

**ORIENTATION SEXUELLE
ET DROIT PUBLIC.**

De l'immixtion dans l'intimité à sa
protection.

Sofia LE HELLOCO

Mémoire
Master II Droit public fondamental

*Sous la direction de Mathilde PHILIP-GAY
Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 33



Faculté de droit

Année universitaire 2022-2023

ORIENTATION SEXUELLE ET DROIT PUBLIC

De l'immixtion dans l'intime à sa protection

Mémoire de recherche présenté

dans le cadre du Master 2 Droit public fondamental

Sofia LE HELLOCO

Sous la direction de Mathilde Philip-Gay

Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon III

REMERCIEMENTS

À l'issue de ce travail de recherche, je remercie sincèrement Madame la professeure Philip-Gay de m'avoir aiguillée, depuis le choix du sujet jusqu'au jour de la soutenance, avec une bienveillance et une disponibilité précieuses.

Ma reconnaissance va également à Madame la professeure Chamard-Heim qui, au-delà d'avoir accepté d'évaluer le présent mémoire, m'a permis de grandir intellectuellement au sein du master Droit public fondamental qu'elle dirige. Je remercie à ce titre l'ensemble des professeurs dudit master pour leurs enseignements riches, constructifs et passionnants.

Il me tient également à cœur d'adresser mes remerciements et mon affection à Mathilde, Leana, Lola et Luca sans lesquels ces deux années de master auraient été bien moins radieuses, ainsi qu'à Arnaud, pour l'évidence de son amitié et l'importance de son soutien depuis dix-sept ans.

Mes pensées se dirigent vers ma mère, mon beau-père et mes frères pour le pilier moral, affectif, intellectuel et familial qu'ils forment à mon égard, aussi loin soient-ils et depuis aussi longtemps qu'il soit. Je remercie sincèrement mon père de son appui discret.

Enfin, ma gratitude et ma tendresse se destinent à Corentin, pour ses encouragements constants, sa patience inestimable et sa présence déterminante pendant ces cinq années.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique Fonctions publiques</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires françaises</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RevDH</i>	<i>Revue des droits de l'Homme</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>Arcom</i>	<i>Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CE, ass.</i>	<i>Assemblée du contentieux du Conseil d'État</i>
<i>CE, sect.</i>	<i>Section du contentieux du Conseil d'État</i>
<i>CESEDA</i>	<i>Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de Justice des Communautés européennes</i>
<i>CJUE</i>	<i>Cour de Justice de l'Union européenne</i>
<i>CNCDH</i>	<i>Commission nationale consultative des droits de l'Homme</i>
<i>CNDA</i>	<i>Cour nationale du droit d'asile</i>
<i>Commission EDH</i>	<i>Commission européenne des droits de l'homme</i>
<i>CC</i>	<i>Conseil constitutionnel</i>
<i>Cour EDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>DILCRAH</i>	<i>Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem (ouvrage ou article mentionné dans la précédente citation)</i>
<i>Inédit</i>	<i>Inédit au recueil Lebon</i>
<i>Lebon</i>	<i>Publié au recueil Lebon</i>
<i>T. Lebon</i>	<i>Mentionné aux tables du recueil Lebon</i>
<i>LGB</i>	<i>Lesbiennes, gays, bisexuels</i>
<i>LGBT+</i>	<i>Lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et autres</i>
<i>OFPRA</i>	<i>Office français de protection des réfugiés et apatrides</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato (ouvrage ou revue précité)</i>
<i>Sect.</i>	<i>Section du contentieux du Conseil d'État</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal administratif</i>
<i>UE</i>	<i>Union européenne</i>

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin du mémoire)

Introduction générale

Titre 1. L’immixtion du droit public dans l’orientation sexuelle des individus

Chap 1. La perméabilité du droit à la morale, vectrice d’intrusion dans l’intimité

Section 1. La promotion historique des « *bonnes* » mœurs sexuelles par le droit

Section 2. Les vestiges contemporains des « *bonnes* » mœurs sexuelles au sein du droit

Chap 2. La perméabilité des systèmes juridiques, vectrice de préservation de l’intimité

Section 1. La construction d’un arsenal juridique européen relatif à l’orientation sexuelle

Section 2. La résonance progressive sur le droit interne relatif à la discrimination

Titre 2. La protection de l’orientation sexuelle des individus par le droit public

Chap 1. Un droit public engagé contre les discriminations liées à l’orientation sexuelle

Section 1. Un critère de discrimination imprégnant le droit public traditionnel

Section 2. Un critère de discrimination nécessitant un droit public renouvelé

Chap 2. Un droit des étrangers érigé contre les persécutions liées à l’orientation sexuelle

Section 1. L’accueil de l’étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle

Section 2. L’éloignement de l’étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle

Conclusion générale

« *Je suis l'Amour qui n'ose pas dire son nom* »¹.

Imperceptible secret du poète Alfred Douglas, source de répression jusqu'à la loi n°82-683 du 4 août 1982 en France, maladie mentale selon l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) jusqu'au 17 mai 1990, l'homosexualité parsème les évolutions sociétales et imprègne la sphère juridique. Il suffit pour se convaincre de son empreinte continue sur le droit de ne retenir que deux chiffres : 131 réclamations reçues par le Défenseur des droits en 2022 concernaient des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle² et 1 230 infractions enregistrées par les forces de police et de gendarmerie nationales en 2019 ont été commises « *du fait de l'orientation sexuelle réelle ou supposée ou de l'identité de genre* »³ des victimes⁴. Si le constat d'une thématique sensible et actuelle semble *ipso facto* acquis, force est de constater que plusieurs notions s'entremêlent, se chevauchent et méritent un éclairage terminologique.

1. La dualité terminologique de l'orientation sexuelle

Une double définition de l'orientation sexuelle. Trois vocables déterminants ont d'ores-et-déjà été employés : orientation sexuelle, homosexualité et identité de genre. Souvent adossés, ces trois termes ne se confondent pas. En l'occurrence, c'est bel et bien la notion d'« *orientation sexuelle* », épice de la présente étude, qui a vocation à être mise en relation avec le droit public. Il importe à ce titre de la comprendre, de la définir et de la distinguer de ses voisines. Des écrits normatifs, institutionnels et doctrinaux, il ressort deux courants majeurs de définition à l'égard de l'orientation sexuelle. En premier lieu, une partie de la doctrine estime qu'elle renvoie « *à la liberté de la vie sexuelle entendue comme la liberté de chacun d'avoir les relations sexuelles de son choix* »⁵ ou correspond à un « *concept qui englobe les différentes combinaisons de deux sexes, femme-homme, femme-femme, homme-homme, qu'il s'agisse d'un désir, d'un acte ou de la représentation d'un acte* »⁶. Ce sont des définitions articulées autour de la seule sexualité des individus. En second lieu, une autre partie de la doctrine ainsi que la majorité des acteurs institutionnels considèrent que l'orientation sexuelle se rattache « *à la*

¹ DOUGLAS A., *Deux amours*, 1894.

² DÉFENSEUR DES DROITS, *Bilan annuel d'activité 2021*, Paris, Défenseur des droits, 2022, p. 44.

³ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, Paris, La Documentation française, 2022, p. 99.

⁴ Service statistique ministériel de la sécurité intérieure (SSMI), *Interstats, Info Rapide*, n°14, mai 2020.

⁵ GOUTTENOIRE A., « Orientation sexuelle » in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD. J., RIALS. S. et SUDRE F., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 580.

⁶ WINTEMUTE R., « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in BORRILLO D. et LOCHAK D. (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 162.

capacité de chaque personne de ressentir une profonde attirance [émotionnelle, physique, sexuelle, psychologique et/ou autre] envers une autre personne et (ou) à avoir des relations intimes et sexuelles avec elle »⁷. Une multiplicité d'orientations sexuelles découle de cette approche. En ce sens, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme⁸ (CNCDH) distingue l'asexualité⁹, la bisexualité¹⁰, l'hétérosexualité¹¹, l'homosexualité¹² ou encore la pansexualité¹³. Sous cet angle, l'homosexualité précédemment évoquée ne recouvre qu'une fraction de l'étude.

Le choix de l'approche la plus englobante. Si une dualité terminologique s'impose à l'égard de la notion d'orientation sexuelle, plusieurs arguments conduisent à retenir et privilégier la seconde approche. D'une part, l'idée selon laquelle l'orientation sexuelle ne renverrait qu'à l'appréhension des préférences sexuelles d'un individu restreint d'emblée la portée du sujet en le limitant au seul régime de la liberté sexuelle. *A contrario*, en s'éloignant de ce prisme sexuel, la seconde approche permet d'intégrer une pluralité de problématiques juridiques. Pour n'en citer que quelques-unes à ce stade prématuré du raisonnement, envisager l'orientation sexuelle en y intégrant des dimensions affectives, psychiques ou romantiques permet d'élargir le spectre en envisageant – outre le droit au respect de la vie privée qui inclut la liberté sexuelle – le droit au respect de la vie familiale, le droit de la non-discrimination ou encore le droit d'asile. D'autre part, cette seconde approche de la notion d'orientation sexuelle est la plus utilisée dans le cadre normatif contemporain tant par les institutions administratives, à l'instar du Défenseur des droits ou de la CNCDH, que par les institutions juridictionnelles à l'image de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) ou du Conseil d'État. À titre illustratif, ce dernier considère que l'orientation sexuelle correspond à « *l'attirance affective et sexuelle d'une personne envers d'autres personnes à raison de leur sexe* »¹⁴. Pour ces deux raisons, l'orientation sexuelle sera définie dans la présente étude comme *la capacité de chaque personne de ressentir une profonde attirance émotionnelle, romantique, physique,*

⁷ Glossaire de l'Orientation Sexuelle, Identité ou Expression de Genre et Caractéristiques de Sexe, Conseil de l'Europe.

⁸ CNCDH, *op cit*.

⁹ Référence à « *une personne qui n'a peu ou pas d'attirance sexuelle ou de désir pour des relations sexuelle* » mais qui « *peut néanmoins avoir des relations sentimentales* » (CNCDH, *op. cit.*, p. 459).

¹⁰ Référence à « *l'attirance sexuelle et/ou romantique pour plus d'un genre* » (CNCDH, *op. cit.*, p. 459).

¹¹ Référence aux « *femmes sexuellement et/ou amoureuxment attirés par les hommes, et vice versa* » (CNCDH, *op. cit.*, p. 461).

¹² Référence aux « *personnes qui sont attirées sexuellement et/ou amoureuxment par des personnes du même genre* » (CNCDH, *op. cit.*, p. 461).

¹³ Référence à une « *attirance émotionnelle, physique et/ou sexuelle indépendamment de leur genre* » (CNCDH, *op. cit.*, p. 463).

¹⁴ CE, 11 juillet 2018, n°414819, *Inédit*.

psychologique ou sexuelle envers une autre personne. Ainsi définie, l'orientation sexuelle ne se confond ni avec l'homosexualité, laquelle n'est que l'une des orientations existantes, ni avec l'identité de genre, laquelle correspond à un sentiment profondément ressenti par chaque individu de son propre genre sans inclure une quelconque relation à autrui¹⁵.

Des frontières terminologiques poreuses. Ces définitions et distinctions établies, des tempéraments s'imposent immédiatement. Historiquement, et contrairement à l'approche retenue, la définition de l'orientation sexuelle n'a été envisagée qu'à l'aune du prisme de la sexualité et de la dichotomie hétérosexualité-homosexualité. Il a fallu attendre « *un second temps, issu de la libération des mœurs constatée lors des années 1960 et portée par les mouvements féministes et homosexuels* »¹⁶ pour que le droit mette « *désormais l'accent sur l'autonomie personnelle et le droit au respect de la vie privée* »¹⁷. La première définition de l'orientation sexuelle présente ainsi un intérêt historique indéniable et le particularisme de l'homosexualité par rapport aux autres orientations sexuelles est tangible puisque celle-ci a longtemps été la seule à avoir été théorisée aux côtés de l'hétérosexualité. En outre, l'évolution juridique afférente à l'orientation sexuelle ne peut se penser isolément. Celle-ci entretient inéluctablement des liens forts avec les questionnements autour du genre et, subséquemment, de l'identité de genre. Au regard de ces deux tempéraments, il apparaît nécessaire de replacer l'orientation sexuelle dans son contexte historique et sociétal avant d'envisager, plus strictement, ses rapports avec le droit public.

2. Les grands traits de l'Histoire sociétale de l'orientation sexuelle

Les prémices grecques de l'Histoire de l'orientation sexuelle. Aux prémices de l'Histoire occidentale de l'orientation sexuelle, la Grèce antique occupait une place significative. Au-delà d'une simple tolérance à l'égard de l'homosexualité, la Grèce antique « *accordait une place éminente aux amours masculines* »¹⁸ et surtout à la « *pédérastie* ». Ce terme, issue des notions grecques « *pais* », qui signifie garçon, et « *éros* » qui signifie amour, « *fut une solide institution de la démocratie athénienne* »¹⁹. Néanmoins, l'homosexualité dans son sens athénien n'impliquait aucunement une vie familiale ou une attirance romantique. Elle témoignait seulement d'une vision particulière de la sexualité. Schématiquement, l'homme dit

¹⁵ Glossaire de l'Orientation Sexuelle, Identité ou Expression de Genre et Caractéristiques de Sexe, Conseil de l'Europe.

¹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., et PICHARD M., *Genre et droit*, Dalloz, Méthode du droit, 2016, p. 122-123.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BORRILLO D., *Droit et homosexualités*, Dalloz, 2^e éd., 2022, p. 3.

¹⁹ *Ibid.*

« *erastes* » se mariait à la femme, laquelle n'était considérée qu'au travers de sa fonction reproductrice, tandis que le plaisir et le désir pouvaient conduire celui-ci à des relations avec d'autres hommes voire des garçons dits « *eromenos* ». Dit autrement, « *les femmes étaient normalement là pour être inséminées, tandis que l'opinion publique se faisait une image romanesque des relations homosexuelles, applaudissait la chasteté de l'eromenos et au pur dévouement de l'erastes* »²⁰. Ainsi, dans ces prémices historiques, la période de l'Antiquité grecque offrait immanquablement une place à plusieurs orientations sexuelles.

L'ancrage de l'hétérosexualité au prisme de la pensée chrétienne. Le tournant historique ayant conduit au dénigrement de l'homosexualité et à l'institution de l'hétérosexualité comme norme puise ses racines dans l'émergence des religions monothéistes. En Occident, dès l'Empire romain et sous l'influence des premiers écrits chrétiens, une morale religieuse et sexuelle émergea²¹. En effet, « *la pensée judéo-chrétienne a fortement influencé originellement les représentations de la sexualité* »²². Dans ce cheminement, le Conseil ecclésiastique d'Elvira de 305 marqua une première rupture puisqu'il fut le premier à transformer l'homosexualité, tant mise en lumière au cours de l'Antiquité, en un péché. Dès lors, s'inaugurait un « *long processus de persécutions* »²³. Pendant le Moyen-Âge, le quatrième Concile du Latran de 1215 fut, au cours de ce processus, une étape cruciale en ce qu'il dissocia la vie religieuse, au sein de laquelle l'abstinence constituait la règle, de la vie en dehors de l'Église au cours de laquelle seul le mariage monogamique était envisageable. De là, de nombreux comportements commencèrent à être condamnés par la sphère religieuse. À ce titre, « *la condamnation de la sexualité hors mariage a représenté l'assise de la théologie de l'éros : passion, adultère, sodomie, masturbation, concupiscence sont apparus comme des comportements contraires à la morale sexuelle, indépendamment de la volonté de ceux qui les pratiquaient* »²⁴. Ce même Concile du Latran témoigna également de la naissance de la réglementation de la pénitence qui fut « *dans l'Occident chrétien la première technique pour produire la vérité du sexe* »²⁵. Certains auteurs du Moyen-Âge, à l'instar de Saint-Thomas d'Aquin²⁶, contribuèrent fortement à la construction de cet ordre sexuel, lequel conduisit à une

²⁰ DOVER K. J., *Homosexualité grecque*, Grenoble, La pensée sauvage, 1982.

²¹ Exemple : Ancien Testament, Lévitique XX, 13 « *Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ce qu'ils ont fait tous les deux est une abomination : ils seront mis à mort, leur sang retombe sur eux* ».

²² DEFFAINS N., « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Pour quel régime ? » in DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 38.

²³ BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, PUF, Les voies du droit, 2009, p. 111.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité I, La volonté de savoir*, Gallimard, 1994, p. 91.

²⁶ ST THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1274.

répression des pratiques sexuelles considérées comme déviantes. C'est en ce sens que J. Boswell indique qu'« *entre 1250 et 1300, les actes homosexuels sont ainsi passés d'une complète légalité dans la plus grande partie de l'Europe à l'inclusion parmi les crimes passibles de la peine de mort dans tous les recueils juridiques du temps* »²⁷. Dans la mesure où jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, seuls le droit canonique, la pastorale chrétienne et la loi civile régissaient les pratiques sexuelles²⁸, le droit de l'Ancien régime poursuivit, conformément à l'ordre sexuel établi durant le Moyen-Âge, la forte répression des rapports sexuels entre personnes de même sexe. Les peines pouvaient aller de la confiscation de biens à la peine de mort. À cet égard, J.-F Pascal fut le dernier individu homosexuel à être condamné à la peine de mort en France en tant que « *débauché contre nature et assassin* » le 10 octobre 1783.

L'ambiguïté révolutionnaire. Le développement des religions fut donc incontestablement la source des maux répressifs dont souffrirent les homosexuels. Loin de la rupture, la période révolutionnaire fut paradoxale. Si, « *le premier Code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le Code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les 'mœurs contre nature'* »²⁹, l'appréhension par la société de l'homosexualité n'en demeurait pas moins empreinte de violence et de réticence. Pourtant, cette période, propice à la reconnaissance de libertés individuelles, à l'amointrissement de l'emprise étatique sur la vie privée, au libéralisme politique et à la laïcisation de la société, aurait pu marquer la fin de la répression à l'égard de l'homosexualité. Il n'en fut rien. Certes, certains auteurs, à l'image de Beccaria³⁰, de Bentham³¹ ou de Diderot³², se positionnèrent plus ou moins explicitement en faveur de la dépénalisation de l'homosexualité. Néanmoins, le regard sociétal sur cette orientation sexuelle ne se transforma aucunement au profit d'une plus grande acceptation ou tolérance. Voltaire considérait par exemple l'homosexualité comme un « *vice, destructeur du genre humain [...] un attentat infâme contre la nature* »³³. Finalement, s'éloignant de la morale sexuelle issue de la tradition chrétienne, la période révolutionnaire puis le XIX^{ème} siècle firent entrer la sexualité dans le champ de la médecine et de la science.

²⁷ BOSWELL J., *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité. Les homosexuels en Europe occidentale des débuts de l'ère chrétienne au XIV^e siècle*, Gallimard, 1985, p. 368.

²⁸ FOUCAULT M., *op. cit.*, p. 51.

²⁹ BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, *op. cit.*, p. 112.

³⁰ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, 1764.

³¹ BENTHAM J., *Délits contre soi-même : la pédérastie*, 1785.

³² DIDEROT, *La religieuse*, 1796.

³³ VOLTAIRE, « Amour nommé socratique » in *Dictionnaire Philosophique*, 1764, p. 18.

Du péché à la pathologie. En effet, « *la sexualité s'est immiscée dans la médecine puis la psychiatrie du XIXe pour aboutir à la fin du siècle et au début du XXe à la création d'une nouvelle discipline, la sexologie* »³⁴. Une « *psychiatrie des perversions* »³⁵ se façonna et exclut, de nouveau, l'homosexualité de la normalité. Selon P. Pognant, deux postulats ont bâti cette psychiatrie³⁶. Le premier d'entre eux renvoyait à l'idée selon laquelle une sexualité qui n'était pas liée à la procréation était *de facto* déviante. Le second postulat admettait que lesdites perversions étaient nécessairement pathologiques. Sur ces deux fondements, l'homosexualité devint, non plus un péché, mais une perversité psychiatrique. M. Foucault indique à ce titre qu'« *il y a dans les textes du XIXe siècle un portrait type de l'homosexuel ou de l'inverti : ses gestes, sa tenue, la manière dont il s'attife, sa coquetterie, mais aussi la forme et les expressions de son visage, son anatomie, sa morphologie féminine de tout son corps font régulièrement partie de cette description disqualificatrice* »³⁷. Cette mutation, s'écartant du prisme religieux au profit de l'institution médicale et psychiatrique, se retrouve dans de nombreux écrits : *La Psychopathia sexualis* de H. Kaan en 1844, *l'Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs* de A. Tardieu en 1857³⁸ ou encore *De l'onanisme chez l'homme avec une introduction sur les abus génitaux* de T. Pouillet paru en 1897 dans une collection « *Psychopathie sexuelle* »³⁹ en sont des illustrations notables. C'est d'ailleurs au cours de cette seconde moitié du XIX^{ème} siècle que le terme « *homosexualité* » se forgea, d'abord sous la plume de l'écrivain et psychiatre hongrois K.-M Benkert, puis sous celle du psychiatre allemand R. Krafft-Ebing qui l'a systématisé⁴⁰. Le terme se substitua notamment à la notion de « *pédérastie* », de « *sexualité antiphysique* » ou encore d'« *inversion du sens génital* ».

Quoi qu'il en soit, cette mutation de la religion vers la médecine prit corps dans des bouleversements sociétaux importants. Aux côtés de la médicalisation des perversions sexuelles, le XIX^{ème} siècle vit également apparaître les théories eugénistes et d'évolution des

³⁴ POGNANT P., « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, 2009, p. 129.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité II, L'usage des plaisirs*, Gallimard, 1997, p. 27.

³⁸ Extrait p. 171 et s. : « *Il y aurait une attention plus sérieuse à donner à l'état mental de certains individus convaincus de pédérastie, et chez lesquels la perversion morale pourrait atteindre jusqu'à la folie. J'ai dit que l'affaiblissement des fonctions intellectuelles et des facultés affectives pouvait être le dernier terme des habitudes honteuses des pédérastes. Mais il ne faut pas confondre cet état, en quelque sorte secondaire, avec les excès de la débauche et les entraînements de la dépravation* ».

³⁹ Extrait p. 15 : « *Nous considérons, nous, le coït buccal et ses manœuvres [...] comme des crimes de lèse-nature, comme des actes dégradants et indignes de l'humanité qu'ils abaissent au-dessous de l'animalité* ».

⁴⁰ En France le terme apparaît pour la première fois dans l'ouvrage CHATELAIN, *Annales médico-psychologiques*, t. XIV, 1891, p. 330 « *L'individu n'a de goût que pour son propre sexe : inversion de l'instinct génital, homosexualité congénitale ou acquise* ».

espèces. Ainsi, la reproduction devant constituer la seule assise de la sexualité, « *l'usage du corps détourné de sa finalité naturelle produit des monstruosité selon les hygiénistes de l'époque* »⁴¹. C'est en ce sens qu'outre la position inférieure occupée socialement par les homosexuels, les femmes furent tout autant jugées inférieures dans la mesure où elles n'étaient perçues comme n'ayant d'existence qu'au travers de la reproduction. Se construisit un processus d'« *hystérisation du corps de la femme [...] analysé – qualifié et disqualifié – comme corps intégralement saturé de sexualité* »⁴². Les questions autour du genre et de l'orientation sexuelle sont ainsi liées. De la même façon que l'homosexualité fut considérée comme une pathologie, l'on observe « *une pathologisation du féminin* »⁴³ et une réduction de sa place à la seule procréation⁴⁴.

La naissance parcimonieuse des revendications. En définitive, face à cette préoccupation centrale du siècle de la Révolution industrielle que fut la préservation des naissances, la médecine servit à ancrer les femmes à leur place reproductrice et à exclure socialement les homosexuels. Derrière ce discours d'apparence scientifique, demeurait « *un ample faisceau moralisateur manipulé par les religieux et les ligueurs* »⁴⁵. Aussi, plus qu'un passage du prisme religieux au prisme psychiatrique, cette période signa plutôt un lien inextricable entre les deux. Le psychiatrique se façonnait au service du religieux en le crédibilisant *via* l'usage d'arguments scientifiques. C'est en ce sens que P. Pognant affirme que « *la position médicale en matière de sexualité épouse mutatis mutandis la position théologique* »⁴⁶. Face à la longévité de ces discours, certains auteurs instiguèrent les prémices d'une forme de revendication, tant à l'égard des homosexuels que des femmes. Ainsi, « *les pionniers de la sexologie, tels Havelock Ellis⁴⁷, Richard von Krafft-Ebing⁴⁸ et Magnus Hirschfeld⁴⁹, ont joué un rôle important – mais également ambivalent – dans la reconnaissance de la diversité sexuelle* »⁵⁰. Il est également possible de dater les débuts du féminisme à la fin du XIX^{ème} siècle. Les *Lettres d'un libre-penseur à un curé de village* de L. Richer indiquaient

⁴¹ BORRILLO D., *Droit et homosexualités*, op. cit., p. 16.

⁴² FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité II*, op. cit., p. 137.

⁴³ RIPA Y., *Histoire féminine de la France, de la Révolution à la loi Veil*, Belin, 2020, p. 121.

⁴⁴ Voir en ce sens : VIREY, *De la femme, sous ses rapports physiologique, moral et littéraire*, 1823 : « *le mot Femme vient de foemina, qui dérive de foetare, fœtus, parce que sa destination naturelle est d'engendrer* ».

⁴⁵ POGNANT P., op. cit.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Voir en ce sens : HAVELOCK E., *Sexual Inversion*, 1897.

⁴⁸ Voir en ce sens : KRAFFT-EBING R., *Psychopathia Sexualis*, 1885.

⁴⁹ Voir en ce sens : HIRSCHFELD M., fondateur de l'Institut pour la connaissance sexuelle, Berlin, 1919.

