des décisions provenant d'autres systèmes de justice, notamment des États-Unis et de l'Afrique du Sud, pour présenter tant des avancées que des positions rétrogrades. De ce fait, ce texte se veut moins ouvert au grand public et est davantage orienté pour un lectorat universitaire. Les différentes pistes que l'auteur identifie comme pouvant possiblement mener à une plus grande reconnaissance des droits humains aux personnes homosexuelles sont des ajouts intéressants à l'ensemble de l'ouvrage. Au final, cet ouvrage se veut un regard réaliste sur l'état de l'inclusion de l'homosexualité dans le paradigme européen des droits humains et ses possibles développements.