⁵⁰ AUTAIN C., BESSIN M., JAMI I., LÖWY I., PERRRIAUX A.-S, SIMON P., VIVOLI S., « Sexe : sous la révolution, les normes », *Mouvements*, 2002, p. 9.

dès 1867 que « *la femme est, au point de vue intellectuel, notre égale* »⁵¹. Au-delà de cette esquisse d'une ambition féministe, la fin du XIX^{ème} siècle marqua, au gré des plumes de M. Deraismes, P. Minck ou encore A. Léo, une prise d'ampleur du mouvement. Dans ce sillage, le 16 avril 1870, L. Richer et M. Deraismes fondèrent l'Association pour le droit des femmes, « *première structure propice à l'éclosion féministe* »⁵². Indépendamment de ces bribes d'évolution, force est d'admettre que l'exclusion sociale des femmes et des homosexuels demeurait et que les contextes belliqueux qui s'imposèrent ne permirent ni l'émancipation ni la tolérance à leur égard. De fait, la Seconde guerre mondiale et le régime de Vichy renforcèrent indubitablement les discours hygiénistes et marquèrent le retour d'une criminalisation importante de l'homosexualité. Au sortir de la guerre, « *le gouvernement, le monde médical et les médias d'après-guerre prêchent les valeurs de conformité sociale et de vie familiale, intériorisées par bon nombre d'homosexuels qui par conséquent vivaient leur sexualité dans la honte* »⁵³. Loin de la rupture, la fin de la IV^{ème} République et le début de la V^{ème} créèrent de nouveaux dispositifs répressifs⁵⁴ à l'égard de l'homosexualité et continuèrent à appréhender cette orientation sexuelle comme une pathologie. C'est à ce titre qu'en 1968, la France adopta la classification de l'OMS concernant les maladies mentales au sein de laquelle figurait l'homosexualité.

L'expansion des revendications. Face à ces mesures d'exclusion en continuité avec les précédents historiques et à l'aune de l'émulation intellectuelle et sociale de mai 1968, les années 1960 engagèrent un nouveau tournant à l'égard de l'orientation sexuelle et du genre. Deux ouvrages pionniers inspirèrent tant les mouvements de libération homosexuelle que féministe : *La sexualité dans la lutte culturelle* de W. Reich de 1936 et *Le deuxième sexe* de S. de Beauvoir de 1949. Revendicateurs et émancipateurs, les deux mouvements sont de nouveaux profondément liés. En effet, « *la plus grande démocratisation de la sexualité, grâce au combat des féministes d'abord, et au mouvement LGBT par la suite, implique désormais que l'individu peut avoir un choix érotique libre de toute contrainte liée à la religion, à la tradition, à la communauté, et même au contrat puisque le mariage peut être rompu à tout moment par le divorce. L'égalité des sexes a permis l'émergence et le développement de l'égalité des*

⁵¹ RICHER L., *Lettres d'un libre penseur à un curé de village*, 2^e série, 3^e éd., 1867, p. 226.

⁵² RIPA Y., *op. cit.*, p. 331.

⁵³ SIBALIS M. « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, sexualité et société*, 2010.

⁵⁴ Voir en ce sens : Chapitre « *La perméabilité du droit à la morale, vectrice d'intrusion dans l'intimité* », p. 17 et s. du présent mémoire.

sexualités »⁵⁵. Nombreux sont les mouvements qui s'imposèrent, à l'image du « *Mouvement de libération des femmes* », d'« *Arcadie* », du « *Front homosexuel d'action révolutionnaire* » ou encore du « *Groupe de libération homosexuelle* ». Concomitamment, les sphères médiatiques et intellectuelles devinrent également prolixes à l'égard des causes féministe et homosexuelle. C'est ainsi que la revue *Gai Pied* connut un essor à partir de 1979 ou que des ouvrages phares s'imposèrent tel que celui de F. Eaubonne, *l'Eros minoritaire*, paru en 1970. Dans une visée pragmatique, une forme d'unité peut ressortir de l'ensemble de ces mouvements. Tous revendiquaient par exemple le droit et l'accès à la contraception, le droit à l'avortement, la dépenalisation de l'homosexualité, la reconnaissance de la liberté sexuelle ou encore la criminalisation du viol. Toutefois, la nuance est de rigueur. Ces mouvements de libération sociale et sexuelle n'étaient ni homogènes ni unanimes sur les luttes à conduire. Or, le « *principe de narration homogénéise les différents mouvements féministes et LGBTQ qui, dès le début, sont constituées d'une multiplicité de luttes et de perspectives parfois antagonistes* »⁵⁶. La conscience de ces disparités acquise, il convient d'admettre en accord avec D. Borrillo que « *la libération sexuelle et l'expansion pandémique du sida dans la seconde moitié du XX^e siècle ont placé la sexualité au cœur du débat politique et social* »⁵⁷. C'est donc au cours de cette période que les revendications s'élargirent. Au-delà du prisme sexuel, les luttes pour l'égalité, contre les discriminations, contre l'homophobie et pour une reconnaissance sociale virent le jour. Toutes imprégnèrent le milieu de la recherche et la sphère juridique.

3. La traduction de la libération sexuelle dans la recherche universitaire

L'émergence de la recherche autour du genre et de la sexualité⁵⁸. Dans le sillage de la porosité des frontières terminologiques démontrée précédemment, deux enseignements fondamentaux peuvent être tirés de ces grandes lignes de l'histoire sociétale de l'orientation sexuelle. D'une part, l'homosexualité occupe une place spécifique par rapport aux autres orientations sexuelles puisqu'elle est historiquement la seule à avoir été théorisée aux côtés de l'hétérosexualité. C'est seulement dans les années 1990 que le sigle « *LGB* » est né dans les pays anglo-saxons pour unir l'homosexualité féminine, l'homosexualité masculine et la

⁵⁵ BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, op. cit., p. 32.

⁵⁶ MOSER C., « Une histoire des pensées féministes et queers sur la sexualité » in MOSER C. (dir.), *Libérations sexuelles*, Paris, La Découverte, « Sciences humaines et sociales », 2022.

⁵⁷ BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, op. cit., p. 11.

⁵⁸ La présente étude exclut volontairement le terme « *minorités sexuelles* » qui, s'il est un terme utilisé par la sociologie ou l'histoire, ne connaît pas d'existence en droit français puisqu'il s'oppose à la conception française de l'unité du peuple français et de l'indivisibilité de la République.

bisexualité⁵⁹. De l'autre, si la question de l'identité de genre doit être dissociée de la question de l'orientation sexuelle dans la présente étude, force est de constater leur imbrication historique. Celle-ci s'illustre particulièrement dans le développement du sigle « *LGB* » devenu « *LGBTQIA+* » pour inclure désormais les personnes transgenres et transsexuelles, queer, intersexes ou encore asexuelles. Conformément à cette dernière observation, les questions de genre et d'orientation sexuelle commencèrent à être étudiées simultanément dans le champ de la recherche universitaire. En effet, si « *c'est sous la plume de médecins travaillant sur ce que l'on nomme aujourd'hui l'intersexualité que le terme de genre serait apparu dans les années 1950, c'est bien son appropriation par les mouvements féministes, puis LGBT, qui lui a donné le sens global qu'il reçoit aujourd'hui dans le champ des études de genre (gender studies)* »⁶⁰. Le genre peut ainsi recevoir deux sens terminologiques. Il fut d'abord appréhendé comme le produit de la bicatégorisation et de la hiérarchisation entre le sexe féminin et masculin, c'est-à-dire comme le rôle que la société assigne à chacun des sexes. Néanmoins, le genre est également la source de ces rôles. À cet égard, « *le fait même que les sociétés ressentent le besoin de faire de la différence entre les sexes une différence fondamentale [...] est ici compris comme résultant d'un ordre du genre qui organise et prescrit ce mode de classification de l'humanité* »⁶¹.

La réticence de la recherche juridique aux études de genre. Le concept de genre invite donc selon S. Hennette-Vauchez, D. Roman et M. Pichard à étudier « *à la fois la différence et l'inégalité entre les sexes* »⁶². Selon eux, « *si l'inégalité entre les sexes est largement entendue comme résultant de cet ordre du genre ('le masculin l'ayant toujours emporté sur le féminin'), c'est surtout sur la différence sexuelle que l'accent est mis ainsi que sur son corollaire nécessaire : l'institution de l'hétérosexualité en étalon de référence* »⁶³. En ce sens, le lien entre la notion d'orientation sexuelle et les études de genre est prégnant. La société et le droit étant construits sur l'orientation sexuelle majoritaire qu'est l'hétérosexualité, les autres orientations sexuelles ne peuvent être reconnues juridiquement. C'est ce que l'on nomme l'hétéronormativité. Si les études de genre ont ainsi imprégné un large champ disciplinaire, s'immiscant au sein de la science politique, de l'histoire ou encore de l'art, la recherche française en droit est longtemps restée en dehors de son champ. En effet, « *les juristes hexagonaux ne se sont pas, eux, précipités sur l'objet 'genre' et sur ce qu'il pouvait révéler*

⁵⁹ Ce sont précisément les orientations sexuelles qui seront étudiées dans la présente étude.

⁶⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., et PICHARD M, *op. cit.*, p. 4.

⁶¹ *Ibid*, p. 6.

⁶² *Ibid*, p. 8.

⁶³ *Ibid*, p. 8.

des normes et des pratiques du droit »⁶⁴. Pourtant, l'énoncé juridique est un outil essentiel de la reconnaissance de toutes les orientations sexuelles. Si celui-ci indique que le mariage est une union entre un homme et une femme, les couples homosexuels en sont *ipso facto* exclus. De même, si l'énoncé prévoit que la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples composés d'un homme et d'une femme, les couples homosexuels ne peuvent en bénéficier. Ces énoncés, dits « *sexospécifiques* », imposent une norme hétérosexuelle, restrictive de droits pour les personnes homosexuelles ou bisexuelles.

L'éclosion tardive des études de genre au sein de la recherche juridique. Finalement, les premiers sociologues et juristes français à avoir questionner la construction genrée du droit s'imposèrent au cours des années 1990. Il en fut ainsi d'A. Boigeol, d'I. Théry, de M.-T. Lanquetin, d'E. Fassin ou encore de D. Borrillo. Initialement embryonnaire, les années 2010 permirent aux études de genre de prendre de l'ampleur dans la recherche juridique. Au cours de cette décennie, trois grands projets de recherche visant « *à consolider la place des questions de genre sur l'agenda des travaux sur le droit* »⁶⁵ furent financés par l'Agence nationale de la recherche. Parmi eux, le projet « *REGINE* », coordonné par S. Hennette-Vachez entre 2011 et 2014, eut pour objectif explicite d'importer les études de genre au sein du droit. D'autres projets ont pu éclore à l'image du programme « *Genre et discriminations sexistes et homophobes (GeDi)* », dont l'objet fut de traiter un vaste champ des études de genre allant des droits des femmes à ceux des personnes LGBT. Si l'ouvrage issu dudit projet indique à ce titre que « *Nul ne niera que ce qui se joue dans la période actuelle a bel et bien quelque chose de spécifique et de commun à ces trois notions [sexisme, orientation sexuelle et genre]* »⁶⁶, il précise également que « *La communauté d'action liée à la lutte contre les discriminations estompe de ce point de vue les différences. [...] la convergence des intérêts dans la revendication d'une formalisation des droits ne signifie pas, faut-il le répéter, une identité de problèmes et de recherche de leurs modalités de règlements* »⁶⁷. C'est pour cette raison que la présente étude, consciente des liens noués entre les questions de genre et d'orientation sexuelle entend néanmoins se concentrer sur le seul traitement de cette dernière par le droit public.

⁶⁴ BOSVIEUX-ONYEKWELU C. et MOTTIER V., (dir.), *Genre, droit et politique*, LGDJ, Droit et sociétés, Paris, 2021, p. 17.

⁶⁵ BOSVIEUX-ONYEKWELU C. et MOTTIER V., (dir.), *op. cit.* p. 19.

⁶⁶ BORRILLO D., « Introduction », in BORRILLO D. et LEMAIRE F., (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 12.

⁶⁷ *Ibid.*

4. L'intérêt d'une étude sur l'orientation sexuelle et le droit public

L'inexistence d'un rapprochement entre le droit public et l'orientation sexuelle.

Dans la sphère de la recherche, seuls quelques travaux questionnent l'appréhension par le droit de l'orientation sexuelle. Très peu d'entre eux s'intéressent en revanche au droit public *stricto sensu*. Les quelques ouvrages en la matière ne traitent généralement que d'un fragment du droit public à l'image des discriminations à raison de l'orientation sexuelle ou du droit d'asile pour ce même motif. Pourtant, le droit public dans son ensemble connaît des mutations incontestables qui intéressent le régime juridique de l'orientation sexuelle.

La définition complexe du droit public. Il convient pour se convaincre de l'intérêt d'une telle étude de définir préalablement la notion de droit public. À cet égard, certains auteurs en promeuvent une définition très large. Le droit public serait le « *droit de la chose publique* »⁶⁸. Cette définition se confronte à un obstacle, celui de la notion de chose publique qui est particulièrement vaste et imprécise. C'est pourquoi, d'autres auteurs définissent le droit public plus précisément comme « *l'ensemble des règles qui, dans un État donné, ont pour objet l'organisation, les structures et les composantes de cet État* »⁶⁹ ou encore comme les règles qui régissent les « *relations entre les particuliers et l'État, l'Administration [et] les collectivités publiques* »⁷⁰. À l'aune de la présente recherche, ce dernier sens doit être privilégié. En effet, l'orientation sexuelle relève de l'individualité. Ainsi, seule une définition du droit public intégrant les particuliers peut permettre d'interroger l'appréhension par l'État et l'administration de l'orientation sexuelle.

La préférence pour deux approches du droit public. Deux définitions du droit public seront finalement intégrées au cours de l'étude. Dans un premier temps, le droit public sera défini comme *la posture de la figure étatique vis-à-vis des individus*. Volontairement large, cette définition permet d'apprécier l'évolution historique du droit public à l'égard de l'orientation sexuelle. Longtemps cloisonnée à la seule intervention pénale et répressive envers l'homosexualité, la posture de l'État français a en effet évolué sous l'influence des droits européens. Ce premier choix terminologique permet ainsi d'inclure, sans complexe, le droit pénal⁷¹, le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'Homme dans le

⁶⁸ ZOLLER E., DUFFY A., GUGLIELMI G. et FASSASSI I., *Introduction au droit public*, Dalloz, Précis, 3^{ème} éd., 2022, p. 2.

⁶⁹ MOLFESSIS N. et TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 14^{ème} éd., 2022, p. 242.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ L'on peut estimer en accord avec N. Molfessis et F. Terré que « *la sanction des infractions relève du droit public* » (*ibid.*, p. 243.).

champ de l'étude. Dans un second temps, l'état de la définition sera restreint. Le droit public sera alors envisagé comme *l'ensemble des règles, mécanismes, institutions et outils encadrant les rapports de l'administration avec ses usagers et fonctionnaires*. Ce second choix terminologique répond surtout d'un souci d'exhaustivité. Si le traitement juridique de l'orientation sexuelle ne s'est réduit pendant des siècles qu'à la dimension pénale, sa présence dans le corpus juridique est aujourd'hui bien plus large. Il apparaît *de facto* complexe d'en étudier l'intégralité des ressorts dans la présente étude. Par ailleurs, les droits européens et le droit pénal auront déjà été étudiés à ce stade du raisonnement, ce qui laisse une place pour une étude plus approfondie du rôle de l'administration *stricto sensu*. Ces définitions admises, l'opportunité d'une étude relative aux rapports entre le droit public et l'orientation sexuelle résulte des mutations du droit public contemporain.

Les transformations du droit public contemporain. Complexification, subjectivisation et européanisation sont autant de néologismes qui permettent de traduire les principales mutations du droit public contemporain. J.-B Auby note à cet égard que « *depuis [...] les années 1970, notre droit administratif est travaillé par une série de phénomènes qui lui font sentir le mouvement de logiques nouvelles* »⁷². Le constat peut être élargi à l'ensemble des branches du droit public.

Complexifié, le droit public fait en effet l'objet d'un vaste mouvement d'éclatement de ses disciplines et de ses sources. En ce sens « *[...] le droit public s'est démultiplié. Ce vaste mouvement tient au développement de la société industrielle ou post-industrielle et même aux progrès du droit, nécessairement attaché à la complexification croissante de la vie sociale* »⁷³.

Subjectivisé, le droit public offre une place prégnante à l'individu et notamment à ses droits fondamentaux tels qu'ils ont éclos depuis la fin de la seconde guerre mondiale. F. Grabias estime que ce mouvement subjectiviste « *a surtout pris une dimension nouvelle à compter de la deuxième moitié du XXe siècle, marquée par la promotion de l'État de droit à la fin des années 1970 et la place accordée aux droits fondamentaux* »⁷⁴. C'est en ce sens que la posture de l'administré s'est transformée depuis la fin des années 1970 *via* un mouvement de démocratisation administrative. De même, la place du justiciable s'est modifiée, le juge cherchant à garantir les droits des individus et à rendre utile l'effet de ses décisions.

⁷² AUBY J.-B, « La Bataille de San Romano. Réflexions récentes sur les évolutions du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 212.

⁷³ MOLFESSIS N. et TERRE F., *op. cit.*, p. 238.

⁷⁴ GRABIAS F., « La critique subjectiviste », *JCP A*, 2022, p. 2024.

Européanisé, le droit public interne a évolué sous l'influence des deux droits européens – droit de l'Union européenne et droit du Conseil de l'Europe – nés et développés depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Profondément liés à la subjectivisation et à la complexification, les droits européens, dans leur vocation libérale, ont consacré un certain nombre de droits fondamentaux à l'égard des individus et multiplié les sources du droit public interne.

Interroger les rapports entre l'orientation sexuelle et le droit public conduit à mettre en lumière l'ensemble de ces mutations et à combler l'absence de travaux en la matière.

5. Méthode, délimitation et problématisation de la recherche

Délimitation et méthode. À l'aune des définitions retenues du droit public et de l'orientation sexuelle, deux voies se sont alors structurées pour traiter le sujet « *orientation(s) sexuelle(s) et droit public* ». Il était concevable de n'interroger qu'un volet de la prise en compte de l'orientation sexuelle par le droit public à l'image du droit d'asile homosexuel, de l'impact du droit européen sur le traitement interne de l'orientation sexuelle ou encore du droit de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle. Il était également concevable de chercher à analyser l'intégralité des prises en compte de l'orientation sexuelle par le droit public. Dans la mesure où des travaux sectoriels ont d'ores-et-déjà été menés⁷⁵ à l'inverse d'une analyse panoramique de la thématique, il a paru opportun de s'engager dans cette seconde voie.

Pour ce faire, si l'étude se concentre sur le droit public français, sous les deux acceptions définies précédemment, son appréhension de l'orientation sexuelle ne peut se penser isolément. Ainsi, tant le droit interne (pénal, administratif, constitutionnel) que le droit européen (droit de l'Union et droit du Conseil de l'Europe) seront mobilisés. Ces droits seront appréhendés par le biais de leurs textes, leurs juges et leurs institutions. Aussi, tant la jurisprudence de la Cour de cassation que celles du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) et de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pourront être évoquées. Au regard de l'ampleur du projet, il ne sera pas question de remonter juridiquement jusqu'à l'Antiquité à l'image de l'Histoire sociétale de l'orientation sexuelle dressée précédemment. De manière pragmatique, l'évolution du traitement de l'orientation sexuelle par le droit public sera appréhendée à partir de la Révolution française, en ce qu'elle fut une période censée marquer l'éloignement de l'État de la sphère de l'intime.

⁷⁵ Exemples : BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, L'Harmattan, Paris, 2022 ; BORRILLO D. et LEMAIRE F., (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020.

Par ailleurs, le droit international public ne sera pas intégré à l'analyse. Même s'il pouvait certainement entrer dans le champ de l'étude, le souci de l'exhaustivité a conduit à l'écarter. Il apparaît à ce titre qu'il n'est pas celui qui a engendré les modifications et évolutions les plus significatives en matière d'orientation sexuelle en droit public interne, à l'inverse des droits européens. Néanmoins, il sera mobilisé sporadiquement dans le cadre d'un droit administratif spécial – le droit des étrangers – lequel est fortement imprégné de concepts et de textes de droit international public. Les matières de droit privé, à l'instar du droit de la famille et du droit international privé, seront également écartées du champ de l'étude en dépit de leur lien profond avec l'orientation sexuelle. En effet, l'analyse se concentre sur la position de l'État et de l'administration à l'égard de l'orientation sexuelle. De fait, les relations entre les particuliers n'entrent pas dans le champ d'étude. Elles en sont toutefois la conséquence. C'est bien parce que la posture de l'État a évolué que des droits subjectifs tels que le droit au PACS⁷⁶, au mariage⁷⁷, à l'adoption ou à l'établissement de la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui, sont désormais reconnus dans la sphère du droit privé.

Problématisation. Au gré de tous ces éléments introductifs, il apparaît qu'adosser « *Orientation sexuelle* » et « *Droit public* » ne relève pas de l'évidence. Cependant, force est d'admettre que la libre orientation sexuelle des individus dépend inévitablement de la position de l'État à leur égard. C'est pourquoi, il est nécessaire de comprendre comment celle-ci a évolué et plus largement comment le droit public appréhende la notion d'orientation sexuelle.

Le droit public, entendu au sens de la posture de l'État vis-à-vis des individus, s'est toujours immiscé dans l'orientation sexuelle des individus. Cette immixtion, initialement illustrée par un État particulièrement répressif envers l'homosexualité, s'est finalement métamorphosée sous l'impulsion européenne pour aboutir à un État désormais protecteur de la pluralité des orientations sexuelles existantes (titre 1).

C'est pourquoi, le droit public, entendu au sens des règles, mécanismes, institutions et outils encadrant les rapports de l'administration avec les usagers et fonctionnaires, fait dorénavant de l'orientation sexuelle un critère de protection. En effet, l'orientation sexuelle est un motif de discrimination invocable tant par les usagers de l'administration que les fonctionnaires. Elle est aussi un motif de protection internationale à l'égard des étrangers persécutés ou risquant de l'être à raison de leur orientation sexuelle (titre 2).

⁷⁶ Consacré par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

⁷⁷ Consacré par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 et dont l'on fête le dixième anniversaire cette année.

Titre 1. L'immixtion du droit public dans l'orientation sexuelle des individus

Que le droit public soit protecteur ou répressif à l'égard des orientations sexuelles, il s'immisce dans l'intimité des individus.

Dès 1789, l'intrusion de l'État dans l'intimité a été permise par les rapports ambigus entretenus entre le droit et la morale. Ces rapports ont conduit à un rejet explicite de ce qui était considéré comme de « *mauvaises* » mœurs sexuelles. L'homosexualité, envisagée d'un point de vue strictement sexuel, ne connaît alors d'existence juridique qu'au prisme de la répression. Posture de l'État qui a perduré jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, la rupture introduite par la dépénalisation de l'homosexualité en 1982⁷⁸ ne fut pas sans nuance. Si la neutralité de l'État à l'égard des orientations sexuelles est désormais la règle, les mœurs sexuelles demeurent implicitement ancrées dans la sphère juridique (Chapitre 1).

Néanmoins, sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'Homme, s'est façonné un arsenal juridique protecteur à l'égard des orientations sexuelles. Sous ce prisme, l'immixtion du droit public dans l'intimité s'est construite à la faveur, non plus de la répression, mais d'une protection de la diversité des orientations sexuelles. Partant, le droit s'est émancipé de l'orientation sexuelle entendue sous le seul angle de la sexualité pour prendre en compte d'autres dimensions à l'image de la vie familiale et de l'interdiction des discriminations. (Chapitre 2).

⁷⁸ Loi n°82-683 du 4 août 1982.

CHAPITRE 1

La perméabilité du droit à la morale, vectrice d'intrusion dans l'intimité

« Vous méprisez le bon sens, les lois de la nature et de la vie. Vous détruisez la société que vous prétendez défendre »⁷⁹.

Illustration de la porosité des frontières entre le droit et la morale, ces mots sont ceux du député J. Bompard. Ils ont été tenus à l'occasion du débat parlementaire autour du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en 2013. De fait, si l'emprise de la morale sur le droit s'inscrit essentiellement dans une perspective historique et pénale dans la mesure où l'exigence de « *bonnes* » mœurs sexuelles s'est expressément dissipée du corpus juridique (section 1), l'intervention du député susmentionné démontre que d'indéniables vestiges contemporains perdurent en la matière (section 2).

Section 1. La promotion historique des « *bonnes* » mœurs sexuelles par le droit

La démonstration de l'immixtion de l'État dans l'intimité des individus suppose d'admettre au préalable l'existence de rapports entre le droit et la morale (I) et de constater *ipso facto* les liens particuliers qui ont prospéré au cours de l'histoire juridique entre le droit et l'homosexualité (II).

I. Les rapports ordinaires entre le droit et la morale

Sans s'engager dans un débat juridique et philosophique insoluble, le traitement historique par l'État de l'homosexualité permet de rejeter l'existence d'un droit qui serait épuré de toutes considérations morales (A) et de constater, qu'à l'inverse, il est empreint de ces dernières (B).

A. Le rejet d'un droit épuré de considérations morales

En imposant de « *bonnes* » et de « *mauvaises* » mœurs sexuelles, le droit ne peut se revendiquer dénué de considérations morales. Si cette hypothèse entre en confrontation avec la neutralité axiologique tant recherchée par les juristes français, elle ne peut qu'être affirmée au prisme d'une étude sur le droit et la sexualité. Demeure par ailleurs l'épineuse question des rapports qu'entretiennent le droit et la morale dans un tel cadre.

⁷⁹ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 18 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, J. Bompard.

Une quête de neutralité axiologique. La quête perpétuelle de la neutralité axiologique reflète parfaitement la tradition française issue du courant positiviste. Au-delà de ses disparités, l'essence de celui-ci réside dans la volonté d'évincer les jugements de valeurs et la métaphysique de l'objet juridique. Le droit n'a pas à être justifié par des données historiques, politiques, religieuses ou morales mais doit limiter « *le champ de la discussion à des arguments techniques : le texte est général ou d'exception, situé dans tel code, au sein de tel chapitre, emploie tel mot, ainsi défini, ou tel autre, qui ne l'est pas* »⁸⁰. C'est dans cet objectif que divers mouvements positivistes ont sillonné l'Histoire de la pensée juridique⁸¹. Parmi eux, le positivisme normativisme, construit par la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen⁸², a entériné la quête de la neutralité axiologique chez les juristes français en cherchant à rendre « *pur* » l'objet « *droit* ». À cette fin, ce courant postule qu'un énoncé ne constitue une règle de droit valide qu'au regard d'un critère formel⁸³, celui de sa conformité à la norme qui lui est supérieure. Le système français est empreint de cette vision en ce qu'il s'articule autour d'une hiérarchie des normes. La quête de neutralité pourrait *de facto* sembler atteinte. Toutefois, « *sans être ni idéaliste ni sceptique, il faut bien admettre qu'il y a une certaine intégration, variable, de la composante morale dans le processus juridique* »⁸⁴. Nul besoin de faire partie de la famille du droit naturel – classique ou moderne – et d'estimer que certaines règles découlent d'un ordre naturel ou de la supériorité de l'être humain, pour s'en convaincre. En effet, certains indices témoignent de la présence d'éléments moraux dans le droit positif. C'est le cas du contrôle de proportionnalité qui, s'il « *se relie à une exigence de juste* »⁸⁵, est pourtant omniprésent dans les prétoires. Cet outil du contrôle juridictionnel inquiète les fervents défenseurs du positivisme qui estiment que « *la consécration du 'contrôle de proportionnalité' constituerait, non pas un progrès, mais une régression pour le droit français* »⁸⁶.

Une quête impossible au prisme d'une étude sur la sexualité. Quelles que soient les discordes théoriques entre droit positif et droit naturel, l'appréhension de l'orientation sexuelle par le droit conduit à admettre deux éléments. D'une part, une telle étude démontre indubitablement que le droit est empreint d'éléments « *extra-juridiques* » ou

⁸⁰ FENOUILLET D., « Propos introductifs » in BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D., (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2011, p. 11.

⁸¹ On distingue généralement les positivistes classiques, analytiques, réalistes et normativistes.

⁸² KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par EISENMANN C., LGDJ, La pensée juridique, 1999

⁸³ La théorie de H. Kelsen ne rejette pas néanmoins pas l'idée d'un droit lié à la morale. Il cherche seulement à construire une science du droit indépendante de tout autre système.

⁸⁴ P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *Mc Gill Law Journal*, vol. 32, 1987, p. 835.

⁸⁵ MOLFESSIS N. et TERRE F., *Op. cit.*, p. 96.

⁸⁶ CHENEDE F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

« métaphysiques ». En effet, « la pénalisation de l'homosexualité est longtemps apparue comme tributaire du droit naturel »⁸⁷. De l'autre, il est impossible de nier les dangers d'une théorie du droit « pure » de ces éléments. Ainsi que le rappelait D. Lochak, « c'est au nom des principes positivistes que les juristes ont participé à la banalisation du droit antisémite, contribuant ainsi à légitimer la politique antisémite de Vichy »⁸⁸. De la même façon, les théories positivistes ont pu légitimer certains textes à l'égard de l'orientation sexuelle. S'il n'est de droit que parce que l'énoncé est formellement valide, peu importe sa substance, que celui-ci fasse de l'homosexualité un fléau social⁸⁹ ou des « mauvaises » mœurs sexuelles un motif de répression pénale⁹⁰. Plus légèrement, il convient d'admettre que « toute réflexion sur le mariage homosexuel, la parenté homosexuelle, conduit nécessairement à une réflexion sur l'égalité, le mariage, la filiation, la nature, la culture »⁹¹ et que « la doctrine ne peut éviter la question axiologique, car elle est inhérente au droit »⁹². Cette impossible neutralité axiologique admise, faut-il encore comprendre quelle dialectique le droit entretient avec la morale.

Une influence réciproque entre la morale et le droit. À ce stade du raisonnement, « ce que l'on sait : la morale et le droit entretiennent nécessairement un lien. Ce que l'on sait moins : la nature de ce lien »⁹³. S'il est coutume d'enseigner que le droit et la morale se distinguent par leurs définitions, leurs sources, leurs contenus et leurs finalités, le champ de la présente étude conduit à admettre qu'en dépit d'une éventuelle séparation, la morale et le droit connaissent des lignées convergentes et s'influencent réciproquement. Le domaine de la sexualité démontre en effet qu'« il ne faut pas oublier que parmi les forces sociales dont l'action produit le droit, certaines sinon toutes se servent des valeurs morales comme d'un levier, de sorte que le droit en porte ensuite la marque »⁹⁴. Si l'emprise de la morale sur le corpus juridique en matière de sexualité sera démontrée plus tard, l'inspiration réciproque entre la morale et le droit peut d'ores-et-déjà être envisagée. Dès 1930, G. Ripert construisait cette thèse de l'inspiration en démontrant « combien les techniques juridiques étaient vivifiées par la sève

⁸⁷ PAPILLON S. *Les mœurs sexuelles et le droit pénal*, Université Jean Moulin Lyon III, 2021, p. 45.

⁸⁸ LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in LOCHAK D., MEMMI D., SPANOU C. et LEHINQUE P., *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989, p. 265.

⁸⁹ Loi n° 60-773 du 30 juillet 1960 autorisant le gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux.

⁹⁰ Exemple : Loi n° 742 du 6 août 1942 qui créent une incrimination pour actes impudiques et contre-nature avec un mineur de moins de vingt-et-un ans et ayant le même sexe que l'auteur.

⁹¹ FENOUILLET D, *op. cit.*, p. 11.

⁹² *Ibid.*

⁹³ MEKKI M., « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D., (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2011, p. 27.

⁹⁴ JESTAZ P., « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *op. cit.*

de la morale chrétienne »⁹⁵. La réciproque est également envisageable. Le droit peut soutenir la morale. Ainsi, D. Fenouillet constate que la formule selon laquelle « *Le droit est la semence des mœurs* »⁹⁶, « rappelle le soutien que la règle juridique peut apporter à la règle morale, par l'incitation et la dissuasion »⁹⁷. Cette double influence persiste dans le droit contemporain. En ce sens, J. Carbonnier souligne « depuis 1980, un retour offensif de la morale »⁹⁸, lequel se traduit par l'émergence d'un vocable et de techniques spécifiques. Il en va ainsi de l'essor du droit souple, de l'usage des termes de dignité, d'éthique ou de fraternité ou encore de l'expansion des techniques de proportionnalité telle qu'évoquée précédemment.

En somme, si l'on devait choisir entre les trois postulats suggérés par S. Papillon dans sa thèse *Les mœurs sexuelles et le droit pénal*⁹⁹ selon lesquels soit l'on considère que le droit et la morale forment un tout impossible à démêler, soit il est amoral, soit enfin il recoupe des règles morales dans certains domaines seulement, on admettra avec ferveur ce dernier postulat. En effet, le traitement de la sexualité par le droit conduit à constater que ce champ juridique particulier est empreint de considérations morales.

B. L'acceptation d'un droit de la sexualité empreint de morale

L'existence d'un lien inextricable entre le droit et la morale étant admise, il convient de souligner que le terme « morale » peut être englobant et polysémique (1) et que, subséquemment, celle-ci a été omniprésente au sein du corpus juridique historique traitant de la sexualité (2).

1. L'admission pragmatique de la polysémie du terme « morale »

Afin d'apprécier pleinement l'omniprésence historique de la morale sexuelle dans le corpus juridique, il est opportun de dresser un panorama des vocables qui se rapprochent de la morale.

Les notions directement voisines de la morale. Morale, moralité, moralisation, mœurs sont autant de vocables qui, une fois intégrés au champ juridique, l'imprègnent expressément d'une dimension moralisatrice. À ce titre, la notion centrale utilisée par le droit de la sexualité

⁹⁵ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^e éd., 1949, p. 20.

⁹⁶ LEQUETTE Y., « Le droit est la semence des mœurs », in BEAUBRUN M. et BEGUIN M. (dir.), *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 391.

⁹⁷ FENOUILLET D., *op cit.*, p. 4.

⁹⁸ CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF, 26^{ème} éd., 1999, p. 47.

⁹⁹ PAPILLON S. *op. cit.*, p. 1.

est celle de « *mœurs* »¹⁰⁰. Dans ce cadre, « à l'image de cercles concentriques, les *mœurs sexuelles* font indéniablement parties de la morale, quand bien même celle-ci serait plus étendue »¹⁰¹. Définir cette notion s'avère être une tâche particulièrement périlleuse tant pour la doctrine que pour les juges. C'est à ce titre que la cour d'appel de Pau indiquait en 1908 qu'il « est impossible de définir avec une précision absolue »¹⁰² la notion de bonnes mœurs. Le tribunal correctionnel d'Orange précisait quant à lui en 1950 que « la notion de bonnes mœurs est variable dans le temps et l'espace »¹⁰³. Du côté de la doctrine, un travail de définition a pu être mené. C'est ainsi que S. Papillon définit les « bonnes » mœurs comme « des préceptes moraux propres à un ensemble d'individus dans un temps et un espace déterminés, voués à évoluer »¹⁰⁴. Elle en offre d'ailleurs des exemples significatifs en indiquant qu'en France, l'homosexualité est passée en quelques décennies d'un acte contraire aux bonnes mœurs à une relation digne des liens du mariage. C'est ici l'effet du temps qui a fait évoluer les mœurs. Néanmoins, illustration de la limitation dans l'espace de ces dernières, la sodomie, acte banalisé en France, demeure constitutive d'une infraction pénale dans certains pays. Outre la notion de bonnes mœurs, celle de moralité publique revient également régulièrement dans le droit de la sexualité. Pouvant délicatement être définie comme « l'absence de scandales publics, ou plus exactement l'absence d'atteintes publiques au minimum d'idées morales communément admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus, et qu'elle tient à voir respecter »¹⁰⁵, la moralité publique imprègne la notion administrativiste d'ordre public depuis l'arrêt *Société les films Lutétia* du Conseil d'État¹⁰⁶. Son instrumentalisation est profondément liée à la sexualité, notamment dans le cadre de la police administrative spéciale du cinéma qui peut s'opposer à l'autorisation d'exploitation d'un film considéré comme contraire à la moralité publique. Ces deux notions – bonnes mœurs et moralité publique – sont centrales dans le traitement de l'orientation sexuelle par l'État mais elles ne sont pas les seules.

Les notions indirectement voisines de la morale. Non moins liées à la morale, certains termes offrent néanmoins l'avantage de sembler l'exclure de la sphère juridique. En ce sens, dignité, ordre public, éthique, justice et proportionnalité sont également des vocables devant

¹⁰⁰ Voir en ce sens : « *L'omniprésence historique de la morale sexuelle dans le droit* », p. 22 et s. du présent mémoire.

¹⁰¹ PAPILLON S. *op. cit.*, p. 11.

¹⁰² Cour d'appel de Pau, 1^{er} août 1908, *Droit pénal*, 1909, p. 79.

¹⁰³ Tribunal correctionnel d'Orange, 19 avril 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, p. 35.

¹⁰⁴ PAPILLON S. *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁵ LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique » in *Les bonnes mœurs*, PUF, Paris, 1994, p. 15.

¹⁰⁶ CE, sect., 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia*, n° 36385, *Lebon*.

figurer au sein du panorama des termes imprégnant le droit d'une dimension morale. Précisément, tant la notion de bonnes mœurs que celle de moralité publique sont « *systématiquement liée[s] à celle d'ordre public* »¹⁰⁷. Ainsi, si la notion de moralité publique consacrée en 1959 par le Conseil d'État n'apparaît explicitement plus dans ses arrêts, elle perdure subrepticement. À titre illustratif, le Conseil d'État a jugé que l'interdiction d'ouverture d'un « *sex-shop* » à proximité d'équipements destinés à la jeunesse, était légale en raison « *des dangers particuliers pour la jeunesse* »¹⁰⁸. Surtout, la moralité publique, en tant que composante de l'ordre public, a été supplantée par la notion de dignité humaine depuis le célèbre arrêt *Cne de Morsang sur Orge*¹⁰⁹. C'est également la notion de dignité humaine qui a été privilégiée en droit pénal lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994¹¹⁰¹¹¹. Plus largement, et tel qu'indiqué précédemment, les dimensions de justice, d'éthique et de proportionnalité renvoient à la présence de morale dans le droit. Toutes ces notions permettent de rendre plus acceptables et moins abruptes les rapports entre la morale et le droit.

À l'aune de l'orientation sexuelle et du droit public, ce sont bien les notions de moralité, de dignité et de bonnes mœurs qui témoignent de la posture de l'État au gré de l'histoire du droit. À cet égard, l'indétermination de ces notions dessert le respect de toutes les orientations sexuelles par l'État. En effet, « *ce flou sémantique se manifeste notamment lorsqu'il s'agit d'élucider le rapport que les bonnes mœurs entretiennent avec le sexe* »¹¹². C'est ce que démontre l'omniprésence historique de la morale sexuelle au sein du corpus juridique.

2. L'omniprésence historique de la morale sexuelle dans le droit

Selon D. Roman et S. Hennette-Vauchez, « *Pendant longtemps, les liens entre droit et sexualité ont été abordés sous le prisme des bonnes mœurs et du respect d'une certaine forme de moralité publique* »¹¹³. L'affirmation ne saurait être plus claire. Les deux vocables susmentionnés constituent historiquement le noyau dur du traitement juridique de la sexualité. Plus précisément, D. Lochak distingue deux fonctions à ces notions. D'une part, elles

¹⁰⁷ LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*

¹⁰⁸ CE, ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, n° 281084, *T. Lebon*.

¹⁰⁹ CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, *Lebon*.

¹¹⁰ Voir en ce sens : chapitre V « *Des atteintes à la dignité de la personne* » au sein du titre II du livre II du Code pénal.

¹¹¹ Voir également pour une reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la dignité humaine : CC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi bioéthique*.

¹¹² LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*

¹¹³ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., Hypercours, 2022, p. 491.

permettent de « *contrôler la moralité d'une personne déterminée* »¹¹⁴. De l'autre, elles servent à « *empêcher la diffusion d'objets contraires aux bonnes mœurs* »¹¹⁵. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre des hypothèses, bonnes mœurs et moralité publique permettent, eu égard à leur plasticité, d'imposer une forme normale de sexualité.

Le contrôle de la morale sexuelle d'une personne déterminée. Sous ce prisme, le droit permet de contrôler la moralité, notamment sexuelle, des individus pour qu'ils puissent bénéficier d'un accès à certaines institutions. Le droit de la fonction publique et de la nationalité suscite ici un vif intérêt. Bien entendu, « *En vue de garantir au sein de l'administration publique le règne des bonnes mœurs, dans l'acception la plus large du terme, qui inclut à la fois le rapport au sexe et à l'argent, l'honneur, l'intégrité, le désintéressement* »¹¹⁶, le droit de la fonction publique impose des règles de moralité tant à l'entrée pour les candidats qu'au cours de la carrière du fonctionnaire. Ainsi, les statuts généraux de la fonction publique de 1946 et 1959 exigeaient une condition de « *bonne moralité* »¹¹⁷. Aujourd'hui, et conformément à l'évolution lexicale vers des termes moins abruptes, l'article L. 121-1 du Code général de la fonction publique indique que « *L'agent public exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* ». En matière de droit de la nationalité, des exigences de moralité s'imposent également. Ainsi, l'article L. 21-4 du Code civil dispose que « *Le Gouvernement peut s'opposer [...] pour indignité ou défaut d'assimilation [...] à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger [...]* ». Une personne se livrant à la prostitution a pu être considérée comme indigne au sens de cette disposition¹¹⁸. Dans ce cheminement, l'article 21-23 du même code indique que « *Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonnes vie et mœurs [...]* ». Dans ces deux hypothèses, la morale, notamment sexuelle, est appréciée à l'égard de personnes déterminées.

Le contrôle de la diffusion d'objets contraires à la morale sexuelle. Dans un second sens, les bonnes mœurs imprègnent le droit au travers du contrôle de la diffusion d'objets qui seraient contraires à la morale sexuelle. D. Lochak intègre au sein de ce contrôle « *l'ensemble des mesures préventives ou répressives visant à empêcher des situations immorales de se*

¹¹⁴ LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Article 23 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires et article 16 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires supprimé avec la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹¹⁸ CE, 31 octobre 1979, n° 02934, *Lebon.*

produire ou de se perpétuer »¹¹⁹. Ainsi et sans tendre à l'exhaustivité absolue, l'ancien Code pénal, en vigueur jusqu'au 1^{er} mars 1994, comprenait une section « *Attentat aux mœurs* » au sein de laquelle se trouvaient notamment l'outrage public à la pudeur¹²⁰, l'attentat à la pudeur¹²¹ ou encore l'excitation à la débauche et la corruption de mineur¹²². Il comprenait également une section « *Outrage aux bonnes mœurs* ». Le droit pénal est extrêmement révélateur de la moralité sexuelle. En effet, « *au sein du droit pénal, la notion de bonnes mœurs ne recouvre que l'ordre sexuel* »¹²³. Autrement dit, toutes ces infractions intéressent uniquement la sexualité, de sorte que le terme de mœurs en droit pénal ne renvoie qu'aux mœurs sexuelles. De nouveau, si le terme n'apparaît plus dans le nouveau Code pénal, la moralité sexuelle persiste. C'est en ce sens que son chapitre V est consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* ». Outre l'angle répressif, l'article 6 du Code civil dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association précise que « *Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs [...] est nulle et de nul effet* ». Enfin, en droit administratif, les différentes autorités de police spéciale sont mobilisées pour promouvoir une forme de moralité publique. À titre illustratif, la police du cinéma peut, comme il a déjà été évoqué, interdire la diffusion d'un film considéré comme contraire à la moralité publique¹²⁴.

L'institution subséquente d'une forme normale de sexualité. La moralité sexuelle est omniprésente dans le corpus juridique. Il découle de cette omniprésence l'institution d'une forme prédominante et normale de sexualité. Deux arguments permettant de s'en convaincre peuvent être avancés. D'une part, les notions de mœurs, de moralité, d'ordre public ou de dignité sont insaisissables. Ainsi, selon les époques ou les circonstances d'espèce, leur plasticité terminologique peut être instrumentalisée au détriment de certaines formes de sexualité. D'autre part, et selon M. Mekki, une confusion est née dès l'instant où « *L. Lévy- Bruhl et, plus*

¹¹⁹ LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*

¹²⁰ Article 330 de l'ancien Code pénal : « *Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 500 F à 15000 F* ».

¹²¹ Premier alinéa de l'article 331 de l'ancien Code pénal : « *Tout attentat à la pudeur commis ou tenté sans violence ni contrainte ni surprise sur la personne d'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans et d'une amende de 6.000 F à 60 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

¹²² Premier alinéa de l'article 334-2 de l'ancien Code pénal : « *Sera puni des peines prévues à l'article précédent quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans* ».

¹²³ PAILLON S., *op. cit.*, p. 7.

¹²⁴ CE, sect., 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia*, n° 36385, *Lebon* ; aujourd'hui la jurisprudence porte davantage sur la protection des mineurs à l'égard d'images pouvant heurter leur sensibilité en matière de sexualité ou de violence (ex. CE, 8 mars 2017, *Association Juristes pour l'enfance*, n°406387, *Lebon*).

*largement, les durkheimiens ont réduit la morale à l'idée de normalité »*¹²⁵. L'argument tiré de la moralité a permis de scinder les pratiques sexuelles considérées comme normales de celles perçues comme anormales. Pour ces deux raisons, l'analyse des rapports particuliers entre le droit et l'homosexualité démontre comment, en dépit d'une interdiction explicite, fut réprimée jusqu'en 1982 en droit français.

II. Les rapports particuliers entre le droit et l'homosexualité

Après avoir admis que le droit a historiquement promu une morale sexuelle, il est nécessaire de revenir à l'objet d'étude principal, à savoir l'orientation sexuelle. Celle-ci est envisagée ici, contrairement à l'approche retenue dans l'introduction, sous l'angle restrictif de la dichotomie hétérosexualité-homosexualité et de la liberté sexuelle. À ce titre, le droit a oscillé. Si le XIX^{ème} siècle démontre que le juge s'est engagé dans la voie de la répression contre l'homosexualité (A), le XX^{ème} siècle témoigne quant à lui de fluctuations législatives et prétoriennes (B).

A. La répression indirecte de l'homosexualité au XIX^{ème} siècle

Alors que l'homosexualité n'était plus considérée comme une infraction depuis la Révolution française et que les textes révélaient d'une forme d'indifférence à la sphère de l'intime (1), c'est le prétoire qui s'est engagé dans la voie répressive (2).

1. L'indifférence textuelle à la répression de l'homosexualité

Pour comprendre la posture de l'État à l'égard de l'homosexualité au XIX^{ème} siècle, il importe de prendre une certaine hauteur temporelle.

Un droit de l'Ancien régime explicitement et fortement répressif. Ainsi que l'introduction du présent mémoire l'a démontrée, le traitement juridique de l'homosexualité dépend grandement du regard que la société, dans une époque et un lieu donnés, entretient à l'égard de la sexualité. De fait, l'importance de l'emprise religieuse au cours de l'Ancien régime conduisait à un rejet social flagrant de l'homosexualité. En conséquence, le droit de ladite époque érigea l'homosexualité en une infraction pénale grave. En effet, « *depuis l'empereur Justinien jusqu'à la Révolution française, dans l'ensemble des pays chrétiens, l'homosexualité représentait un crime particulièrement affreux* »¹²⁶. Ce péché criminel qu'était l'homosexualité était alors réprimé par des peines pouvant aller jusqu'à la peine de mort. Fondamentalement,

¹²⁵ MEKKI M., « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D., (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 27.

¹²⁶ PAPILLON S., *op. cit.*, p. 41.

l'homosexualité n'étant envisagée qu'au travers de la sexualité, l'infraction punie était celle du « *crime de sodomie* ». C'est précisément dans une velléité de rupture avec cette vision religieuse que le droit révolutionnaire se construisit.

Un droit révolutionnaire et impérial silencieux. La rupture textuelle fut limpide puisque « *le Code pénal adopté par l'Assemblée constituante révolutionnaire française en 1791 exclut, pour la première fois dans l'histoire moderne, le crime de sodomie de la liste des crimes punissables* »¹²⁷. Cette avancée normative significative correspondait aux préceptes révolutionnaires selon lesquels l'autonomie et la liberté individuelles devaient être la règle. Ce libéralisme politique conduisit *de facto* à l'exclusion de l'intervention de l'État dans la sphère de l'intime. Ladite avancée répondait également de la laïcisation de la sphère publique. Le crime de sodomie étant condamné au nom de l'emprise religieuse, il paraissait logique de l'exclure des infractions pénales. Aussi, « *la laïcisation de l'ordre public renvoya dans l'espace de la morale privée et hors du champ du droit pénal les pratiques homosexuelles* »¹²⁸. Dans ce sillage, le Code pénal napoléonien de 1810 maintint l'état du droit révolutionnaire en ce qui concerne l'homosexualité. En outre, il créa l'infraction d'attentat à la pudeur puni « *que s'il avait été commis avec violence, sans avoir égard à l'âge de la victime* »¹²⁹¹³⁰. Ce fut la loi du 28 avril 1832 qui intégra la possibilité de condamner l'auteur d'un attentat à la pudeur sans violence afin de punir les relations sexuelles avec les mineurs de 11 ans¹³¹. Cet âge fut porté à 13 ans en 1863. On trouvait également dans le corpus pénal du XIX^{ème} siècle un délit d'excitation de mineurs à la débauche¹³² et d'outrage public à la pudeur¹³³. Toutefois, aucun de ces trois textes ne visait à réprimer l'homosexualité. Autrement dit, « *devant cette situation législative, et*

¹²⁷ LEROY-FORGEOT F., *Histoire de l'homosexualité en Europe*, PUF, Médecine et société, 1997, p. 64.

¹²⁸ LASCOUMES P., « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 111.

¹²⁹ DANET J., « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 98.

¹³⁰ Article 331 du Code pénal de 1810 : « *Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion* » in NYPELS J., *Le droit pénal français progressif et comparé : code pénal de 1810 accompagné des sources, des discussions au Conseil d'État, des exposés des motifs*, 1863.

¹³¹ Article 331 issu de la réforme de 1832 : « *Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de onze ans, sera puni de la réclusion* » et alinéa 3 de l'article 332 : « *Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion* » in NYPELS J., *op. cit.*

¹³² Article 334 du Code pénal de 1810 : « *Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs* » in NYPELS J., *op. cit.*

¹³³ Article 330 du Code pénal de 1810 : « *Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à deux cents francs* » in NYPELS J., *op. cit.*

*jusqu'à la loi du 6 août 1942, rappelons-le, la loi française n'aura pas connu de répression pénale spécifique de l'homosexualité »*¹³⁴.

Pourtant, en dépit de ce silence textuel, le regard de la société du XIX^{ème} siècle sur l'homosexualité demeurait moralisateur. D'ores-et-déjà évoqué, l'argument médical fit de l'homosexualité, non plus un péché, mais une perversion psychiatrique. La posture jurisprudentielle se fit le miroir de cette réticence sociale.

2. L'engagement prétorien à la répression de l'homosexualité

Selon M. Boninchi, « *Les magistrats, en présence de faits abominables qui révoltaient leurs consciences, ont cherché à combler les lacunes de la loi par voie d'interprétation prétorienne* »¹³⁵. À cette fin, deux infractions – le délit d'excitation des mineurs à la débauche et l'outrage public à la pudeur – prévues par le Code pénal de 1810 furent instrumentalisées. La malléabilité et plasticité des infractions relatives aux mœurs, décrites précédemment, jouèrent dans les prétoires du XIX^{ème} siècle un rôle considérable.

L'instrumentalisation de l'outrage public à la pudeur. L'infraction d'outrage public à la pudeur constituait un remède efficace à l'absence textuelle de pénalisation de l'homosexualité. En effet, l'article 330 du Code pénal de 1810, maintenu après la réforme de la législation pénale de 1832, n'était guère prolixe sur ce qui caractérisait un outrage public à la pudeur. Il se contentait d'indiquer que « *Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à deux cents francs* ». Cette indétermination textuelle fut sans conteste une voie prétorienne utilisée pour réprimer indirectement l'homosexualité. Le seul obstacle au prisme de l'article 330 précité résidait dans le caractère public de l'outrage. Pour le surmonter, les juridictions du fond adoptèrent très rapidement une vision extensive de la publicité. À titre illustratif, une chambre a pu être qualifiée par le tribunal correctionnel de Lyon de lieu accessible au public¹³⁶. Si la Cour de cassation adopta une position plus équilibrée considérant que la condition de publicité était satisfaite dès lors que « *l'acte commis, en admettant qu'il ait échappé au regard des personnes présentes autres que la victime, aurait pu être vu par elles, aucune précaution n'ayant été prise pour le leur cacher* »¹³⁷, on constate que « *les juridictions de fond persistent dans la déformation de l'article 330 de l'ancien Code pénal, passant sous*

¹³⁴ DANET J., *op. cit.*

¹³⁵ BONINCHI M., *Vichy et l'ordre moral*, PUF, Paris, 2005, p. 161.

¹³⁶ Tribunal correctionnel de Lyon, 25 juin 1943, *min. pub. c/ Alphonse B.* cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 166.

¹³⁷ Cass. crim., 4 mars 1880, *D.*, 1880.1.433 cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 166.

silence la condition de publicité, au nom de la protection de ce qui paraissait être des bonnes mœurs »¹³⁸. L'entêtement des juridictions du fond dans la répression de l'homosexualité se retrouvait également dans la caractérisation du délit d'excitation des mineurs à la débauche.

L'instrumentalisation de l'excitation de mineurs à la débauche. Le délit d'excitation de mineurs à la débauche était prévu à l'article 334 du Code pénal. Ne nécessitant aucune condition de publicité, ce délit exigeait néanmoins une condition de minorité. Originellement créé pour lutter contre l'activité des proxénètes à l'égard des mineurs, l'article 334 dudit code exigeait en effet la démonstration de « *la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans* ». Aussi, la disposition fut détournée dès un arrêt de 1851 de la Cour d'appel d'Angers pour réprimer les relations homosexuelles entretenues généralement entre un jeune adulte et un grand adolescent¹³⁹. Les termes dont fit usage la Cour sont révélateurs : « *si de l'interprétation généralement donnée à l'article 334 du Code pénal, il résulte que cet article a surtout pour objet d'atteindre le proxénétisme et non les individus qui ont corrompu la jeunesse dans l'intérêt de leurs propres plaisirs, cependant quand il s'agit de faits qui révoltent la nature, de ces faits auxquels la passion la plus violente ne peut jamais servir d'excuse et qui ont pour effet inévitable de livrer à la dépravation la plus honteuse des jeunes enfants qu'une telle passion a souillé, cette interprétation est évidemment trop restreinte et la loi doit s'appliquer dans son esprit à de pareils actes* ». La posture fut reprise dans un grand nombre de décisions des juridictions du fond, lesquelles évoquèrent systématiquement le caractère contre-nature des actes en cause¹⁴⁰. Ce sont donc des textes initialement prévus pour réprimer des infractions sexuelles précises qui furent finalement utilisés afin de condamner des actes qui ne portaient aucune atteinte à l'intégrité des individus mais qui, à cette époque, étaient socialement considérés comme intolérables. Pour autant, à l'aune des principes gouvernant la législation pénale depuis l'adoption de la DDHC, la Cour de cassation refusa la posture des juges du fond.

La sagesse de la Cour de cassation. Par deux arrêts de principe rendus en chambres réunies en 1840 et 1854¹⁴¹, la Cour de cassation se positionna contre les juridictions du fond. Attachée au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, elle indiqua que « *L'article 334, sainement entendu, soit par son texte, soit à l'aide des travaux préparatoires du Code pénal,*

¹³⁸ PAPILLON S., *op. cit.* p. 73.

¹³⁹ Cour d'appel Angers, 1^{er} septembre 1851, *D.*, 54.1.54 cité par DANET J., *op. cit.*, p. 100.

¹⁴⁰ Exemple : Cour d'appel de Bourges, 26 janvier 1905, *Simonin, D.*, 1906.2.31 cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 179.

¹⁴¹ Cass., ch. Réunies, 18 juin 1840, *Arnaud, B*, 178 et Cass., ch. Réunies, 1^{er} mai 1854, *Thierry, D.*, 54.1.262, cités par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 176.

exige, pour son application, l'intervention d'un agent intermédiaire de débauche ou de corruption ; ainsi interprété, il forme, avec les articles précédents, un système de répression qui se lie et s'enchaîne en embrassant les différents attentats aux mœurs que la loi peut atteindre, sans permettre à l'action publique de pénétrer dans la vie domestique pour en divulguer les secrets ». Cette jurisprudence, confirmée et entérinée jusqu'au début du XX^{ème} siècle¹⁴², fit l'objet d'une forte résistance de la part des juges du fond. Néanmoins, la posture de la Cour de cassation, qui mit fin « à tout espoir de pénalisation de l'homosexualité par voie d'interprétation jurisprudentielle »¹⁴³ paraissait pleinement conforme à la lettre des dispositions du Code pénal. En effet, les juridictions du fond appliquaient les articles 330 et 334 dudit code à des circonstances qu'ils ne prévoyaient pas. Confuse, dangereuse et insécurisante, la jurisprudence des juridictions du fond ne pouvait qu'être réprouvée. Or, preuve s'il en fallait une que les mœurs imprégnaient l'ensemble de la sphère juridique, la doctrine se rangea majoritairement du côté des juridictions du fond. En ce sens, R. Dargent, en accord notamment avec E. Garçon¹⁴⁴, regrettait que « la jurisprudence de la Cour de cassation ne permette pas de poursuivre ceux qui entretenaient des 'relations contre nature' avec des mineurs »¹⁴⁵.

En définitive, les juridictions judiciaires du XIX^{ème} siècle se sont engagées, contre l'autorité de la Cour de cassation et la lettre des dispositions pénales, dans la répression de l'homosexualité. En ce sens, le retour de la pénalisation explicite de l'homosexualité sous Vichy ne fut que le produit de la revendication prétorienne, « fondée sur l'idée que la loi n'assurait pas une répression suffisante des infractions contre les mœurs, et que les actes homosexuels méritaient d'être traités différemment de ceux accomplis 'pour satisfaire des passions naturelles' »¹⁴⁶.

B. La répression directe de l'homosexualité au XX^{ème} siècle

Moins lisible, le XX^{ème} siècle marqua le retour de la pénalisation législative de l'homosexualité sous le régime de Vichy (1), au sortir duquel la continuité l'emporta sur la rupture et ce, jusqu'à la dépénalisation par la loi du 4 août 1982 (2).

¹⁴² Cass. crim., 9 mars 1905, *Simonin*, B, 112 ; Cass. crim., 30 janv. 1937, *Parrini*, *Gaz. Pal.* 1937.1.721 et Cass. crim., 24 juill. 1937, *Revardeau*, *Gaz. Pal.* 1937.2.761, cités par BONINCHI M., *op. cit.* p. 179.

¹⁴³ BONINCHI M., *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁴ GARÇON E., *Code pénal annoté*, Tome II, Sirey, 1956.

¹⁴⁵ DARGENT R., « De quelques difficultés relatives à l'application de l'article 334 du Code pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1937, p. 739.

¹⁴⁶ BONINCHI M., *op. cit.* p. 179.

1. La forte pénalisation de l'homosexualité sous Vichy

Les juridictions judiciaires tentèrent tout au long du XIX^{ème} siècle d'insuffler une répression vis-à-vis des homosexuels en dissociant, pour reprendre les mots de la Cour d'appel de Bourges¹⁴⁷, « *les actes contre-nature* » de ceux visant à la « *satisfaction des passions naturelles* ». Confrontées à la résistance de la Cour de cassation, ces juridictions seront finalement confortées par des évolutions législatives significatives sous l'empire du régime de Vichy, dont les prémices s'écrivent toutefois dès la fin de la III^{ème} République.

Le prélude à la pénalisation explicite de l'homosexualité. La question de la pénalisation de l'homosexualité n'a pas émergé avec le régime de Vichy. Nombreux sont les éléments qui témoignent en effet, outre l'engagement prétorien, de la volonté au sein des pouvoirs publics de réprimer cette orientation sexuelle dès la III^{ème} République. L'ampleur des travaux menés par M. Boninchi dans sa thèse *Vichy et l'ordre moral* permet de dresser la chronologie de ce retour à la pénalisation. Dès une lettre du 9 janvier 1934, le ministère de la Marine sollicitait du garde des Sceaux une circulaire visant à imposer une interprétation très extensive de l'article 334 du Code pénal relatif à l'excitation de mineurs à la débauche. D'abord aligné sur la position de la Cour de cassation, le ministère assouplit finalement sa position au mois de juin 1939. Quelques mois plus tôt, la loi du 19 mars 1939 accordait des pouvoirs spéciaux au gouvernement et concomitamment, un nombre important de magistrats attirèrent l'attention du ministère sur le développement de la prostitution masculine en région parisienne. Dans ce contexte, fut rendu le 10 juin 1939 le rapport du substitut Médan qui, tout en proposant d'assimiler les atteintes homosexuelles au délit d'excitation à la débauche, affirma qu'« *il y aurait infiniment moins de pédérastes si les jeunes gens n'étaient pas initiés à ces pratiques par des hommes qui paient pour cela* »¹⁴⁸. Après validation par le ministère de la Justice et de l'Intérieur, le président du Conseil E. Daladier impulsa, par une lettre du 29 novembre 1939, la rédaction d'un décret-loi visant à modifier le fameux article 334 du Code pénal. Erreur de temporalité, la délégation de pouvoirs accordée par la loi du 19 mars 1939 prenait fin le lendemain, le 30 novembre 1939. À quelques mois près, la pénalisation de l'homosexualité aurait été établie sous l'égide de la III^{ème} République.

L'ancrage de la pénalisation explicite de l'homosexualité. Ce fut la loi du 6 août 1942¹⁴⁹ qui opéra finalement la modification tant attendue de l'article 334 du Code pénal en

¹⁴⁷ Cour d'appel de Bourges, 26 janvier 1905, *op. cit.*

¹⁴⁸ Cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 154.

¹⁴⁹ Loi n°744 du 6 août 1942 modifiant l'article 334 du code pénal, JO du 27 août 1942.

créant une nouvelle incrimination, celle des actes impudiques et contre-nature avec un mineur de moins de vingt-et-un ans et ayant le même sexe que l'auteur. Cette disposition consacra *expressis verbis* une distinction entre les relations hétérosexuelles et homosexuelles puisque la majorité sexuelle de l'époque, pour ces premières, s'élevait à l'âge de treize ans. Deux remarques doivent alors être faites. En premier lieu, ce texte est le résultat d'un long cheminement. Toujours selon les travaux de M. Boninchi, l'initiative du texte provint du milieu judiciaire et plus précisément d'un rapport du 22 décembre 1941 de C. Dubost, substitut du procureur de Toulon. Ce dernier « *rendait compte des difficultés juridiques rencontrées par son parquet dans une affaire de mœurs impliquant un médecin des environs* »¹⁵⁰ et estimait que « *cette situation était révélatrice d'une 'lacune grave de notre droit pénal'* »¹⁵¹. Il suggérait pour y remédier de réprimer « *toutes les anomalies de la sexualité* »¹⁵². Ce rapport fut transmis au ministère de la Justice qui en confia la gestion à R. Béraud. Celui-ci formula deux propositions. La première était une mesure générale, tant pour les relations hétérosexuelles qu'homosexuelles, visant à élever le seuil de protection jusqu'ici fixé à treize ans en matière d'attentat à la pudeur. Elle fut présentée comme une mesure de protection de la jeunesse. La seconde était une mesure spécifique visant à lutter contre l'homosexualité et motivée par une volonté d'empêcher « *que les Français aient un instinct sexuel perverti par des influences néfastes socialement* »¹⁵³. Elle allait jusqu'à proposer la castration des homosexuels récidivistes. Il fut finalement décidé d'abandonner le premier volet des propositions et de « *prescrire l'élaboration d'un projet s'attachant exclusivement à la répression des actes de nature homosexuelle* »¹⁵⁴. C'est dans ce contexte bien précis, que s'éloignant d'une mesure de protection de la jeunesse, les services du ministère de la Justice rédigèrent la modification susmentionnée. Cette chronologie amène à la seconde observation. La lutte engagée par le régime de Vichy s'inscrivait dans le projet sociétal plus vaste du maréchal Pétain. En effet, « *la volonté politique de renforcer une gestion de la productivité des populations et d'assurer pour cela une police des plaisirs est inséparable d'une représentation de la France affaiblie par une prétendue dégradation des mœurs, théorie qui sert d'exutoire aux défaites économiques et militaires* »¹⁵⁵. C'est pour cette raison que la lutte contre l'homosexualité sous Vichy prit corps au sein d'autres luttes pour la défense d'un ordre moral particulier. Citons pour s'en convaincre

¹⁵⁰ Rapport du 22 décembre 1941, 60-SL cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 147.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Note manuscrite du rédacteur Béraud du 7 janvier 1942, 60-SL cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 149.

¹⁵⁴ BONINCHI M., *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁵ LASCOUMES P., « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans », *op. cit.*, p. 112.

la répression de l'avortement¹⁵⁶ ou de l'adultère¹⁵⁷. Les mœurs sexuelles s'ancrèrent désormais explicitement en droit français jusqu'en 1982.

2. Les oscillations postérieures jusqu'à la rupture de 1982

En matière de traitement de l'orientation sexuelle par l'État, si le régime de Vichy s'inscrivait dans une forme de continuité avec la III^{ème} République, force est de constater que la libération était également loin de la rupture avec ce qui lui précédait. *Bis repetita*, « l'État a poursuivi la stigmatisation de l'homosexualité par la division juridique qu'il avait créée entre homosexualité et hétérosexualité, entre bonne et mauvaise sexualité. »¹⁵⁸.

La continuité. Bien loin d'une quelconque libération pour les personnes homosexuelles, la IV^{ème} République entérina le mouvement de lutte contre l'homosexualité amorcé sous le régime de Vichy. En ce sens, deux actes juridiques furent significatifs. Tout d'abord, *via* l'ordonnance du 8 février 1945¹⁵⁹, l'infraction d'actes impudiques et contre-nature fut maintenue mais déplacée au deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, dans la section « *attentats aux mœurs* ». En outre, l'ordonnance du 25 novembre 1960¹⁶⁰ ajouta une circonstance aggravante à l'outrage public à la pudeur du deuxième alinéa de l'article 330 du Code pénal lorsqu'il était accompli par des personnes de même sexe. Face au renforcement de cette pénalisation, on ne peut qu'admettre que « *le droit s'est infiltré dans ce que la vie a de plus intime, pour imposer une sexualité conforme à la morale d'une époque. À travers les exceptions liées à l'orientation sexuelle, ce n'est pas seulement l'individu que le droit pénal protégeait, mais également la bonne sexualité* »¹⁶¹. En dehors du droit pénal, le dénigrement de l'homosexualité perdurait voire s'intensifiait. En effet, en adéquation avec le dogme scientifique majoritaire de l'époque, les années 1960 signèrent l'entrée de l'homosexualité au sein de la classification de l'OMS¹⁶² relative aux maladies mentales et au sein des fléaux sociaux autorisant le gouvernement à prendre des mesures spécifiques¹⁶³.

¹⁵⁶ Loi n°300 du 15 février 1942 *relative à la répression de l'avortement*, JORF du 7 mars 1942.

¹⁵⁷ Loi n°1088 du 23 décembre 1942 *tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par suite des circonstances de guerre*, JORF du 26 décembre 1942.

¹⁵⁸ PAILLON S., *op. cit.* p. 44.

¹⁵⁹ Ordonnance n°45-190 du 8 février 1945.

¹⁶⁰ Ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 *relative à la lutte contre le proxénétisme*.

¹⁶¹ PAILLON S., *op. cit.* p. 44.

¹⁶² Il faut attendre 1985 pour que l'homosexualité soit retirée du manuel diagnostique et statistique des maladies mentales. C'est seulement en 1992 qu'elle est déclassée par tous les États signataires de la Charte de l'OMS.

¹⁶³ Loi n° 60-773 du 30 juillet 1960 *autorisant le gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux*.

La rupture. En symbiose avec les bouleversements sociétaux décrits dans l'introduction, les premières évolutions conduisant à la dépénalisation de l'homosexualité datent des années 1970. Après l'élection du Président V. Giscard-d'Estaing, une commission de révision du Code pénal fut instituée en 1974 et différentes propositions de lois visant à supprimer les deux articles condamnant l'homosexualité – articles 330 et 331 du Code pénal – commencèrent à être déposées¹⁶⁴¹⁶⁵. Si en 1974, la majorité sexuelle passa de vingt-et-un ans à dix-huit ans, il fallut attendre encore pour écarter du corpus juridique lesdites dispositions. Ainsi, en dépit d'un quelconque aboutissement, « *cette première série de débats a permis de situer les principaux arguments concernant les enjeux liés à l'homosexualité. Elle montre, entre autres, la faiblesse des arguments juridiques par rapport au poids des arguments fondés sur une morale naturelle plus ou moins explicites* »¹⁶⁶. Finalement, le deuxième alinéa de l'article 330 du Code pénal, qui faisait de l'homosexualité une circonstance aggravante de l'outrage public à la pudeur, fut supprimé par la loi du 23 décembre 1980¹⁶⁷. En revanche, l'article 331 persistait. L'opposition invoqua alors, à l'égard de la loi de décembre susmentionnée, une rupture d'égalité devant le Conseil constitutionnel, lequel considéra que le principe d'égalité devant la loi pénale « *ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente [...] que la loi peut, sans méconnaître le principe d'égalité, distinguer pour la protection des mineurs les actes accomplis entre personnes du même sexe de ceux accomplis entre personnes de sexes différents* »¹⁶⁸. Il fallut attendre l'arrivée au pouvoir de F. Mitterrand pour que la loi du 4 août 1982 mette définitivement fin à la répression de l'homosexualité, ce qui ne signifia pas pour autant que l'exigence de « *bonnes* » mœurs sexuelles s'émancipait du corpus juridique.

Section 2. Les vestiges contemporains des « bonnes » mœurs sexuelles au sein du droit

Si, à partir de 1982, l'État s'éloigne de la promotion d'une morale sexuelle particulière à travers l'instrument juridique (I), un faisceau d'éléments rend compte de la prégnance de celle-ci au sein du droit contemporain (II).

¹⁶⁴ Exemple : Proposition de loi n°261 du 8 février 1978 tendant à abroger l'alinéa 2 de l'article 330 et l'alinéa 3 de l'article 331 du Code pénal du sénateur H. CAVAILLET.

¹⁶⁵ Au cours de cette période de libéralisation, tant l'avortement (Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse*) que le divorce (Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 *portant réforme du divorce*) furent légalisés.

¹⁶⁶ LASCOUMES P., *op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁷ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 *relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs*.

¹⁶⁸ CC, 19 décembre 1980, n° 80-125 DC.

I. L'éloignement explicite des mœurs sexuelles de la sphère juridique

L'éloignement des mœurs sexuelles de la sphère du droit figure *prima facie* dans la norme pénale qui est désormais tolérante à l'égard de l'intimité et de la sexualité des individus (A). Toutefois, c'est plus largement la figure étatique qui s'inscrit dans cette posture de neutralité vis-à-vis de la sphère privée (B).

A. Une norme pénale tolérante à l'égard de la liberté sexuelle

Sous le prisme de la liberté sexuelle, le respect de l'intimité par la norme pénale a été permis tant par une action négative consistant à retirer la présence de la morale sexuelle dans le Code pénal (1), que par une action positive *via* la création de nouvelles incriminations protégeant la pluralité des orientations sexuelles existantes (2).

1. La rénovation du Code pénal à la faveur de la liberté sexuelle

Le 5 mai 1982, R. Badinter proclamait à l'égard de la proposition de loi visant à abroger le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal que : « *S'il est un texte de normalisation, c'est bien celui-là. Il ne tend à rien d'autre qu'à définir ce que doit être un comportement, alors que le choix doit relever de l'intimité de chacun.* »¹⁶⁹. Éloignant ainsi le droit d'une quelconque posture moralisatrice, les réformes menées à partir de 1982 firent disparaître tant l'homosexualité que les mœurs sexuelles au sens large du champ répressif.

La disparition de l'homosexualité du champ répressif. Dans le contexte de libération sexuelle des années 1970, les débats autour de l'abrogation de l'article 331 du Code pénal, en ce qu'il pénalisait les actes impudiques et contre-nature commis entre personnes de même sexe, prirent de l'ampleur. Cette recherche d'émancipation du droit pénal de la morale ne fut ni unanime ni rapide. De fait, trois navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat ainsi que le déclenchement du troisième alinéa de l'article 45 de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁷⁰ furent nécessaires à l'adoption de la loi du 4 août 1982. Ce parcours complexe s'explique. En effet, « *la dépénalisation de l'homosexualité ne consistait pas seulement à réclamer des droits pour les personnes ayant des relations avec des individus de même sexe, il s'agissait également de*

¹⁶⁹ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 5 mai 1982, proposition de loi tendant à abroger le deuxième alinéa de l'article 331 du code pénal, Sénat, R. Badinter.

¹⁷⁰ Troisième alinéa de l'article 45 de la Constitution : « *Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat* ».

demander au droit de s'émanciper d'une certaine conception de la normalité sexuelle »¹⁷¹. Deux séries d'arguments furent avancées par les partisans de la dépénalisation. La première résidait dans l'inégalité créée par l'article 331 du Code pénal. La majorité hétérosexuelle était fixée à quinze ans tandis que la majorité homosexuelle était réhaussée à dix-huit ans. Autrement dit, selon l'acte sexuel en cause, une personne pouvait être considérée comme majeure ou non. La seconde série d'arguments était liée au principe de légalité, en particulier à la notion d'acte « *contre-nature* » à l'égard de laquelle « *l'interprétation s'avérait entièrement dévolue aux magistrats, contraints de se référer à une sexualité qui leur semblait normale, morale* »¹⁷². C'est à l'aune de ces deux séries d'arguments que l'article 331 du Code pénal fut définitivement abrogé par la loi du 4 août 1982, à l'image, quelques années plus tard, des dispositions relatives aux mœurs.

La disparition des mœurs du champ répressif. Dans cet élan émancipateur, le nouveau Code pénal, entré en vigueur au 1^{er} mars 1994, s'épura du terme « *mœurs* » et permit ainsi de promouvoir la liberté sexuelle. En effet, sous l'égide de l'ancien Code pénal, se trouvaient une section relative à « *l'outrage aux bonnes mœurs commis, notamment, par la voie de la presse et du livre* », laquelle comprenait les articles 283 et 284 qui réprimaient les formes d'expression contraires aux bonnes mœurs¹⁷³, et une section « *attentat aux mœurs* », qui réprimait l'outrage public à la pudeur, les attentats à la pudeur ou encore l'excitation à la débauche. Lesdits articles 283 et 284 furent remplacés par trois incriminations distinctes qui visent notamment l'exploitation pornographique des mineurs ou la diffusion de messages pornographiques pouvant être perçus par l'un d'eux. La section « *attentat aux mœurs* » est devenue « *agressions sexuelles* ». En son sein, « *alors que l'accent était autrefois mis sur le respect des bonnes mœurs, c'est désormais la protection du consentement des partenaires qui est au premier plan : ceci explique la dépénalisation des relations sexuelles consenties et corrélativement, l'incrimination de relations sexuelles contraintes* »¹⁷⁴. Cette rénovation normative est essentielle car elle laisse l'individu libre de vivre son orientation sexuelle, que celui-ci soit hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Surtout, en adoptant un vocabulaire moins malléable que la notion de mœurs, cette rénovation évite que l'interprétation prétorienne puisse

¹⁷¹ PAPIILLON S, *op. cit.*, p. 45.

¹⁷² PAPIILLON S, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷³ Article 283 de l'ancien Code pénal : « *Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 30.000 F quiconque aura : Fabriqué ou détenu en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition [...] Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs* ».

¹⁷⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 491.

renouer avec la répression. La norme pénale ne réprime plus la sexualité consentie. Au contraire, elle s'érige en protectrice des différentes orientations sexuelles.

2. La protection par le Code pénal des orientations sexuelles

Outre la fin de la répression des « *mauvaises* » mœurs sexuelles, la rénovation de la loi pénale amorça une protection contre les atteintes à l'orientation sexuelle. Cette protection active, notamment contre l'homophobie, témoigne d'un « *déplacement de l'objet de la répression pénale, qui va être utilisée non plus pour punir les atteintes aux bonnes mœurs mais pour protéger la liberté nouvelle laissée à chacun* »¹⁷⁵. Si le symbole de cette nouvelle forme de répression trouvait dès le départ son point d'ancrage à l'article 225-1 du Code pénal, pléthore d'incriminations en constitue désormais l'assise.

L'incrimination centrale. Dès 1985¹⁷⁶, le terme de « *mœurs* » change de camp. En effet, les discriminations fondées sur les « *mœurs* », implicitement sur l'orientation sexuelle, peuvent depuis lors être réprimées. Les mœurs basculent ainsi de la sphère répressive à la sphère protectrice. Le nouveau Code pénal maintient cette incrimination au même article 225-1 qui indique désormais que « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison [...] de leurs mœurs [...]* ». Aujourd'hui, au gré de l'influence européenne¹⁷⁷ et des évolutions normatives successives¹⁷⁸, ledit article formule expressément l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle. Il indique en effet que « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de [...] leur orientation sexuelle [...]* ». De nouveau, l'évolution du droit se fait le réceptacle de l'évolution sociétale et langagière. Si cette interdiction des discriminations est essentielle à la répression pénale en matière d'orientation sexuelle, celle-ci est néanmoins entourée d'un nombre important d'autres dispositions pénales.

Les incriminations satellites. Sans retracer l'intégralité du développement du droit pénal, son état actuel permet de mesurer la pluralité des dispositions érigées afin de protéger les orientations sexuelles. Tout d'abord, l'article 132-77 du Code pénal, créé en 2003¹⁷⁹ et modifié en 2017 par la loi *Égalité et Citoyenneté*¹⁸⁰, fait de la commission d'un crime ou d'un délit à

¹⁷⁵ LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*

¹⁷⁶ Loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social.

¹⁷⁷ Voir en ce sens : Chapitre « *La perméabilité des systèmes juridiques, vectrice de préservation de l'intimité* », p. 51 et s. du présent mémoire.

¹⁷⁸ La dernière modification de cet article est issue de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹⁷⁹ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁸⁰ Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017.

raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre réelle ou supposée de la victime une circonstance aggravante¹⁸¹. En outre, diverses dispositions permettent de réprimer les propos injurieux présentant un caractère discriminatoire. C'est notamment le cas du second alinéa de l'article R. 625-7 du Code pénal qui, depuis un décret de 2005¹⁸², prévoit que la provocation non publique¹⁸³ à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle est punie d'une amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe¹⁸⁴. Il en est de même pour la provocation ou l'injure pour ces mêmes motifs¹⁸⁵. Face à cet arsenal de répression contre l'homophobie, des incriminations annexes peuvent être mobilisées, à l'image du harcèlement moral ou sexuel. Néanmoins, l'innovation la plus récente en la matière réside dans la loi du 31 janvier 2022 visant à réprimer les thérapies de conversion¹⁸⁶. Nées avec la pathologisation de l'homosexualité, ce « *sont des pratiques ayant pour finalité de modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, en se fondant sur le postulat selon lequel l'homosexualité et la transidentité seraient des 'maladies mentales' qui pourraient et qui devraient être 'guéries'* »¹⁸⁷. Si ces prétendues techniques thérapeutiques ont évolué, elles perdurent. En effet, J. Charruau note que dans les années 1930, ces thérapies s'articulaient autour d'« *association d'images homoérotiques à des stimuli indésirables (chocs électriques ou injections de vomitifs par intraveineuse, par exemple) ce qui devait provoquer le rejet de tout désir homosexuel* »¹⁸⁸. Il indique que les thérapies qui existent aujourd'hui mobilisent davantage la parole et donne

¹⁸¹ Article 132-77 du Code pénal : « *Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit* ».

¹⁸² Décret n°2005-284 du 25 mars 2004 modifié par décret n°2010-671 du 18 juin 2010 modifié par décret n°2017-1230 du 3 août 2017.

¹⁸³ La répression des injures publiques envers un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle est prévue par l'alinéa 4 de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881, modifiée par la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004.

¹⁸⁴ Est punie de la même peine la provocation non publique à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap, ainsi que la provocation non publique, à l'égard de ces mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7.

¹⁸⁵ Alinéa 2 de l'article R. 625-8 du Code pénal : « *Est punie de la même peine la diffamation non publique commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap* » ; alinéa 2 de l'article R. 626-8-1 du Code pénal : « *Est punie de la même peine l'injure non publique commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap* ».

¹⁸⁶ Loi n°2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

¹⁸⁷ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 201.

¹⁸⁸ CHARRUAU J., « 'Guérir' de l'homosexualité ? L'appréhension juridique des thérapies de conversion sexuelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Hervé Rihal*, PUJ, Poitiers, 2021, p. 79.

l'exemple d'un atelier organisé en 2018 dans un collège privé parisien « *par un abbé qui préconisait une 'vie de chasteté aux personnes éprouvant une attirance homosexuelle' et les incitait à adopter, avec l'aide des prêtres et de thérapeutes, une vie hétérosexuelle* »¹⁸⁹. C'est contre ces pratiques que le Code pénal s'est doté d'une nouvelle incrimination à l'article 225-4-13 qui dispose dorénavant que « *les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* »¹⁹⁰. Imparfaite et critiquable, particulièrement en ce que la condition de répétition exigée fait de l'interdiction « *une infraction d'habitude*¹⁹¹ » et en ce que le législateur a opté pour l'« *option hasardeuse* »¹⁹² de créer une incrimination autonome alors qu'il aurait pu se fonder sur des textes existants, cette interdiction constitue toutefois une avancée singulière.

À l'aune de l'ensemble de ces incriminations, force est d'admettre que « *le droit pénal ne s'est pas contenté d'ignorer les mœurs plurielles, il s'est également attaché à les protéger* »¹⁹³. Ainsi, si les chiffres introductifs démontrent que les actes homophobes perdurent, le cheminement répressif se poursuit à leur encontre. Outre le droit pénal, c'est plus largement l'État qui s'impose une neutralité à l'égard de l'orientation sexuelle.

B. Un État neutre à l'égard de l'orientation sexuelle

La figure de l'État *lato sensu* se doit désormais de respecter l'intimité et plus particulièrement l'orientation sexuelle. Cette neutralité trouve une résonance particulière dans le cadre du fonctionnement des services publics, lesquels sont soumis à la neutralité politique.

La neutralité des pouvoirs publics face à l'orientation sexuelle. L'amointrissement de la répression décrite jusqu'alors prend corps dans une évolution de la posture de l'État vers un libéralisme exacerbé. Aussi, la liberté et l'autonomie de l'individu priment, ce qui conduit nécessairement à exclure l'État de la sphère privée notamment en matière d'orientation sexuelle. En ce sens, la neutralité doit être entendue comme l'impossibilité pour l'État de

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Outre la création de cet article 225-4-13 au sein du Code pénal, la loi a créé une interdiction de cette pratique dans le milieu médical à l'article L. 4163-11 du Code de la santé publique : « *Le fait de donner des consultations ou de prescrire des traitements en prétendant pouvoir modifier ou réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

¹⁹¹ DARSONVILLE A., « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz actualité*, 2022.

¹⁹² CHARRUAU J., *op. cit.*

¹⁹³ PAPILLON S., *op. cit.*, p. 22.

s’immiscer dans les clivages sociétaux, religieux ou politiques et dans la vie privée des individus. C’est pourquoi, on peut admettre avec D. Terré que le droit « évolue vers la libéralisation, vers la dépénalisation ; c’est le cas en matière d’avortement, d’homosexualité, de la circulation de certaines drogues (cannabis), de l’euthanasie dans certains pays »¹⁹⁴. Le corollaire de cette posture de retrait figure dans le principe de neutralité du service public et plus largement de l’action publique.

Le principe de neutralité du service public appliqué à l’orientation sexuelle. Si l’État ne doit pas s’immiscer dans la vie privée des individus, l’action qu’il met en œuvre doit également respecter la neutralité. En ce sens, tant les services publics que l’action publique doivent obéir à un principe de neutralité politique. À la faveur de ces premiers, deux exemples jurisprudentiels démontrent l’importance du principe à l’aune de l’orientation sexuelle. En premier lieu, la neutralité du service public de l’état civil a pu être remise en cause lorsque le mariage a été ouvert aux couples de personnes de même sexe. Certains officiers de l’état civil soutenaient, par la voie d’une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), que la loi du 17 mai 2013 était contraire à leur liberté de conscience en ce qu’elle ne prévoyait aucune clause permettant aux officiers de s’abstenir de célébrer un mariage homosexuel. Le Conseil constitutionnel a rejeté la QPC en estimant notamment que « le législateur a entendu assurer l’application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l’état civil ; qu’eu égard aux fonctions de l’officier de l’état civil dans la célébration du mariage, il n’a pas porté atteinte à la liberté de conscience »¹⁹⁵. Ce raisonnement a été repris par le Conseil d’État saisi d’un recours en annulation de la circulaire du ministre de l’Intérieur du 13 juin 2013 relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d’un officier d’état civil. Rejetant le recours, il précise que cette circulaire ne méconnaît pas l’article 9 de la Convention EDH eu égard « à l’intérêt général qui s’attache, ainsi qu’il a été dit, au bon fonctionnement et à la neutralité du service public de l’état-civil au regard de l’orientation sexuelle des époux »¹⁹⁶. Si elle fut réfutée, il n’en demeure pas moins que « l’objection de conscience au mariage homosexuel exprime une forme de réaffirmation du primat des règles religieuses sur la sexualité par rapport aux normes séculières »¹⁹⁷. Le deuxième exemple d’application du principe de neutralité à l’orientation sexuelle a trait au

¹⁹⁴ TERRE D. « Droit, morale et sociologie », *L’Année sociologique*, 2004, p. 483.

¹⁹⁵ CC, 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*.

¹⁹⁶ CE, 18 décembre 2015, n°369834, *T. Lebon*, cons. n°4.

¹⁹⁷ FERRARI D., « L’objection de conscience au mariage homosexuel entre sécularisation et règles religieuses », in ROCHEFORT F. et SANNA M.-E. (dir), *Néoconservatisme religieux et genre*, Estudos de Religião, n° 30, 2016, p. 29.

service public de l'enseignement, lui aussi devant être « *en dehors [...] de tout dogme particulier* »¹⁹⁸. En effet, une association demandait au juge administratif d'annuler la décision du 4 janvier 2013 par laquelle le ministre de l'Éducation nationale invitait l'ensemble des recteurs à « *relayer [...] la campagne de communication relative à la ligne azur, ligne d'écoute pour les jeunes en questionnement à l'égard de leur orientation ou leur identité sexuelle* »¹⁹⁹. Le Conseil d'État a estimé que les autorités chargées du service public de l'éducation nationale devaient apporter aux élèves une information relative à la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle tout en respectant la liberté de conscience des élèves et le principe de neutralité du service public. En l'espèce, le site internet de « *Ligne azur* » rompait précisément avec cette neutralité car il mettait en avant certains comportements – usage de drogue associé à des moments festifs et insémination artificielle par sperme frais – sans faire mention de leur caractère illégal. Par cet arrêt, « *Le Conseil d'Etat confirme la légalité de l'organisation, en milieu scolaire, de campagnes de lutte contre les discriminations fondées notamment sur l'orientation sexuelle, mais censure une circulaire qui invitait à relayer une campagne de communication de la Ligne Azur dont le contenu méconnaissait le principe de neutralité du service public.* »²⁰⁰.

Le principe de neutralité de l'action publique appliqué à l'orientation sexuelle.

Outre son empreinte sur les services publics, le principe de neutralité s'applique également à l'action publique des collectivités territoriales. En principe, ces dernières ne peuvent verser de subventions à des associations que si celles-ci agissent dans leur champ de compétences et démontrent un intérêt public local²⁰¹. Ces dépenses doivent être neutres politiquement²⁰² et religieusement. C'est précisément de cette question dont il s'agissait dans un arrêt du 8 juillet 2020 du Conseil d'État. En l'occurrence, il était demandé au Conseil d'État d'annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes qui avait jugé légale la délibération du 5 février 2016 par laquelle le conseil municipal de Nantes avait approuvé les termes d'une convention pluriannuelle de financement conclue avec l'association Centre *LGBT* de Nantes et autorisé le maire à la signer. Le Conseil d'État rappelle que « *Si une commune ne peut, en attribuant une subvention, prendre parti dans des conflits, notamment de nature politique, la seule*

¹⁹⁸ FERRY J., *Lettre aux instituteurs, Discours et opinions de Jules Ferry*, 1883, Armand Colin, 1893, p. 259.

¹⁹⁹ CE, 15 octobre 2014, n°369965, *T. Lebon*, cons. n°8.

²⁰⁰ CHEVALIER J.-B., « Le principe de neutralité du service public de l'éducation mis à l'épreuve », note sous CE, 15 octobre 2014, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n°369965, *AJDA*, 2015, p.101.

²⁰¹ Voir en ce sens : CE, ass., 25 octobre 1957, *Commune de Bondy*.

²⁰² Voir en ce sens les divergences d'interprétation entre cours administratives d'appel à propos de la légalité de subventions accordées à l'association SOS Méditerranée : CAA Bordeaux, 7 février 2023, n°20BX04222 ; CAA Paris, 3 mars 2023, n°PA05811 ; CAA Toulouse, 28 mars 2023, n°21TL04860 et n°21TL04824.

circonstance qu'une association prenne des positions dans des débats publics ne fait pas obstacle à ce que la commune lui accorde légalement une subvention, dès lors que ses activités présentent un intérêt public local »²⁰³. Partant, il suit le raisonnement de la cour administrative d'appel et indique que la subvention de fonctionnement accordée par la ville ayant pour seul objet de permettre à l'association de mener des actions d'information, de prévention et de soutien auprès de la population locale, la délibération présentait un intérêt public local et ne méconnaissait pas le principe de neutralité politique de l'action publique.

En définitive, la neutralité de l'État entraîne des répercussions tangibles sur le fonctionnement des services publics et de l'action publique en matière d'orientation sexuelle. Néanmoins, si l'équilibre face à cette neutralité de l'État et de la norme pénale semble acquis, les mœurs sexuelles demeurent ancrées dans la sphère juridique.

II. L'ancrage implicite des mœurs sexuelles dans la sphère juridique

En dépit de ces évolutions évidentes, force est de constater que la promotion des « *bonnes* » mœurs sexuelles perdure, aussi bien au regard des débats politiques et doctrinaux (A), que du corpus juridique contemporain (B).

A. L'emprise des mœurs sexuelles sur les débats juridiques

L'intégralité des évolutions mentionnées et décrites précédemment a été l'objet de vifs débats, lesquels démontrent la présence inéluctable de la morale au sein du parlement (1) et de la doctrine (2) et *in fine* au sein du droit.

1. Un législateur ouvertement moralisateur en matière d'orientation sexuelle

L'étude des travaux parlementaires est révélatrice de l'emprise que la morale entretient à l'égard de la fabrique du droit. Chaque discussion autour des textes en lien avec l'orientation sexuelle le démontre et interroge les frontières de la liberté d'expression parlementaire.

Des discussions parlementaires empreintes d'arguments moraux. Dépénalisation de l'homosexualité, création du pacte civil de solidarité, ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, interdiction des thérapies de conversion constituent autant de textes d'ouverture qui se sont confrontés à la moralisation de l'orientation sexuelle au sein du Parlement. En ce sens, lorsque celui-ci vote la loi « *il se réfère le plus souvent à un modèle moral implicite, lequel devient même explicite dans certains débats (sur l'homosexualité, sur la*

²⁰³ CE, 8 juillet 2020, n°425926, *T. Lebon*, cons. 2.

peine de mort, etc.). »²⁰⁴. Ainsi, en 1999, à l'égard du PACS, le sénateur A. de Montesquiou indiquait que « *les implications morales, éthiques et religieuses de ces questions sont considérables* »²⁰⁵. En 2013, à l'égard du mariage homosexuel, le député H. Mariton arguait que le projet de loi constituait « *un déni moral* »²⁰⁶ et la députée L. de la Raudière estimait que « *c'est bien là que la notion d'égalité entre en conflit avec la réalité de la nature* »²⁰⁷. Il n'est pas inintéressant de constater que les défenseurs des projets de loi usent également d'arguments moraux. Toujours à l'égard du mariage, la sénatrice C. Cukierman déclarait que « *dans un État laïc, le rôle du législateur n'est pas de moraliser la société* »²⁰⁸, là où le président de la commission des lois de l'époque J.-P. Sueur considérait que « *lorsque cette loi aura été votée, le mariage de personnes de même sexe passera dans les mœurs et paraîtra naturel* »²⁰⁹. Le schéma était le même en 1982 lorsque G. Halimi, rapporteure de la commission des lois, indiquait que « *la loi doit intervenir pour sanctionner un préjudice et non traduire un quelconque impératif moral dans notre société civile* »²¹⁰. Ainsi, la morale est omniprésente dans les débats législatifs. Il arrive que les propos soient particulièrement virulents. En 2021, à propos de la proposition de loi interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, le député X. Breton indiquait que ce texte pouvait être « *dangereux* » notamment si l'on prenait « *le cas d'un jeune dont la démarche est soutenue par ses parents, qui, cédant à la mode médiatique, lui disent qu'en effet son genre ne correspond pas à celui de son corps* »²¹¹ alors qu'il ne pourrait plus revenir en arrière en cas de transition. Ces propos, alors même qu'ils pourraient être perçus comme discriminants, ou *a minima* virulents, sont possibles dans la sphère parlementaire grâce à la grande liberté d'expression dont députés et sénateurs jouissent.

²⁰⁴ JESTAZ P., « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *op. cit.*

²⁰⁵ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 18 mars 1999, proposition de loi relative au pacte civil de solidarité, Sénat, A. de Montesquiou.

²⁰⁶ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 23 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, H. Mariton.

²⁰⁷ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 18 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, L. de la Raudière.

²⁰⁸ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 4 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Sénat, C. Cukierman.

²⁰⁹ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 4 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Sénat, J.-P. Sueur.

²¹⁰ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 20 décembre 1981, proposition de loi visant à abroger le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, G. Halimi.

²¹¹ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 5 octobre 2021, proposition de loi interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, Assemblée nationale, X. Breton.

Des discussions permises par la grande liberté d'expression des parlementaires. En droit constitutionnel, les parlementaires sont protégés par deux dispositifs destinés à leur garantir une pleine indépendance et liberté d'expression. Le premier est l'irresponsabilité prévue par l'article 26 de la Constitution²¹². Elle protège le parlementaire d'éventuelles poursuites à raison des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Parmi ceux-ci, figurent « *les interventions et votes en séance publique* »²¹³. D'autre part, les parlementaires bénéficient d'un mécanisme d'inviolabilité qui, lui aussi prévu par l'article 26 de la Constitution²¹⁴, s'attache à la personne du parlementaire. Celui-ci ne peut faire l'objet, en cas de crime ou de délit, d'une quelconque mesure privative de liberté sans l'autorisation du Bureau de l'assemblée à laquelle il appartient. Si la levée de cette protection a d'ores-et-déjà eu lieu au cours de la V^{ème} République, notamment pour incitation à la haine raciale, elle demeure très rare. En effet, « *Lorsque l'expression s'exerce au sein des chambres du Parlement, au cœur même du fonctionnement des institutions démocratiques, il est indispensable que ce droit fondamental soit spécialement protégé* »²¹⁵. Cette position du droit constitutionnel français concorde avec celle du droit européen. Dans une décision *Castells*, la Cour EDH a ainsi affirmé que « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; [...] Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition [...] commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* »²¹⁶. C'est ainsi que les propos tenus par un député dans la presse, selon lesquels le « *comportement homosexuel... est évidemment une menace pour la survie de l'humanité* » n'ont pas dépassé les limites de la liberté d'expression selon la Cour de cassation²¹⁷. Reste que le droit parlementaire peut prévoir des sanctions disciplinaires à l'égard de députés et sénateurs qui seraient outrageants. Toutefois, les faits permettant de déclencher une telle procédure sont limités. Par exemple, l'article 70 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que « *Peut faire l'objet de peines disciplinaires tout membre de l'Assemblée : [...] Qui se livre à une mise en cause personnelle, qui interpelle un autre député ou qui adresse à un ou plusieurs de ses collègues des injures, provocations ou menaces ; [...] Qui s'est rendu coupable d'outrages ou de*

²¹² Premier alinéa de l'article 26 de la Constitution : « *Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ».

²¹³ BLACHER P., *Le droit parlementaire*, Dalloz, 1ère éd., 2022, p. 68.

²¹⁴ Deuxième alinéa de l'article 26 de la Constitution : « *Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.* ».

²¹⁵ BIGOT C., *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, Hors collection, 2020. chap. 333.

²¹⁶ Cour EDH, 23 avril 1992, *C. / Espagne*, n° 11798/85.

²¹⁷ Cass. crim., 12 novembre 2008, n° 07-83.398.

provocations envers l'Assemblée ou son Président ». En somme, la liberté d'expression des parlementaires prévaut quasi-systématiquement sur les propos moralisateurs voire discriminants qu'ils peuvent tenir. À cette aune, le parallèle avec la doctrine est intéressant.

2. Une doctrine subtilement moralisatrice en matière d'orientation sexuelle

L'étude des débats doctrinaux en matière d'orientation sexuelle démontre également l'omniprésence de la morale au sein du droit. Cependant, celle-ci se fait plus discrète et se dissipe derrière des arguments d'apparence juridique. À l'image de la liberté d'expression parlementaire, ces propos sont permis par la grande liberté académique dont disposent les universitaires.

Des arguments doctrinaux empreints de morale. L'adoption de chaque texte lié à l'orientation sexuelle a entraîné de nombreux commentaires doctrinaux. Ceux-ci font parfois explicitement appel à la morale. Ainsi, P. Jestaz critiquait la loi du 4 août 1982 en indiquant « *le malheur d'être homosexuel* » et « *le droit de dissuader la jeunesse* »²¹⁸. À propos de ce même texte, Merle et Vitu « *qualifièrent le mouvement fort favorable à la dépénalisation de 'tendance adhérente' propre à 'permettre n'importe quel dévoiement des adolescents et à donner satisfaction aux instants pervers des pédérastes'* »²¹⁹. Néanmoins, ces arguments moraux sont le plus souvent reclus derrière le sceau juridique et scientifique. La querelle ayant opposé A.-M. Le Pourhiet²²⁰ et A. Viala²²¹ à l'égard de la constitutionnalité du projet de loi accordant aux couples de même sexe le droit de se marier est révélatrice de cette posture doctrinale²²². La première mettait en avant des arguments juridiques pour démontrer la prétendue inconstitutionnalité dudit projet. Le mariage homosexuel n'était, selon elle, ni conforme à la DDHC ni au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Elle considérait qu'il découlait de ces deux textes un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) qui fondait le caractère hétérosexuel du mariage. Elle indiquait *in fine* que l'introduction du mariage homosexuel nécessitait une révision de la Constitution. En réponse, A. Viala s'attacha à dénoncer la posture d'A.-M. Le Pourhiet, laquelle se parerait « *de la caution*

²¹⁸ JESTAZ P., « Commentaire de la loi n°82-683 du 4 août 1982 », *RTD civ.*, 1982, p. 795.

²¹⁹ MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1982, p. 1517, cité par BONINCHI M., *op. cit.*, p. 179.

²²⁰ LE POURHIET A.-M., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, n°5, 2013.

²²¹ VIALA A., « Un PFRLR contre le mariage gay ? : Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, n°4, 2013.

²²² La querelle entre les universitaires fut d'ailleurs bien plus large : voir en ce sens la lettre ouverte de 170 juristes universitaires adressée au sénateurs pour les mettre en garde contre les dangers du mariage homosexuel ; BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., HENNETTE-VAUCHEZ S., et MILLARD E., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler au nom du droit », *D.*, 2013, p. 785 ; DAUGERON B., LE POURHIET A.-M., ROUX J. et STOFFEL-MUNCK P., « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.*, 2013, p. 933.

du savoir scientifique dans un débat pratico-moral »²²³. A. Viala démontrait ainsi que le débat qui les animait n'était que le témoignage de la dichotomie scientifique entre jusnaturalisme et positivisme²²⁴. L'auteur indiquait en ce sens qu'« *une partie de la doctrine dissimule pudiquement ses convictions jusnaturalistes derrière le manteau d'un droit positif que le juge constitutionnel traite souverainement* »²²⁵. En définitive, l'introduction des textes liés à l'orientation sexuelle place la doctrine dans une position délicate et ambiguë. Les auteurs français, se rattachant majoritairement à la tradition positiviste, critiquent subtilement ces textes en usant d'arguments juridiques. Néanmoins, il arrive que derrière ces arguments, la perception morale de l'auteur surgisse. De fait, en dépit d'une recherche de « *relégation du politique à l'arrière-plan* »²²⁶, « *il est toujours difficile, même quand on veut absolument se défier de tout jugement de valeur, de ne pas apprécier la qualité d'une norme ou d'une interprétation* »²²⁷.

Des arguments moraux permis par la liberté académique. Prévues par l'article 57 de la loi *Savary* du 26 janvier 1984 et traduites à l'article L. 952-2 du Code de l'éducation²²⁸, la liberté académique des enseignants-chercheurs permet la « *pleine indépendance* » et l'« *entière liberté d'expression* » de ces derniers tant dans leurs activités d'enseignement que de recherche. Ces deux éléments, hissés au rang constitutionnel en tant que PFRLR²²⁹, sont essentiels et justifient l'existence de débats doctrinaux, tel que celui-ci ayant opposé A.-M. Le Pourhiet et A. Viala. Ainsi, selon E. Roux, « *maintes fois étudiée, souvent mal comprise, cette liberté est inhérente au statut même de l'universitaire et apparaît comme une singularité au sein même du droit de la fonction publique* »²³⁰. Cependant, cette liberté connaît des limites. L'universitaire doit, d'une part, respecter les frontières posées par le Code pénal à la liberté d'expression, et d'autre part, respecter « *les principes de tolérance et d'objectivité* » propres aux traditions universitaires. L'enseignant-chercheur peut donc faire l'objet de poursuites pénales ou disciplinaires. La jurisprudence exige à cet égard un certain degré de gravité des propos tenus afin d'engager des poursuites. Par exemple, des mesures disciplinaires ont pu être justifiées

²²³ VIALA A., *op. cit.*

²²⁴ Voir en ce sens : « *Le rejet d'un droit épuré de considérations morales* », p. 17 à 20 du présent mémoire.

²²⁵ VIALA A., *op. cit.*

²²⁶ MEYNAUD ZEROUAL A., « La critique politique du juge administratif : d'un inconscient collectif à l'autre », *JCP A* n°3, 2022.

²²⁷ MONGOIN D., *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022, p. 125.

²²⁸ Premier alinéa de l'article L. 952-2 du Code de l'éducation : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité.* ».

²²⁹ CC 20 janvier 1984, n°83-165 DC, cons. 19.

²³⁰ ROUX E., « L'université et la 'protection raisonnable' de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur », *AJFP*, 2017, p. 254.

envers un enseignant-chercheur ayant tenu des propos négationnistes²³¹. Si des propos contraires au corpus pénal en matière d'orientation sexuelle ou dépassant les limites de la tolérance et de l'objectivité pourraient finalement conduire à des mesures pénales ou disciplinaires, la seule empreinte de la morale sur le discours doctrinal ne suffit fort heureusement pas à limiter la liberté d'expression des universitaires.

Toutefois, la présence de ces arguments moraux témoigne de l'emprise des mœurs sexuelles sur les débats juridiques, ce que confirme l'analyse du corpus juridique contemporain.

B. L'emprise des mœurs sexuelles sur le corpus juridique

De façon discrète, la promotion des « *bonnes* » mœurs sexuelles par le droit persiste également à l'aune de sa construction même autour de l'hétérosexualité considérée comme « *normale* » (1). Surtout, le corpus juridique continue de poser des limites nécessaires à la liberté sexuelle (2).

1. La promotion intrinsèque au droit de la sexualité majoritaire

Le droit est intrinsèquement construit autour de la sexualité majoritaire. Cette construction permet au droit d'engager un processus de normalisation et d'exclusion des individus n'entrant pas dans la norme.

Une construction autour du modèle dominant. Selon D. Lochak, la règle de droit, même générale et impersonnelle, « *de portée soi-disant universelle, a été dans beaucoup de cas conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu 'normalisé', correspondant au modèle majoritaire* »²³². De fait, lorsque le droit cherche à se construire, il le fait à partir de standards, autrement dit de situations considérées comme normales par la majorité des individus. Par ce biais, il finit par imposer cette vision de la normalité au détriment des individus ne composant pas la majorité. Se structure alors un véritable processus de normalisation par le droit. Partant de ce postulat, certaines règles paraissent neutres. Par exemple, l'individu pris isolément, homme ou femme, a le droit de vivre en couple. De même, chaque individu, homme ou femme, a le droit de se marier. La norme est belle et bien d'apparence neutre et indifférente à l'orientation sexuelle, « *à ceci près que le droit au mariage – dès lors qu'on ne peut épouser que quelqu'un*

²³¹ CE, 19 mai 1993, *M. N.*, n°12948, *Lebon* ; CE, 19 mars 2008, *M. G.*, n°296984, *T. Lebon*.

²³² LOCHAK D., « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 40.

d'un autre sexe – est privé de tout contenu véritable pour celui qui se reconnaît comme homosexuel »²³³.

Une exclusion des autres modèles. À partir de cet exemple, il est clair que les mœurs persistent au sein du droit car celui-ci s'impose comme un étalon de la normalité. La norme juridique permet ainsi de dissocier des comportements considérés comme normaux de ceux considérés comme anormaux. À cette fin, la norme se réfère « *au modèle considéré comme normal par la société ou par la fraction de la société apte à élaborer le terme de référence* »²³⁴. Le modèle majoritaire étant historiquement construit autour du « *national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales* »²³⁵, le droit positif et les droits subjectifs reconnus aux individus s'en font indubitablement le corollaire. Nécessairement, au prisme du traitement par le droit de l'orientation sexuelle, l'individu ne répondant pas à cette norme hétérosexuelle imposée est *ipso facto* considéré comme anormal. C'est pourquoi, outre l'enjeu de la dépénalisation de l'homosexualité, le respect juridique de toutes les orientations sexuelles suppose une intervention positive du droit. Celui-ci doit reconnaître explicitement des droits subjectifs – tels que le droit au mariage, à l'adoption ou à la procréation médicalement assistée – pour s'émanciper de la norme majoritaire. C'est le cheminement emprunté par le droit français à partir de la fin du XX^{ème} siècle sous l'impulsion européenne²³⁶. Celui-ci n'est toutefois pas abouti. Ainsi, l'exigence d'une sexualité majoritaire demeure prégnante dans le corpus juridique. D'un point de vue strictement lié à la liberté sexuelle, certaines limites liées aux mœurs persistent également au sein du droit.

2. Les limites parcimonieuses posées par le droit à la liberté sexuelle

Comme précisé précédemment, le droit pénal s'est retiré de la répression en matière de sexualités consenties, notamment en matière d'homosexualité. Toutefois, et en s'éloignant du seul angle de l'orientation sexuelle, « *le droit en matière de sexualité n'est pas pour autant devenu permissif ; des limites à la liberté sexuelle demeurent* ». De deux ordres, ces limites sont liées à la prééminence du consentement et à l'interdit de certaines relations.

²³³ *Ibid*, p. 47.

²³⁴ RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard*, 1980, p., 71.

²³⁵ LOCHAK D., « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 40.

²³⁶ Voir en ce sens : Chapitre « *La perméabilité des systèmes juridiques, vectrice de préservation de l'intimité* », p. 51 et s. du présent mémoire.

La primauté du consentement. L'autonomie et la liberté de l'individu constituant les assises du droit de la sexualité, il apparaît pleinement logique que le Code pénal réprime certains comportements sexuels, dangereux, qui nient le consentement du partenaire. À cela, s'ajoutent de nouveaux impératifs sociétaux. Selon S. Henneville-Vauchez et D. Roman, ils sont principalement de trois ordres : la dignité de la personne humaine, la protection de l'enfance et l'égalité des femmes et des hommes. Dans ce cheminement, tant des relations non consenties que le harcèlement sexuel sont réprimés pénalement²³⁷. C'est dans cette perspective qu'en 2021 le législateur « a consacré de façon irréfragable l'absence de consentement des adolescents de moins de 15 ans à un acte sexuel avec un majeur »²³⁸. Dans un autre registre, le législateur a également entendu protéger la dignité de la personne et l'égalité entre les hommes et les femmes en rendant passible d'une peine de contravention l'achat de services sexuels²³⁹. Si elles n'en sont que des exemples, ces mesures permettent indéniablement de tendre à l'accomplissement des trois objectifs susmentionnés. Pourtant, certains auteurs les regrettent ou tout du moins, estiment que le législateur « a sans doute mal ressuscité le concept de bonnes mœurs en oubliant ce qui doit constituer le fil d'Ariane de sa politique criminelle, à savoir la recherche d'un juste équilibre entre la protection de la personne au nom des mœurs sexuelles et le respect de la liberté de chacun sur son propre corps »²⁴⁰. *A contrario*, l'on peut considérer que ces mesures permettent de trouver ce juste équilibre et de protéger l'autonomie personnelle de chacun.

La répression de certaines relations sexuelles. Indépendamment de la limite du consentement qui constitue le pilier du droit pénal de la sexualité, ce dernier réprime certaines relations sexuelles. C'est le cas de la zoophilie qui est prohibée par l'article 521-1 du Code pénal. Aussi, et « plus fondamentalement, un interdit majeur est fixé : c'est celui qui frappe la pédophilie »²⁴¹. Force est d'admettre que le droit pénal pose en ce sens des limites nécessaires à la sexualité. Plus légèrement, le droit pénal, comme le droit civil et le droit administratif, exigent la monogamie. Précisément, selon l'article 6 du Code civil, la bigamie porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il en est de même en droit des étrangers qui impose la bigamie du mariage. Le Conseil d'État a d'ailleurs d'ores-et-déjà précisé l'interdiction d'un regroupement familial à l'égard d'un ressortissant étranger polygame²⁴².

²³⁷ Voir en ce sens : articles 222-22 et s. du Code pénal.

²³⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 493.

²³⁹ Loi n°2016-444 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

²⁴⁰ MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273.

²⁴¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 493.

²⁴² CE, 18 juin 1997, *GISTI-France terre d'asile*, n°162517 et n°162518, T. Lebon.

En définitive, la liberté sexuelle n'est aucunement absolue. Elle est entourée de frontières qui permettent de protéger certains impératifs. Néanmoins, sous le seul angle de l'orientation sexuelle, le droit tend désormais à l'indifférence du caractère hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel des relations.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Le présent chapitre aura permis de démontrer comment le traitement de l'orientation sexuelle par le droit fut imprégné du facteur moral. Sans prendre position sur le perpétuel débat entre positivistes et jusnaturalistes, il convient d'admettre que l'appréhension pénale de l'homosexualité s'est construite autour de la promotion de « *bonnes* » mœurs sexuelles et de la prépondérance de la sexualité majoritaire. De fait, jusqu'en 1982, l'homosexualité fut cataloguée parmi les « *mauvaises* » mœurs sexuelles. *A posteriori*, l'abstention du droit pénal et de l'État de la sphère privée s'érigea en dogme. L'individu doit désormais vivre sa sexualité librement. À cet égard, si des reliquats de moralisation persistent, la perméabilité du droit interne aux droits européens témoigne au contraire d'une émancipation juridique de la morale vers la protection de l'ensemble des orientations sexuelles. Dans cette perspective, celles-ci ne sont plus appréciées et définies au travers du seul prisme de la liberté sexuelle et du champ répressif, mais renvoient à des problématiques plus larges englobant notamment le droit à la vie familiale et la lutte contre les discriminations. Loin du mépris des « *lois de la nature et de la vie* »²⁴³ évoqué par J. Bompard, le droit protège et reconnaît dorénavant la diversité des orientations sexuelles.

²⁴³ Compte rendu intégral, discussion en séance publique du 18 avril 2013, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, J. Bompard ; voir en ce sens p. 17 du présent mémoire.

CHAPITRE 2

La perméabilité des systèmes juridiques, vectrice de préservation de l'intimité

« La véritable universalité consiste [...] à assurer à tous l'intégralité des droits. Et pas seulement certains droits. Ainsi, l'accès à l'égalité des droits pour les homosexuels ne saurait s'arrêter à la reconnaissance de la liberté sexuelle »²⁴⁴.

Alignés avec la pensée de D. Lochak, le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'Homme²⁴⁵ transformèrent l'immixtion de l'État dans l'orientation sexuelle des individus, celui-ci passant de la répression et moralisation de l'homosexualité à la protection de la diversité des orientations sexuelles (Section 1). Progressivement, ces deux droits résonnèrent au sein du droit interne, lequel envisage désormais l'orientation sexuelle dans son acception la plus vaste afin de sauvegarder toutes les vies privées et familiales et de lutter contre les discriminations (Section 2).

Section 1. La construction d'un arsenal juridique européen relatif à l'orientation sexuelle

La construction progressive de l'arsenal juridique européen protecteur des orientations sexuelles est le résultat d'une part, d'un engagement de la Cour EDH dans la protection de la vie privée et familiale des individus (I) et de l'autre, de la véritable édification de droits européens de la non-discrimination (II).

I. Les fondations d'un régime protecteur au sein de la Cour EDH

Le premier temps de la jurisprudence strasbourgeoise en matière d'orientation sexuelle fut celui de la prudence. Sans s'interroger sur l'utilisation potentielle de l'article 14²⁴⁶ de la Convention EDH, le juge européen des droits de l'Homme se contenta initialement d'inviter les autorités nationales à la tolérance de toutes les orientations sexuelles (A), avant de les encourager à la reconnaissance de ces dernières, *via* la consécration d'une kyrielle de droits subjectifs (B).

²⁴⁴ LOCHAK D., « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p.42.

²⁴⁵ Entendu dans le cadre du présent mémoire comme le droit issu des organes du Conseil de l'Europe.

²⁴⁶ L'interdiction des discriminations posée par l'article 14 de la Convention EDH n'émergea que dans un second temps de la jurisprudence européenne, voir en ce sens : p. 60 à 66 du présent mémoire.

A. L'invitation à la tolérance des orientations sexuelles

L'invitation à la tolérance faite par la Cour EDH aux États parties ne fut ni fulgurante ni unanime. La prégnance de la morale décrite précédemment figurait également dans les premiers pas du prétoire européen (1), avant qu'elle ne se dissipe au profit d'un engagement pour la dépénalisation de l'homosexualité au sein des États parties (2).

1. L'ombre de la morale sur la jurisprudence européenne entre 1950 et 1980

La Cour EDH, organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, a pour objet de veiller à la mise en œuvre et au respect de la Convention éponyme entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Parmi les articles phares de cette dernière, le premier paragraphe de l'article 8 prévoit que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Nonobstant sa consécration, ce droit n'est pas absolu et connaît des dérogations. Deux d'entre elles – la protection de la santé et de la morale et la protection des droits d'autrui – furent revendiquées par les États et acceptées par la Cour entre 1950 et 1980 pour justifier des mesures répressives à l'égard de l'homosexualité.

La protection de la santé et de la morale. Motif légitime d'ingérence des autorités publiques dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale prévu par le second paragraphe de l'article 8 de la Convention EDH, la protection de la santé et de la morale fut singulièrement instrumentalisée dans les débuts de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans différentes affaires, « *les requérants invoquaient la violation de la Convention par leurs condamnations pour relations homosexuelles illégales* »²⁴⁷. Ils se confrontèrent à l'invocation par l'État défendeur de ce motif de justification, jugé recevable par le juge européen. Une pluralité de décisions, tant de l'ancienne Commission EDH, que de la Cour EDH, témoigne de cette posture. Par exemple, dans une première affaire du 4 août 1960²⁴⁸, un requérant fut condamné en 1940 en Allemagne pour homosexualité puis détenu dans un camp de concentration. Au sortir de la guerre, il fut condamné en 1956 à douze ans d'emprisonnement pour ce même motif. Dans une seconde affaire du 15 décembre 1969²⁴⁹, un requérant fut également condamné en Allemagne en 1962 et dut suivre un traitement psychothérapeutique pendant l'exécution de sa peine. Dans ces deux affaires, « *la commission estima que la*

²⁴⁷ MEYER C.-A., « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 156.

²⁴⁸ Commission EDH, 4 août 1960, *X. c/ Autriche*, n°704/60, Rec., vol. 2, p. 1 cité par MEYER C.-A., *op. cit.*

²⁴⁹ Commission EDH, 15 décembre 1969, *X. c/ Allemagne*, n°3566/68 Rec., vol. 31, p. 31, cité par MEYER C.-A., *op. cit.*

législation allemande n'était pas contraire à la Convention et débouta les requérants »²⁵⁰. Dans la première d'entre elles, la Cour estima que « *la Convention permet à un État contractant de punir l'homosexualité, le droit au respect de la vie privée pouvant faire l'objet, dans une société démocratique, d'une ingérence prévue par la loi pour la protection de la santé et de la morale* »²⁵¹. Au regard de ces exemples, force est de constater que cette première source de limitation du droit au respect de la vie privée fut utilisée pour justifier des législations réprimant l'homosexualité, à l'image du motif tiré de la protection des droits d'autrui.

La protection des droits d'autrui. Indépendamment de l'argument tiré de la protection de la santé et de la morale, le juge européen considérait initialement que les mesures répressives à l'égard de l'homosexualité pouvaient être justifiées au travers d'arguments tirés de la protection des droits d'autrui, ou dit autrement dans sa jurisprudence, de la protection des droits des tiers et de la protection sociale. Ainsi, dans une affaire du 30 septembre 1975²⁵², une législation pénalisant les relations homosexuelles entre un homme de plus de dix-huit ans et un homme de moins de vingt-et-un ans fut jugée conventionnelle, au regard du « *but du législateur allemand [...] d'éviter que des expériences homosexuelles avec des adultes n'aient une influence néfaste sur le développement des tendances hétérosexuelles des mineurs* »²⁵³. Cette justification considérée comme objective et raisonnable issue de la protection des droits d'autrui fut fréquemment reprise. Toutefois, à la fin des années 1970, les prémices de l'évolution du raisonnement prétorien à l'égard de la répression de l'homosexualité émergèrent. Pour la première fois, dans une affaire du 7 juillet 1977, la Commission EDH jugea recevable la requête d'un ressortissant anglais condamné pour acte de sodomie²⁵⁴. *In fine*, elle estima tout de même que la répression en cause était justifiée par le motif tiré de la protection des droits des tiers. Néanmoins, « *il ressortait de la motivation employée que cette conclusion s'expliquait essentiellement par la spécificité du cas d'espèce (recours à la force)* »²⁵⁵.

Partant, ce prélude ouvrit la voie à un prétoire engagé dans la dépénalisation de l'homosexualité durant les années 1980, démonstration de l'interprétation dynamique qui caractérise sa jurisprudence.

²⁵⁰ MEYER C.-A., *op. cit.*, p. 156.

²⁵¹ Commission EDH, 4 août 1960, n°704/60, cité par MEYER C.-A., *op. cit.*, p. 157.

²⁵² Commission EDH, 30 septembre 1975, *X. c/ Allemagne*, n°5935/73, §2.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Commission EDH, 7 juillet 1977, *X. c/ Royaume-Uni*, n°7215/75.

²⁵⁵ MEYER C.-A., *op. cit.*, p. 160.

2. La clarté de l'engagement jurisprudentiel à la dépénalisation à partir des années 1980

« L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut heurter, choquer, ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale²⁵⁶, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont consentants »²⁵⁷. Les mots sont posés. Le célèbre arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* marque ainsi un tournant nuancé.

Le tournant. En l'espèce, M. Dudgeon considérait que deux lois britanniques de 1861 et 1885, qui incriminaient certains actes homosexuels entre adultes consentants et qui valurent à « *Oscar Wilde une condamnation à deux ans de travaux forcés en 1895* »²⁵⁸, violaient son droit au respect de sa vie privée. Si ces deux textes n'étaient effectivement plus appliqués, la Cour admit qu'ils pouvaient continuer « à lui faire éprouver des sentiments de peur, de souffrance et d'angoisse générateurs d'atteintes injustifiées à sa vie privée au sens de l'article 8 »²⁵⁹. Plus précisément, le raisonnement de la Cour se décomposa schématiquement et classiquement en trois temps. En premier lieu, elle examina l'existence d'une atteinte au droit à la vie privée du requérant. À cet égard, elle indiqua qu'une législation réprimant les relations homosexuelles consentantes constituait de ce seul fait une ingérence « permanente »²⁶⁰ dans l'exercice du droit au respect la vie privée. Ensuite, elle apprécia les motifs de justification invoqués par l'État. Elle constata que si les États disposaient d'une large marge d'appréciation à l'égard du motif tiré de la protection de la morale, ils devaient cependant « exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, des ingérences des pouvoirs publics »²⁶¹. Appliqué au cas d'espèce, elle constata que « ni les attitudes morales envers l'homosexualité masculine en Irlande du Nord ni la crainte qu'une atténuation de ces règles n'aboutisse à miner les valeurs morales existantes ne permettent en soi une ingérence si étendue dans la vie privée du requérant »²⁶². En conclusion, elle admit que M. Dudgeon subissait une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée.

Les nuances. La présente décision, si elle constitue un tournant majeur dans la jurisprudence européenne, est à nuancer pour trois raisons. D'une part, la Cour indiqua au cœur

²⁵⁶ On notera le parallèle avec l'arrêt Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n°5493/72, §50.

²⁵⁷ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76, §60.

²⁵⁸ MARGUENEAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in GIAMI A. et PY B., (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 30.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76, §41.

²⁶¹ *Ibid.*, §52.

²⁶² *Ibid.*, §61.

de sa décision que « *Dépénaliser ne veut pas dire approuver* »²⁶³. En ce sens, elle limita « *l'impact de son arrêt à une condamnation juridique stricto sensu de la répression pénale systématique des actes homosexuels* »²⁶⁴. Il s'agit finalement, à l'instar de l'évolution du droit français, de laisser le champ répressif en dehors de la sphère privée et notamment de la sexualité. En revanche, il ne s'agit aucunement d'encourager la reconnaissance de la diversité des orientations sexuelles existantes. D'autre part, la Cour n'indique pas qu'aucune raison ne peut justifier des mesures de répression à l'égard de l'homosexualité. Elle indique qu'au regard de la nature du sujet, ces raisons doivent être « *particulièrement graves* ». Sur ce fondement, des législations répressives continuèrent à être approuvées par la jurisprudence européenne. Postérieurement à l'arrêt *Dudgeon*, le renvoi d'un requérant devant un tribunal militaire et son exclusion de l'armée du fait de la commission d'un acte homosexuel furent jugés conformes à la Convention EDH en ce qu'ils étaient « *nécessaires à la protection de la morale et à la défense de l'ordre* »²⁶⁵. Enfin, l'arrêt *Dudgeon* laisse en suspens d'autres questions de droit. Par exemple, la Cour ne se prononce pas sur la différence de majorité sexuelle instituée par certains États entre les relations homosexuelles et les relations hétérosexuelles. Plus encore, elle reste sur sa position selon laquelle « *la différence entre l'âge du consentement à des relations homosexuelles masculines et féminines n'est pas contraire aux art. 8 et 14 'objectivement justifiée et proportionnée par la nature différente du problème soulevé dans l'un et l'autre cas'* »²⁶⁶. Ces éléments conduisent à relativiser la portée de l'arrêt *Dudgeon*. Néanmoins, il demeure fondateur dans l'évolution jurisprudentielle en matière de liberté sexuelle. En effet, à partir de cet arrêt, l'interdiction européenne de la pénalisation de l'homosexualité s'ancra et la voie de la seule tolérance s'émancipa pour laisser place à l'invitation de la Cour à la reconnaissance par les autorités nationales de toutes les orientations sexuelles.

B. L'invitation à la reconnaissance des orientations sexuelles

Après son engagement dans la dépénalisation de l'homosexualité, la Cour EDH fit œuvre d'une jurisprudence parcimonieusement militante en matière d'orientation sexuelle. Initialement centrée sur la reconnaissance du droit au respect de la vie privée (1), la jurisprudence protégea plus difficilement la vie familiale (2).

²⁶³ *Ibid.*, §61.

²⁶⁴ MEYER C.-A., *op. cit.*, p. 161.

²⁶⁵ Commission EDH, 12 octobre 1983, *B. c/ Royaume-Uni*, n°9237/81, §2.

²⁶⁶ MEYER C.-A., *op. cit.*, p. 164.

1. Une reconnaissance engagée *via* le droit au respect de la vie privée

Conformément à l'ouverture entamée par l'arrêt *Dudgeon*, la Cour EDH renforça le lien existant entre le droit à la vie privée et l'orientation sexuelle. Plus précisément, elle articule ce lien « *entre vie privée, autodétermination de la personne et liberté sexuelle grâce à la notion d'autonomie personnelle* »²⁶⁷.

Le renforcement de la liberté sexuelle. Parmi les arrêts essentiels qui « *ont contribué à faire souffler ce grand vent de liberté homosexuelle* »²⁶⁸, l'arrêt *Dudgeon* ne fut que le point de départ. Au fur et à mesure que le consensus européen en la matière se construisait, des arrêts majeurs consolidèrent la position de la Cour. Dans un premier arrêt *Norris*²⁶⁹ de 1988, la Cour confirma sa jurisprudence à l'égard la législation britannique en estimant de nouveau que celle-ci portait une atteinte injustifiée à la vie privée du requérant. Puis, elle appliqua son raisonnement à d'autres législations et se montra « *encore plus intransigeante dans la défense de la liberté sexuelle* »²⁷⁰. Ainsi, dans un arrêt *Modinos* de 1993²⁷¹, l'empreinte de la moralité se dissipa du prétoire européen. Aucune mention d'une éventuelle justification sur ce motif ne figura en effet dans l'arrêt. La Cour revint également durant cette période sur ses décisions justifiant l'interdiction des pratiques homosexuelles dans l'armée et les forces de l'ordre par les arrêts *Smith et Grady* d'une part, et *Lusting-Prean et Beckett* d'autre part²⁷². Dans ces derniers, la Cour a « *hautement affirmé que les attitudes négatives correspondant aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle ne peuvent pas justifier davantage les mesures qui les frappent que ne le feraient des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, couleur ou origine différentes* »²⁷³. Elle estima également qu'il existait désormais un consensus au niveau européen permettant d'appliquer le même âge de consentement aux relations homosexuelles et hétérosexuelles²⁷⁴. Par la suite, sa décision *A.D.T* de 2000²⁷⁵ indiqua explicitement que les seules dérogations possibles à l'article 8 en matière d'homosexualité résidaient dorénavant dans d'éventuelles considérations de santé publique. C'est finalement l'arrêt *K.A et A.D* qui paracheva ce mouvement en plaçant « *la liberté sexuelle*

²⁶⁷ DESHOULIERES E., « Le droit à la sodomie », in SWEENEY M. et TOUZEIL-DIVINA M., (dir.), *Droit(s) au(x) sexe(s)*, L'Épilogue, 2016, p. 104.

²⁶⁸ MARGUENAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 31.

²⁶⁹ Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, n°10581/83.

²⁷⁰ MARGUENAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 34.

²⁷¹ Cour EDH, 22 avr. 1983, 1993, *Modinos c/ Chypre*, n°15070/89.

²⁷² Cour EDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et n° 33986/96 ; Cour EDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 31471/96 et n° 32377/96.

²⁷³ MARGUENAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁴ Commission EDH, 27 mars 2001, *S. c/ Royaume-Uni*, n°2518/6/94.

²⁷⁵ Cour EDH, 31 oct. 2000, *A. D. T c/ RU*, n°35765/97, §38.

sous l'égide de l'autonomie personnelle devant être strictement respectée en chacun des partenaires »²⁷⁶²⁷⁷.

L'appui du juge sur le concept d'autonomie personnelle. Cette évolution prétorienne, admettant que la liberté sexuelle des individus fait partie intégrante de leur droit à une vie privée, s'appuie sur le concept d'autonomie personnelle. Celui-ci, pourtant absent des textes conventionnels, fut consacré par la Cour EDH dans son arrêt *Pretty* en matière de fin de vie. Elle y indique que « *Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »²⁷⁸. Repris en matière de liberté sexuelle par l'arrêt *K.A et A.D* précité, ce principe central de la jurisprudence européenne est « *placé au service de l'épanouissement de la personne* »²⁷⁹ et entraîne deux implications. D'une part, entendue sous le prisme d'un rapport de soi à soi, l'autonomie personnelle implique le droit de disposer de son corps. D'autre part, entendue sous le prisme d'un rapport de soi à l'autre, elle implique le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains. Sous l'angle de l'orientation sexuelle, l'autonomie personnelle est donc essentielle. Elle permet en effet de légitimer tant les relations amoureuses, quel que soit le sexe des individus, que les relations sexuelles, dans la mesure où chacun est maître de son propre corps. Désormais, la jurisprudence de la Cour EDH s'articule autour de ce principe pour condamner les atteintes injustifiées des États à l'orientation sexuelle des individus. À cette aune, ce n'est plus seulement la liberté sexuelle qui est protégée puisque le concept d'autonomie personnelle permet à « *chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »²⁸⁰, au profit d'une « *capacité à être soi-même* »²⁸¹. De fait, il doit également permettre d'élargir le spectre des droits subjectifs reconnus aux individus n'entrant pas dans la norme hétérosexuelle, en particulier en matière familiale.

2. Une reconnaissance fragmentée *via* le droit au respect de la vie familiale

La dimension affective et familiale de l'orientation sexuelle fut bien plus délicatement prise en compte par la Cour EDH que la seule dimension sexuelle. Initialement nié, le droit au

²⁷⁶ MARGUENAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 36.

²⁷⁷ Cour EDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n°42758/98 et n°45558/99.

²⁷⁸ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n°2346/02, §61.

²⁷⁹ ROMAN D., « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *D.*, 2005, p. 1508.

²⁸⁰ Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95, §90.

²⁸¹ LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, p. 3.

respect de la vie familiale fait désormais partie intégrante des droits dont doivent jouir les individus, quelle que soit leur orientation sexuelle.

La négation d'un droit au respect de la vie familiale. Alors même que les juges strasbourgeois admettaient depuis l'arrêt *Dudgeon* que les autorités publiques ne pouvaient s'immiscer dans la sexualité des individus, ils continuaient d'accepter des ingérences dans la vie familiale de ces derniers. À ce titre, la Cour considérait que les personnes homosexuelles ne disposaient pas d'un droit au respect de la vie familiale tel qu'issu de l'article 8 de la Convention EDH. Ainsi, il est possible d'affirmer que « *la dimension affective de l'homosexualité, les liens durables susceptibles de se tisser entre deux personnes de même sexe, sont difficilement appréhendés par les juges de Strasbourg* »²⁸². Dans une décision de 1983 concernant un arrêté d'expulsion vis-à-vis d'un ressortissant malais qui vivait durablement avec un ressortissant anglais, la Commission EDH affirma qu'« *en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité, la Commission estime que les relations des requérants ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8* »²⁸³. Elle ajouta que les ingérences dans les rapports homosexuels ne pouvaient être appréciés qu'à l'aune du droit au respect de la vie privée. Cette position s'inscrit dans la durée. En effet, dans un arrêt de 2003, alors qu'il était question de la transmission d'un bail locatif au compagnon d'un individu décédé, la Cour affirma que « *la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue une raison importante et légitime* »²⁸⁴ justifiant une mesure qui prive le partenaire survivant d'un couple composé de personnes de même sexe de bénéficier de la transmission d'un bail locatif. Progressivement, le droit au respect de la vie familiale fut finalement partiellement reconnu aux couples de personnes de même sexe. Chaque phase de reconnaissance dépend ainsi de l'existence, ou non, d'un consensus européen en la matière.

Les différents revirements au prisme de la théorie de la marge d'appréciation. À partir des années 2010, la Cour EDH prit acte des évolutions sociétales au sein des différents États parties pour reconnaître aux couples homosexuels un droit à une vie familiale, tant sur la reconnaissance juridique de ces couples que sur leur possibilité d'être parents. Sur le premier volet, la Cour reconnut en 2010 que « *l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux États membres* »²⁸⁵ et qu'« *un nombre*

²⁸² COISSARD (D.), « La Cour européenne des droits de l'Homme face à l'homosexualité », in DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 263.

²⁸³ Commission EDH, 3 mai 1983, *X. Y. c/ Royaume-Uni*, n°9369/81.

²⁸⁴ Cour EDH, 24 octobre 2003, *K. c/ Autriche*, n°40016/98, §39.

²⁸⁵ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04, §93.

considérable d'États membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels »²⁸⁶. Elle en conclut qu'« il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une 'vie familiale' aux fins de l'article 8 »²⁸⁷. Depuis lors, la Cour EDH exige une reconnaissance juridique des couples homosexuels mais laisse les États libres de choisir la forme de celle-ci, faute d'un consensus européen en la matière. C'est dans cette perspective que la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention EDH dans l'arrêt *Oliari* de 2015. En effet, la législation italienne ne prévoyait en l'espèce aucune forme d'union civile²⁸⁸. Récemment, la Russie fut également condamnée en ce qu'elle avait manqué à son obligation positive de garantir le droit à une vie privée et familiale en ne prévoyant aucune reconnaissance juridique des couples de même sexe²⁸⁹. Il en fut de même s'agissant de l'Ukraine²⁹⁰. En définitive, si les États doivent reconnaître une forme d'union homosexuelle, ils « ne sont donc pas tenus de légaliser le mariage entre personnes de même sexe »²⁹¹. Sur le second volet relatif à l'homoparentalité, la jurisprudence évolua également au gré de l'existence d'un consensus entre les États parties. Sans tendre à l'exhaustivité des jurisprudences en la matière, le premier arrêt qui marqua un tournant fut la décision *Da Silva Mouta* de 1999 en matière d'autorité parentale²⁹². La Cour estima que la décision confiant l'autorité parentale à la mère d'un enfant dont le père vivait désormais en concubinage avec un autre homme, pour la seule raison que celui-ci était homosexuel, violait son droit à une vie familiale. Dans ce cheminement, l'évolution de la jurisprudence en matière d'adoption est significative. Le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle d'un requérant était justifié jusqu'en 2008 faute d'un consensus entre les États parties²⁹³. Toutefois, l'arrêt *E. B.* fit évoluer la jurisprudence en estimant qu'un tel refus était attentatoire au droit à la vie familiale des requérants²⁹⁴. Si une multiplicité de décisions pourrait être mentionnée dans ce cheminement, en particulier en matière de gestation pour autrui où la Cour exige la possibilité de reconnaître le lien de filiation entre le parent

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*, §94.

²⁸⁸ Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et a. c/ Italie*, n°18766/11 et n°36030/11 repris par Cour EDH, 14 décembre 2017, *O. et a. c/ Italie*, n°44057/12 et n°60088/12.

²⁸⁹ Cour EDH, 17 janvier 2023, *Fedotova et a. c/ Russie*, n°40792/10, n°30538/14 et n°43439/14 ; notons qu'en vertu de cet arrêt, la Cour reste compétente s'agissant des faits commis antérieurement à la sortie de la Russie du Conseil de l'Europe le 16 septembre 2022.

²⁹⁰ Cour EDH, 1^{er} juin 2023, *M. et M. c/ Ukraine*, n°75135/14.

²⁹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans submersion », in BOSVIEUX-ONYEKWELU C. et MOTTIER V., (dir.), *Genre, droit et politique*, LGDJ, Droit et sociétés, 2021, p. 161.

²⁹² Cour EDH, 21 décembre 1999, *Da Silva Mouta c/ Portugal*, n°33290/96.

²⁹³ Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n°35515/96, §35.

²⁹⁴ Cour EDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, n° 43546/02.

d'intention et l'enfant²⁹⁵, il convient d'admettre que la jurisprudence de la Cour connaît d'incontestables mutations et tend à reconnaître les différentes composantes du droit au respect de la vie familiale aux couples homosexuels. Toutefois, outre cette reconnaissance, « *la liberté de l'orientation sexuelle [...] doit également permettre aux individus de vivre cette sexualité sans être inquiétés ou discriminés* »²⁹⁶, d'où l'édification de deux droits européens de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle.

II. L'édification des droits européens de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle

Après l'ancrage de la dépénalisation et simultanément au mouvement de reconnaissance des orientations sexuelles, le droit de l'Union européenne (A) et son homologue, le droit européen des droits de l'Homme (B), édifièrent un véritable droit de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Désormais, « *le droit européen interdit toute forme de discrimination à l'égard des personnes LGB, pour autant que la partie étant à l'origine de la discrimination soit une autorité publique liée par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou un particulier agissant dans le cadre de la directive 2000/78/CE* »²⁹⁷.

A. La prégnance communautaire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

En instrumentalisant le droit du marché européen, les organes des Communautés européennes, puis de l'Union européenne, ont inscrit dans le droit primaire, le droit dérivé et la jurisprudence, l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

De l'interdiction des entraves à la libre-circulation à la non-discrimination. Les traités fondateurs des Communautés européennes ne faisaient nullement référence à la protection des droits fondamentaux. Pourtant, une valse à trois temps s'enclencha à cette fin sous l'impulsion de la CJCE. Dans un premier temps, l'œuvre créatrice de la CJCE s'initia avec les arrêts *Comptoir de vente du charbon de la Ruhr* de 1960²⁹⁸ et *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970²⁹⁹. Ce dernier indiqua que « *le respect des droits fondamentaux*

²⁹⁵ Cour EDH, 22 novembre 2022, *D. B. et. a. c/ Suisse*, n°58817/15 et n°58252/15.

²⁹⁶ COISSARD (D.), « La Cour européenne des droits de l'Homme face à l'homosexualité », in DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 259.

²⁹⁷ WINTEMUTE R., « Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH et la CJUE », in BORILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, p. 165.

²⁹⁸ CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, C-16/59.

²⁹⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70.

fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ». Ce sont donc en tant que principes non-écrits que les droits fondamentaux intégrèrent le droit communautaire et s'érigèrent au niveau droit primaire. Dans un second temps, ces consécutions jurisprudentielles furent consolidées par les traités successifs. Ainsi, le Traité de Maastricht de 1992 indiquait en son article 6 que « *l'Union respecte les droits fondamentaux [...] en tant que principes généraux du droit communautaire* ». Cet article fut repris et révisé à l'article 6§1 du Traité d'Amsterdam. Dans un troisième et dernier temps, le Conseil européen de Nice adopta le 7 décembre 2000 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, véritable inventaire de droits articulé autour de six valeurs fondamentales : la dignité, la liberté, l'égalité, la citoyenneté, la solidarité et la justice. Elle acquit valeur de droit primaire avec l'adoption du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. C'est à l'aune de ce mouvement brièvement retracé que la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle s'instaura, préalablement au travers des discriminations fondées sur le sexe.

Les discriminations à raison du sexe. La notion de discrimination renvoie à une « *différence de traitement illégitime* »³⁰⁰ ou dit autrement à une distinction entre des individus fondée sur motif arbitraire. En ce sens, reconnaître l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle consiste à admettre que celle-ci constitue un critère arbitraire de distinction entre deux personnes. Dès 1957, le Traité de Rome exigeait à son article 119 une « *égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe* ». En 1976, la CJCE consacrait, en tant que principe général du droit, le principe de non-discrimination fondée sur le sexe³⁰¹. Outre le droit primaire, le droit dérivé contribuait également à cette interdiction³⁰². C'est sur ces fondements qu'une discrimination liée à l'orientation sexuelle fut contestée pour la première fois en droit communautaire. En effet, alors que « *jusqu'en 1997, tous les litiges concernant le droit européen et les droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles se sont déroulés à Strasbourg* »³⁰³, celles-ci se sont intéressées au droit communautaire après qu'une femme transgenre ait réussi à convaincre la CJCE que « *son*

³⁰⁰ LOCHAK D., « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, p. 57.

³⁰¹ CJCE, 8 avril 1976, D., C-43/75.

³⁰² Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 relative à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins ; Directive 76/207/CEE du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle.

³⁰³ WINTEMUTE R., « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe » in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Les voies du droit, 1999, p. 184.

licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe »³⁰⁴. Ainsi, la question centrale qui se posait dans les affaires *Grant et Perkins* étaient de savoir si une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait également une discrimination fondée sur le sexe. Hélas, la Cour indiqua que « *le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lorsqu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité ou par la directive 75/117* »³⁰⁵. Il fallut attendre des fondements spécifiques à l'orientation sexuelle.

Les discriminations à raison de l'orientation sexuelle. Si « *Au XXe siècle, l'action des institutions européennes contre la discrimination était restée limitée aux motifs du sexe et de la nationalité* »³⁰⁶, le XXI^{ème} siècle évolua considérablement. Au niveau du droit primaire, et après les impulsions du Parlement européen³⁰⁷, le Traité d'Amsterdam ajouta un article 13 au Traité instituant la Communauté européenne (TCE)³⁰⁸. Ce dernier indique que « *Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil [...] peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur [...] l'orientation sexuelle* ». Parallèlement, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux consacrait une liste ouverte³⁰⁹ de critères prohibés de discrimination parmi lesquels figure l'orientation sexuelle³¹⁰. C'est dans ce cadre que la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail fut adoptée. L'article premier de la directive dispose que « *La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur [...] l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité*

³⁰⁴ CJCE, 30 avril 1996, *P. c/ S. et Cornwall County Council*, C-13/94.

³⁰⁵ CJCE, 17 février 1998, *L. J. G.*, C-249/96.

³⁰⁶ RORIVE I., « Le droit européen de la non-discrimination mis au tempo de critères singuliers », in DÉFENSEUR DES DROITS ET MISSION DROIT ET JUSTICE, *Multiplification des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Défenseur des droits, 2018, p. 39.

³⁰⁷ Voir en ce sens : Résolution du Parlement européen sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail, C-104/32, JOCE du 13 mars 1984 ; Rapport du Parlement européen « *on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC* », A3-0028/94, JOCE du 28 février 1994.

³⁰⁸ Aujourd'hui article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

³⁰⁹ En témoigne l'adverbe « *notamment* ».

³¹⁰ Paragraphe premier de l'article 21 de la Charte : « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* » ; Voir pour une application à l'orientation sexuelle : CJUE, 29 avril 2015, *L. c/ ministre de la Santé*, C-528/13 à l'égard du don du sang.

de traitement ». À cette fin, elle interdit les discriminations directes qui se traduisent par un traitement défavorable à un autre et explicitement fondé sur l'orientation sexuelle. Elle interdit également les discriminations indirectes, à savoir les mesures d'apparence neutre qui entraînent un désavantage pour une personne du fait de son orientation sexuelle. Néanmoins, tandis que les discriminations directes ne peuvent faire l'objet que de justifications exceptionnelles³¹¹, les discriminations indirectes sont « *systématiquement susceptibles d'être justifiées* »³¹² si elles poursuivent un objectif légitime et qu'elles sont proportionnées. C'est à l'aune de ce corpus juridique que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ont pu être sanctionnées par la CJCE puis la CJUE.

Les applications jurisprudentielles. Le critère de l'orientation sexuelle étant désormais prohibé, l'issue de l'affaire *Grant* ne se reproduit plus. Trois exemples permettent de s'en convaincre. D'une part, dans un arrêt *Maruko*, la CJCE considéra que si un État membre reconnaissait un partenariat enregistré pour les couples de même sexe et que cette mesure plaçait « *les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux* »³¹³, alors « *les mêmes avantages liés à l'emploi [...] doivent être fournis au partenaire enregistré de même sexe d'un employé ou d'une employée au même titre qu'au conjoint ou à la conjointe de sexe opposé d'un employé* »³¹⁴. D'autre part, dans l'arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* de 2020, la Cour développa une interprétation extensive de la directive 2000/78. En effet, elle admit que des déclarations homophobes tenues par une personne dans une émission de télévision, « *selon lesquelles jamais elle ne recruterait ni ne ferait travailler de personnes d'une certaine orientation sexuelle dans son entreprise* »³¹⁵, relevaient du champ d'application de la directive quand bien même aucune procédure de recrutement n'était en cours ou programmée mais « *à condition que le lien entre ces déclarations et les conditions d'accès à l'emploi ou au travail au sein de cette entreprise ne soit pas hypothétique* »³¹⁶. Enfin, dans une décision du 12 janvier 2023³¹⁷, la CJUE considéra que la directive s'appliquait au libre choix d'un contractant dans le cadre de l'exercice d'une activité indépendante.

³¹¹ La directive 2000/78 prévoit trois dérogations à l'ensemble des motifs de discriminations en son article 4 (« *Exigences professionnelles* »), article 5 (« *Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées* ») et article 6 (« *Justification des différences de traitement fondées sur l'âge* »).

³¹² MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ, Paris, 2022, p. 166.

³¹³ CJCE, 1^{er} avril 2008, *Maruko*, C-267/06 repris *a posteriori* par les arrêts CJUE, 10 mai 2011, *M. R.*, C-147/08 et CJUE, 12 décembre 2013, *F. H.*, C-267/12.

³¹⁴ WINTEMUTE R., « *Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH et la CJUE* », *op. cit.*, p. 188.

³¹⁵ CJUE, 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ CJUE, 12 janvier 2023, *J. K.*, C-356/21.

In fine, le droit de l'Union s'érige en fin protecteur contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle, ce qu'effectue également le droit européen des droits de l'Homme.

B. La sensibilité de la Cour EDH à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Dans le sillage du droit de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'Homme développa une jurisprudence foisonnante et étoffée en matière de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Les fondements. L'article 14 de la Convention EDH précise que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* ». Fondement de l'interdiction des discriminations en droit européen des droits de l'Homme, cet article consacre une liste non exhaustive de critères de distinction prohibés parmi lesquels ne figure pas l'orientation sexuelle. Il est accompagné depuis 2000 de l'article 1^{er} du protocole n°12 à la Convention qui prévoit une interdiction générale de la discrimination, indépendamment des droits consacrés dans le corps de la Convention³¹⁸. Seuls vingt États, dont la France ne fait pas partie, ont signé et ratifié ce protocole. C'est pourquoi, la protection centrale en matière de discrimination demeure celle de l'article 14 de la Convention dont le champ d'application fut élargi par la Cour EDH elle-même au gré de l'expression « *toute autre situation* ». Ainsi, si le critère de l'orientation sexuelle n'est pas mentionné dans le texte entré en vigueur en 1953, il fut consacré par la Cour dès la fin des années 1990. Sous l'impulsion des résolutions de l'Assemblée du Conseil de l'Europe³¹⁹, la Cour reconnut l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans les arrêts précités, *Lustig-Prean et Becket*, *Smith et Grady* ou encore *Da Silva Mouta*. Toutefois, si la Cour EDH reconnaît tant des discriminations directes qu'indirectes à l'instar de la CJUE, son raisonnement est différent.

³¹⁸ Premier paragraphe de l'article 1^{er} du protocole n°12 à la Convention EDH : « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

³¹⁹ Voir en ce sens : la première recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels ; pour une illustration plus récente : résolution 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

Le raisonnement. La première particularité du raisonnement strasbourgeois tient aux justifications des discriminations. Ainsi, dans l'affaire dite du *Régime de la linguistique belge* de 1968, la Cour explique que toute distinction entre deux situations ne constitue pas une discrimination. La distinction devient une discrimination si elle est injustifiée. De fait, le juge doit en premier lieu statuer sur la comparabilité de deux situations avant de s'interroger sur d'éventuelles justifications à la distinction contestée. En ce sens, elle précise que « *L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »³²⁰. Ce sont donc deux conditions systématiques – le but poursuivi par la mesure et la proportionnalité entre celui-ci et les moyens employés – qui sont exigées par la Cour afin de justifier une mesure distinctive directe ou indirecte. Cette ouverture des justifications laisse aux autorités nationales une « *importante marge de manœuvre* »³²¹. Deuxième particularité, l'article 14 est une disposition accessoire. En effet, il ne s'applique que conjointement à une autre disposition de la Convention consacrant un droit. Par exemple, il est possible d'invoquer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre du droit à la vie, du droit au respect de la vie privée ou encore de la liberté de réunion. C'est sur ces points – comparabilité des situations, système de justification et invocation d'un droit consacré par la convention – que la Cour a conclu à de multiples reprises à l'existence de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Les applications jurisprudentielles. Si le droit au respect de la vie privée et familiale constitue la terre d'élection des discriminations en matière d'orientation sexuelle³²², il n'est pas le seul. Ainsi, pour démontrer l'ampleur des discriminations condamnées par la Cour EDH en la matière, il convient de donner des exemples relevant d'autres dispositions de la Convention. À titre illustratif, la Cour a estimé que la Russie violait la liberté d'expression prévue par l'article 10 de la Convention, et l'interdiction des discriminations prévue par l'article 14, en infligeant des amendes à trois requérants ayant manifesté contre la législation russe interdisant

³²⁰ Cour EDH, 23 juillet 1968, affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c/ Belgique, n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §10.

³²¹ LAMBERT P., « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 1998, p. 497.

³²² Voir en ce sens les arrêts déjà mentionnés : Cour EDH, 21 décembre 1999, *Da Silva Mouta c/ Portugal*, n°33290/96 et Cour EDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, n° 43546/02.

la promotion de l'homosexualité³²³. Sur le fondement de l'article 14 et de l'article 11 qui garantit la liberté de réunion, la Cour EDH conclut à un nombre important de violations lorsque des autorités nationales interdisent des marches en faveur des droits LGBT+. Ce fut le cas en Pologne³²⁴, en Russie³²⁵, en Moldavie³²⁶ ou encore en Géorgie³²⁷. La Cour sanctionne également des discriminations combinées à l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants prévue par l'article 3 de la Convention. Par exemple, elle a considéré que le placement à l'isolement pendant plus de huit mois, imposé à un détenu du fait de son orientation sexuelle était constitutif d'un traitement inhumain, dégradant et discriminatoire, contraire aux articles 3 et 14 de la Convention³²⁸. Cette voie est également exploitée en cas d'agressions homophobes³²⁹. La piste de l'article 2 protégeant le droit à la vie a quant à elle été empruntée à l'égard de meurtres homophobes³³⁰. Ces exemples non exhaustifs de violations de la Convention par les États parties démontrent finalement l'ampleur de l'interventionnisme de la Cour en matière de non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle. S'il est possible de conclure que des obligations tant positives – garantir l'effectivité du droit au respect de l'intimité – que négatives – ne pas discriminer à raison de l'orientation sexuelle – existent, leur élargissement est envisageable. Il permettrait d'encourager les États à agir « *contre les crimes de haine à l'encontre des personnes LGB (actes de violence motivés par l'hostilité ou préjugés fondés sur l'orientation sexuelles), contre les discours de haine à l'encontre des LGB (incitation à la haine fondée sur l'orientation sexuelle) et contre les discriminations pour des motifs liés à l'orientation sexuelle dans des domaines particuliers (emploi, logement, éducation services, etc.) dans le secteur privé et public* »³³¹.

Quoi qu'il en soit, le droit de l'Union et le droit européen des droits de l'Homme ont indubitablement contribué à construire un arsenal juridique européen protecteur. Celui-ci a progressivement résonné sur le droit interne relatif à la discrimination.

³²³ Cour EDH, 20 juin 2017, *B. et a. c/ Russie*, n°67667/06, 44092/12 et 56717/12.

³²⁴ Cour EDH, 3 mai 2007, *B. et a. c/ Pologne*, n°1543/06.

³²⁵ Cour EDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c/ Russie*, n°4916/07, 25924/08 et 14599/09 ; Cour EDH, 7 février 2017, *L. et a. c/ Russie*, n°57818/09 ; Cour EDH, 27 novembre 2017, *Alekseyev et a. c/ Russie*, n°14988/09 et Cour EDH, 1^{er} décembre 2020, *B. c/ Russie*, n°46712/15.

³²⁶ Cour EDH, 12 juin 2012, *Genderdoc-M c/ Moldavie*, n°9106/06.

³²⁷ Cour EDH, 12 mai 2015, *I. et a. c/ Géorgie*, n°73235/12 et Cour EDH, 16 décembre 2021, *Women's Initiatives Supporting Group et a. c/ Géorgie*, n°73204/13 et 74959/13.

³²⁸ Cour EDH, 9 octobre 2012, *X. c/ Turquie*, n° 24626/09.

³²⁹ Cour EDH, 12 avril 2016, *M. C. et C. A c/ Roumanie*, n°12060/12, Cour EDH, 14 janvier 2021, *S. c/ Croatie*, n°50231/13 et Cour EDH, 17 mai 2022, *O. c/ Arménie*, n°71367/12 et 72961/12.

³³⁰ Cour EDH, 14 juin 2022, *S. c/ Bulgarie*, n°56070/18.

³³¹ WINTEMUTE R., « Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH et la CJUE », *op. cit.*, p. 196.

Section 2. La résonance progressive sur le droit interne relatif à la discrimination

Si le droit interne a mis un temps conséquent à consacrer l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle, c'est principalement au regard de sa conception du principe d'égalité. Ainsi, le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'Homme ont impliqué des évolutions conceptuelles autour de ce principe (I) mais aussi matérielles (II), permettant désormais d'avoir un droit français mobilisé contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle³³².

I. Les implications conceptuelles des droits européens sur le principe d'égalité

Les droits européens, soucieux du principe de non-discrimination, permirent de faire évoluer le droit français. Historiquement articulé autour d'un principe d'égalité conçu abstraitement, le droit interne participait paradoxalement à l'institution de discriminations (A). En ce sens, l'intégration du principe de non-discrimination en droit interne constitua un outil permettant de tendre à l'égalité réelle, singulièrement en matière d'orientation sexuelle (B).

A. La conception classique du principe d'égalité, source paradoxale de discriminations

Sans prétendre à l'exhaustivité sur ce vaste champ d'étude, il convient d'admettre, à l'aune du sujet étudié, que la conception classique de l'égalité française (1) se façonne au détriment de la protection des orientations sexuelles (2).

1. La conception classique de l'égalité française

Selon J. Rivero, l'égalité juridique est « *symbolisée et réalisée par la généralité de la règle* »³³³. Résumant parfaitement la lecture française du principe d'égalité, cette affirmation témoigne de la friction entre celui-ci et la non-discrimination.

La lecture française de l'égalité. Le principe d'égalité, « *consacré à tous les niveaux de la hiérarchie des normes internes : Constitution, lois, et principes généraux du droit* »³³⁴ est omniprésent. Rien qu'au niveau constitutionnel, il se retrouve aux articles 1^{er}, 6 et 13 de la DDHC, 1^{er}, 3, 11, 12, 13, 18 du Préambule de la Constitution de 1946, 1^{er}, 2, 3, 72-2, 72-3 de

³³² Voir en ce sens : Chapitre « *Un droit public engagé contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* », p. 84 et s. du présent mémoire.

³³³ RIVERO J., « Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discriminations en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965.

³³⁴ DUBOUT E., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, Jurisclasseur, Fasc. 500, Lexis Nexis, 2009.

la Constitution de 1958. Pour autant, il est particulièrement complexe de lui adosser une définition claire. Il apparaît néanmoins que la tradition française rattache le principe d'égalité à la vision qu'en avaient les révolutionnaires de 1789, c'est-à-dire une lecture universaliste en rupture avec les privilèges d'Ancien régime. C'est ce que traduit l'article 6 de la DDHC lorsqu'il indique que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.* ». Généralité, universalité et abstraction s'érigent en lignes directrices de la lecture française du principe d'égalité. C'est pourquoi, il est possible d'affirmer que « *la norme universelle est celle qui vaut soit pour tous les individus dans une société donnée, soit pour l'ensemble de l'humanité* »³³⁵ et que « *visant l'universel, les formulations de la Déclaration sont nécessairement abstraites, elles parlent de l'Homme en général et non des hommes situés à une époque et dans une société données* »³³⁶. De fait, pour assurer l'égalité, le texte juridique doit revêtir une formulation abstraite afin de s'appliquer indistinctement et uniformément à l'ensemble des individus. Conséquence de cette affirmation, chaque individu est traité de manière identique par la loi et il est impossible d'engager une différenciation entre les personnes. D. Lochak résume ce postulat français à l'égard de la règle de droit : « *Abstraite, donc universelle, universelle donc porteuse d'égalité* »³³⁷.

La friction avec la non-discrimination. Certes, « *du point de vue de la langue courante, le débat sur la distinction entre égalité et non-discrimination est difficilement compréhensible* »³³⁸. Cependant, dans le langage juridique, l'incompatibilité entre la vision française de l'égalité et le principe de non-discrimination est tangible. D'ores-et-déjà évoquée, la non-discrimination renvoie à l'interdiction d'une différence de traitement illégitime. La différence est illégitime car elle est fondée sur un critère arbitraire et prohibé. Or, si un texte nomme un critère de distinction prohibé – à l'image de l'orientation sexuelle – on rompt avec l'abstraction de l'individu. En nommant, on distingue. Si la norme distingue, la norme n'est plus universelle. C'est pour cette raison majeure que le principe de non-discrimination entre en friction avec la conception française de l'égalité et que « *la lutte contre les discriminations est source d'opposition [...] avec l'égalité abstraite de l'idée libérale classique* »³³⁹. Cet argument explique également la réticence française à l'intégration de mécanismes dits de « *discriminations positives* » ou d'« *actions positives* », lesquels supposent de cibler

³³⁵ LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 45.

³³⁶ *Ibid*, p. 52.

³³⁷ *Ibid*.

³³⁸ PORTA J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *RDT*, 2011, p. 291

³³⁹ *Ibid*.

« spécifiquement des personnes ou des groupes en fonction, par exemple, de la couleur de leur peau ou de leur religion, ou encore les homosexuels »³⁴⁰, afin de tendre à l'égalité réelle entre tous les individus. On parvient au cœur de l'enjeu étudié car la construction universaliste et abstraite repose sur le standard d'un individu « normalisé »³⁴¹. Or, dès lors qu'une personne n'entre pas dans le standard, elle peut se confronter en pratique à des inégalités. L'abstrait a donc ses limites et la vision strictement classique du principe d'égalité engendre *ipso facto* des discriminations.

2. Les conséquences néfastes de l'égalité abstraite sur l'orientation sexuelle

« Soutenir que le principe d'égalité est l'un des principaux obstacles opposés à l'adoption de mesures visant à établir l'égalité est *prima facie* contre-intuitive et paradoxale. »³⁴². Toutefois, force est d'admettre qu'en promouvant l'abstraction, l'indifférence et la généralité *via* une norme uniforme, le principe d'égalité dissipe des inégalités. C'est la première conséquence négative de la conception française de l'égalité sur la protection de l'orientation sexuelle. La seconde est que, s'il est impossible de nommer des catégories ayant besoin d'une reconnaissance spécifique, les mesures positives sont illégales.

L'égalité vectrice d'inégalités en matière d'orientation sexuelle. La proclamation de l'égalité abstraite est nécessaire mais insuffisante. En effet, « *chacun sait que l'application de la même règle à tous est susceptible de générer des inégalités dès lors qu'il n'est pas tenu compte des différences de situation* »³⁴³. Autrement envisagée, la recherche de l'universalité nie l'existence factuelle de discriminations et ne permet pas d'y remédier. C'est pour cette raison que dès le *Manifeste des Égaux*, G. Babeuf et S. Maréchal contestaient la consécration de l'égalité formelle³⁴⁴. Appliqué à l'orientation sexuelle, le schéma a d'ores-et déjà-été dressé. Dans la mesure où la loi a été construite autour du standard hétérosexuel implicite, elle en porte indéniablement les stigmates. En effet, en ne nommant pas, « *seule la prégnance d'une norme*

³⁴⁰ LOCHAK D., « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit. », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, p. 72.

³⁴¹ Voir en ce sens : « *La promotion intrinsèque au droit de la sexualité majoritaire* », p. 46 et 47 du présent mémoire.

³⁴² CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC : le cas du genre », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, p. 221.

³⁴³ LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, Dossier, 2010, p. 301.

³⁴⁴ *Manifeste des Égaux*, 1796 : « *l'égalité ne fut autre chose qu'une belle et stérile fiction de la loi. Aujourd'hui qu'elle est réclamée d'une voie plus forte, on nous répond. Taisez-vous misérables ! l'égalité de fait n'est qu'une chimère ; contentez-vous de l'égalité conditionnelle ; vous êtes tous égaux devant la loi. Canaille, que te faut-il de plus ?* » cité par LEMAIRE F., *op. cit.*

hétérosexuelle implicite a conduit à exclure les couples de même sexe non seulement du mariage mais aussi du concubinage »³⁴⁵ et « *si le législateur n'a pas éprouvé le besoin de préciser que le mariage ne peut être valablement contracté qu'entre deux personnes de sexe différent, c'est sans doute parce que cela allait sans dire* »³⁴⁶. Ainsi, le principe d'égalité abstrait nourrit des inégalités et il importe de renoncer à l'universalité pour accomplir l'égalité concrète des individus. Il faut donc nommer les différences pour les effacer et protéger certaines catégories de personnes assujetties à des discriminations.

L'égalité vectrice d'illégalités en matière d'orientation sexuelle. Plus en aval, si nommer la différence rompt avec le principe d'égalité français, alors les mesures juridiques positives sont illégales. Précisément, « *adoptées qu'avec parcimonie, ces mesures positives font en tout état de cause l'objet d'un encadrement strict, puisqu'elles posent toujours le problème de leur conformité avec le principe d'égalité en semblant être plus que de simples adaptations* »³⁴⁷. Alors que certains domaines tolèrent les actions positives, d'autres les excluent. Par exemple, le niveau de ressources peut être pris en compte pour adopter des mesures positives. C'est ce qui justifie l'existence d'un revenu de solidarité active ou de contrats aidés. La jurisprudence du Conseil constitutionnel le permet³⁴⁸. De même, certains cadres électoraux exigent la parité hommes-femmes ou encore, le milieu professionnel admet les quotas pour favoriser l'emploi des personnes handicapées. En revanche, « *on n'admet pas dans le droit français que des mesures spécifiques puissent être prises à raison de l'origine ethnique et raciale* »³⁴⁹. Le droit français n'admet pas non plus des mesures spécifiques à raison de l'orientation sexuelle. En effet, il est estimé que sur le fondement de l'article 1^{er} de la Constitution, il n'y a qu'un peuple, indivisible et uni. C'est pour cette raison qu'*« il n'existe pas juridiquement de minorités ou de communautés bénéficiant de droits spécifiques fondés sur des caractéristiques linguistiques, religieuses, ethniques, sur le sexe ou encore sur des préférences sexuelles »*³⁵⁰. Le principe d'égalité formelle rompt dès lors avec la recherche de l'égalité de fait, spécifiquement en matière d'orientation sexuelle.

³⁴⁵ LOCHAK D., « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit. », *op. cit.*, p. 63.

³⁴⁶ LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 73.

³⁴⁷ LEMAIRE F., *op. cit.*

³⁴⁸ Voir en ce sens : CC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86- 207 DC, cons. 31 ; CC, 18 déc. 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, n°2003- 487 DC, cons. 26 ; CC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n°2006- 535 DC, cons. 17.

³⁴⁹ LEMAIRE F., *op. cit.*

³⁵⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC : le cas du genre », *op. cit.*, p. 222.

En somme, ce seul principe d'égalité « *ne prescrit pas de contenu positif précis* »³⁵¹. C'est pour cette raison que l'intégration du principe européen de non-discrimination est nécessaire. Celui-ci « *rend opérationnelle l'égalité et il la précise* »³⁵².

B. L'intégration de la non-discrimination, source d'égalité réelle

Progressivement, le droit interne admit le principe de non-discrimination déjà ancré en droit européen et l'appliqua à l'orientation sexuelle (1). Néanmoins, il ne va pas jusqu'à reconnaître, à l'image du droit européen des droits de l'Homme, un droit à la différence (2).

1. L'émergence ambivalente de la non-discrimination en droit interne

En dépit des freins constitués par la vision classique du principe d'égalité, la non-discrimination a finalement intégré le droit interne. En ce sens, « *l'influence de la conception européenne du principe d'égalité sur le droit français s'observe aussi bien dans la jurisprudence que dans les textes.* »³⁵³. Pour autant, cette émergence du principe de non-discrimination est ambivalente car elle se lit à la fois implicitement et explicitement.

La reconnaissance implicite de la non-discrimination. Pour rappel, le principe d'égalité envisagé abstraitement suppose que la loi soit la même pour tous. Seul, ce principe est sources d'inégalités de fait. Sur cette base, le principe de non-discrimination apparaît comme un supplément au principe d'égalité puisqu'il permet de le compléter en ce sens que la loi doit être la même pour tous les individus placés dans une situation similaire. De fait, naît la recherche d'un critère de comparabilité. Comment apprécier si une situation est similaire à une autre ? Le droit de la non-discrimination intervient ainsi en érigeant des critères prohibés de distinction entre deux situations. Sur ce postulat, D. Lochak identifie une structure élémentaire de la discrimination composée de « *trois éléments dont la réunion représente, en quelque sorte, la structure invariante de la notion de discrimination* »³⁵⁴. Le premier élément est ce critère de distinction utilisé pour fonder une différence de traitement. Le second élément est le domaine dans lequel cette différence intervient et le dernier élément est l'éventuelle justification de la différence. En admettant cette structure, il ressort du droit interne que le principe de non-discrimination existe implicitement au travers du prisme de l'égalité. En effet, l'article 1^{er} de la Constitution dispose que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans*

³⁵¹ JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel : gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n°7.

³⁵² MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 250.

³⁵³ SOUSSE M., « Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999, p. 985.

³⁵⁴ LOCHAK D., « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 778.

distinction d'origine, de race ou de religion ». L'article pose des critères de distinction prohibés, dans tous les domaines et sans justification possible. Les jurisprudences administrative et constitutionnelle traduisent également de l'ancrage d'un principe de non-discrimination au travers du principe d'égalité. En effet, le Conseil d'État aurait « *tendance à ne voir la discrimination qu'à travers le prisme de l'égalité* »³⁵⁵. C'est dans cette perspective que dans son considérant désormais classique en la matière, il reconnaît que le principe d'égalité « *ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier* »³⁵⁶. Le Conseil constitutionnel applique exactement le même raisonnement à l'égard du législateur³⁵⁷. Pour l'appliquer, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État examinent « *successivement mais solidairement les trois éléments que nous avons définis plus haut comme représentant la structure élémentaire de la discrimination* »³⁵⁸. Finalement, quand bien même le principe d'égalité reste ancré dans la tradition juridique française, la différenciation est possible. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre la formulation ambiguë tenue par le Conseil d'État lui-même lorsqu'il a indiqué que « *le principe d'égalité est, en tant que principe de non-discrimination, un élément essentiel de l'héritage républicain* »³⁵⁹.

La reconnaissance explicite de la non-discrimination. Si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel laissent une place imperceptible mais existante au principe de non-discrimination, celui-ci apparaît plus explicitement dans d'autres sphères. D'une part, « *le juge judiciaire soutient au contraire l'émancipation du principe de non-discrimination* »³⁶⁰. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation applique distinctement les deux principes, à tel point qu'elle a déjà rejeté le moyen fondé sur le principe d'égalité et accueilli celui fondé sur l'existence d'une discrimination au sein d'une même affaire³⁶¹. D'autre part, en matière

³⁵⁵ CLUZEL-METAYER L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

³⁵⁶ Voir en ce sens : CE, ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°51265 et 51266, *Lebon* et CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 et 88148, *Lebon*.

³⁵⁷ Voir en ce sens : Conseil constitutionnel, 12 juillet 1979, *Pont à péages*, n°79-107 DC, cons. 4 ; repris dans Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n°2013-669 DC, cons. 15.

³⁵⁸ LOCHAK D., « Réflexion sur la notion de discrimination », *op. cit.*

³⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 19.

³⁶⁰ CLUZEL-METAYER L., *op. cit.*

³⁶¹ Cass., soc., 17 octobre 2006, n°05-40.393.

législative, l'intégration du vocable de discrimination remonte à l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1972 qui introduit l'interdiction des discriminations raciales dans le Code pénal³⁶². Par la suite, de nombreux motifs de discrimination furent consacrés, à l'image des mœurs et de l'orientation sexuelle³⁶³. Ces interdictions des discriminations imprégnèrent le droit outre le champ répressif en trouvant écho dans le Code du travail ou le statut général des fonctionnaires³⁶⁴. Surtout, la discrimination intégra le champ institutionnel à partir de 2004 *via* la création de la Haute autorité de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), dont les compétences sont dorénavant absorbées par le Défenseur des droits³⁶⁵. Si ces exemples sont topiques de l'influence conceptuelle et théorique que peut avoir le droit supranational sur le droit interne, cette influence fut également concrète puisque les dispositions européennes ont été intégrées expressément en droit interne et sont, en partie, invocables devant les juges français³⁶⁶. Toutefois, si l'influence conceptuelle il y a, elle trouve ses limites dans la reconnaissance d'un droit à la différence.

2. Le refus des juridictions internes de consacrer un droit à la différence

À l'aune du cheminement esquissé jusqu'alors, la vision universaliste de l'égalité entraîne incontestablement des inégalités de fait. Partant, il faut rompre avec l'égalité abstraite pour aboutir à l'égalité concrète, ce que permet et facilite le principe de non-discrimination. En conséquence, le droit explicite des différences pour mieux combattre les inégalités. Si l'on suit ce cheminement, devrait émerger l'idée qu'il faut traiter différemment des situations différentes. Ce fut la pensée d'Aristote selon laquelle l'égalité consiste à « *traiter semblablement les choses qui sont semblables, mais aussi à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable en proportion de leur dissemblance* »³⁶⁷ et celle de H. Kelsen qui estimait que « *le principe selon lequel un traitement égal doit être appliqué à des hommes égaux, ne peut valoir qu'en relation avec le principe selon lequel un traitement différent doit être appliqué à des hommes inégaux* »³⁶⁸. Ce n'est pourtant pas le postulat adopté par le droit français.

³⁶² Loi n°72-546 du 1^{er} juillet 1972 *relative à la lutte contre le racisme*.

³⁶³ Voir en ce sens : « *La protection par le Code pénal des orientations sexuelles* », p. 36 et s. du présent mémoire.

³⁶⁴ Voir en ce sens : « *La consécration par le droit public antidiscriminatoire du critère de l'orientation sexuelle* », p. 84 et s. du présent mémoire.

³⁶⁵ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 *portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* ; Loi ordinaire et organique n°2011-333 et 2011-334 du 29 mars 2011 *relatives au Défenseur des droits*.

³⁶⁶ Voir en ce sens : p. 77 à 81 du présent mémoire.

³⁶⁷ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, p. 142.

³⁶⁸ KELSEN H., *Annales de philosophie politique*, vol. 3, *Le droit naturel*, PUF, 1959, p. 51.

Le refus d'un droit à un traitement différent. La « *différence de traitement ne constitue pas, en France, une obligation. Elle n'est qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques* »³⁶⁹. La position jurisprudentielle française est très claire. D'un côté, le Conseil constitutionnel affirme que s'il est possible de traiter de manière différente des situations différentes, il n'en résulte aucunement une obligation de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes³⁷⁰. Même posture pour le Conseil d'État qui considère dans l'arrêt *Baxter* que « *le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents* »³⁷¹ et pour la Cour de cassation qui refuse « *de consacrer une obligation de traiter différemment les situations différentes* »³⁷²³⁷³. Les juridictions françaises se trouvent isolées dans cette posture. En effet, tant la CJUE que la Cour EDH reconnaissent l'obligation de traiter différemment des situations différentes³⁷⁴. Ainsi, dans un arrêt *Taddeuci*³⁷⁵, la Cour EDH conclut qu'un traitement indifférencié appliqué aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels avait pu constituer une violation des articles 8 et 14 de la Convention. En l'espèce, le requérant considérait que son impossibilité de prétendre à un titre de séjour en qualité de « *membre de la famille* » car il n'était pas époux du ressortissant national qu'il souhaitait rejoindre en Italie constituait une discrimination. La Cour estima que ce traitement n'était pas discriminant car tous les couples, homosexuels et hétérosexuels, étaient soumis à la même règle. Toutefois, s'imposait une différence notable. Les couples homosexuels ne pouvaient se marier. Autrement dit, un ressortissant étranger en couple avec un ressortissant national du même sexe ne pouvait jamais prétendre à l'obtention d'un titre de séjour en qualité de membre de la famille. C'est pourquoi, la Cour considéra qu'en ne prévoyant pas un traitement différent pour ces couples par rapport aux couples hétérosexuels, l'Italie avait violé les articles 8 et 14 de la Convention.

L'impact sur la protection contre les discriminations. Cette affaire démontre parfaitement les limites de la conception française de l'égalité. Pour assurer une protection entière contre les discriminations, en particulier fondées sur l'orientation sexuelle, il serait préférable d'admettre que le principe d'égalité suppose de traiter de manière identique des

³⁶⁹ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *RevDH*, 2016.

³⁷⁰ CC, 16 janvier 1986, *Cumul emploi-retraite*, n°85-200 DC, cons. 12.

³⁷¹ CE, ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049, *Lebon*, confirmé par CE, 20 avril 2005, *Union familles en Europe*, n°266572, *T. Lebon*.

³⁷² DUBOUT E., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, Jurisclasseur, Fasc. 500, Lexis Nexis, 2009.

³⁷³ Cass., soc., 24 mars 1998, n°95-44.738.

³⁷⁴ CJCE, 30 juin 1998, *B. c/ Rentokil Ltd*, C 394/96, §30 ; Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 3469/97, §44.

³⁷⁵ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c/ Italie*, n°51362/09.

situations identiques et de traiter de manière différente des situations différentes. Or, « incapable de faire sa mue et de s'affranchir d'une acception formelle, le principe d'égalité freinerait le développement de la lutte contre les discriminations »³⁷⁶, d'où l'importance pour certains auteurs d'importer en droit constitutionnel français un principe de non-discrimination. Ainsi, F. Lemaire s'interroge : « pourquoi ne pas élever expressément le principe de non-discrimination à la dignité constitutionnelle afin de lui donner l'autorité normative qu'il mérite ? »³⁷⁷ et J. Charruau conclut que « la constitutionnalisation par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'apparenterait à une technique plus adéquate »³⁷⁸. Si ces espoirs sont à l'heure actuelle vains, la non-discrimination imprègne de plus en plus le droit français. En particulier, en s'éloignant de l'influence conceptuelle que les droits européens ont pu avoir sur le droit français, leur influence matérielle sur le droit interne est significative.

II. Les implications matérielles des droits européens sur le droit français de la non-discrimination

Outre les implications conceptuelles des droits européens de la non-discrimination sur le principe d'égalité en droit français, se pose la question de l'ancrage des dispositions et jurisprudences relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit interne. À cette aune, il importe de rappeler dans les grandes lignes le fonctionnement des rapports de systèmes entre droits européens et droit interne (A) afin de saisir l'empreinte tangible que pose le droit européen de la non-discrimination en matière d'orientation sexuelle sur le droit interne, tant du point de vue de l'intégration de ses dispositions normatives que sur la possibilité de les invoquer devant les juges nationaux (B).

A. L'enchevêtrement des systèmes juridiques interne et européens

Si le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'Homme ont tous les deux contribué à la construction de l'arsenal juridique protégeant la diversité des orientations sexuelles, l'un et l'autre ne résonnent pas de la même façon en droit interne. Ces quelques considérations préalables sont essentielles en ce qu'elles démontrent que si le droit européen des droits de l'Homme est régi par les règles classiques du droit international public, le droit de l'Union européenne constitue un ordre juridique intégré et singulier.

³⁷⁶ MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 256.

³⁷⁷ LEMAIRE F., op. cit.

³⁷⁸ CHARRUAU J., *La non-discrimination en droit public français. Un principe en devenir ?*, Bruylant, Bruxelles, 2022 cité par MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 60.

Le droit de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique français. Le droit de l'Union est omniprésent en droit interne et pas seulement à l'égard des droits de l'Homme. Conformément au titre XV de la Constitution et à son article 88-1, le Conseil constitutionnel a en effet affirmé que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »³⁷⁹. C'est pour cette raison que la France participe au développement de cette organisation en lui transférant des compétences et qu'elle doit *ipso facto* respecter la primauté³⁸⁰ du droit de l'Union sur le droit interne³⁸¹, son immédiateté³⁸², son effet direct³⁸³ et l'obligation de transposer les directives. En effet, le droit dérivé de l'Union s'articule autour des règlements, que les États n'ont pas besoin de transposer et qui s'appliquent dès leur publication au journal officiel, et des directives qui laissent plus de marge de manœuvre aux États. Celles-ci fixent un objectif de résultat à atteindre et laissent les États libres des moyens et de la forme pour y parvenir. C'est donc sous ce prisme que s'inscrit la directive 2000/78/CE qui constitue l'instrument central pour lutter contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En outre, si les individus peuvent invoquer les dispositions européennes devant les juges nationaux, seule la CJUE est en principe compétente pour les interpréter au titre de l'article 267 du TFUE. Telles sont les grandes lignes sur l'intégration du droit de l'Union au droit français, nécessaires pour saisir l'empreinte de celui-ci sur le droit interne.

L'ordre juridique français imprégné par le droit européen des droits de l'Homme. *A contrario*, le droit européen des droits de l'Homme obéit aux règles classiques du droit international public. Ainsi, l'article 55 de la Constitution, selon lequel « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* », lui est pleinement applicable. Les juges nationaux, juges de droit commun de la conventionnalité d'un acte réglementaire ou législatif contrôlent ainsi les conditions d'applicabilité des traités dans l'ordre juridique interne. Ils contrôlent aussi, et surtout, l'effet direct de la disposition invoquée. Une norme de droit international est considérée d'effet direct si elle a vocation à

³⁷⁹ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, n°2004-505 DC confirmé par CC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, n°2017-749 DC.

³⁸⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, C-6/64.

³⁸¹ Dans les limites des jurisprudences internes : CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, n°200286, *Lebon* ; CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*, n°287110, *Lebon* et CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°2004-496 DC ; CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, n°2006-540 DC.

³⁸² CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77.

³⁸³ CJCE, 26 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62.

s'appliquer aux particuliers et qu'elle est suffisamment claire et précise pour ne pas nécessiter l'intervention d'un acte supplémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers³⁸⁴. En ce qui concerne l'orientation sexuelle, le Conseil d'État admit dès 1991 que l'article 8 de la Convention était invocable à l'encontre d'un acte administratif³⁸⁵. Il a également admis l'invocabilité de l'article 14 dans un arrêt de 2001³⁸⁶. Plus largement, les arrêts rendus par la Cour EDH elle-même sont obligatoires à l'aune de l'article 46 de la Convention³⁸⁷, mais ils sont également déclaratoires. En effet, en principe, ils se contentent de déclarer l'existence ou non d'une violation « à charge pour l'État d'en tirer les conséquences en droit interne »³⁸⁸. En ce sens, ils n'ont d'effet qu'*inter partes*. Souvent critiquée, l'effectivité des arrêts de la Cour est tout de même confortée par l'existence d'un processus de satisfaction équitable et par le suivi d'exécution des arrêts mis en œuvre par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe³⁸⁹.

En somme, si l'impact n'est pas le même, cet enchevêtrement des systèmes juridiques explique l'empreinte que le droit européen de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle a sur le droit français, dans ses textes et dans ses prétoires.

B. L'empreinte européenne sur le droit interne de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle

À la faveur de ces considérations préalables, le droit interne de la non-discrimination s'est mu sous l'influence des droits européens. Dans ce cadre, la loi française a réceptionné les dispositions issues du droit communautaire (1). Celles-ci, conjointement aux dispositions de la Convention EDH, sont invocables devant les juges nationaux (2).

1. La réception parcimonieuse du droit communautaire par la loi française

Si deux textes majeurs – la Charte des droits fondamentaux et la directive 2000/78/CE – composent le droit communautaire de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle, c'est bien la directive qui, au regard des règles susmentionnées, dut faire l'objet d'une transposition. Celle-ci fut particulièrement laborieuse et passa par deux lois centrales.

³⁸⁴ CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI-FAPIL*, n°322326, *Lebon*.

³⁸⁵ CE, ass., 19 avril 1991, *M. B.*, n° 107470, *Lebon*.

³⁸⁶ CE, ass., 30 novembre 2001, *M. D.*, n°212179, *Lebon*.

³⁸⁷ Premier paragraphe de l'article 46 de la Convention EDH : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

³⁸⁸ GAUTHIER C., SZYMCZAK D. et PLATON S., *Droit européen des droits de l'Homme*, Dalloz-Sirey, p. 396.

³⁸⁹ Second paragraphe de l'article 46 de la Convention EDH : « *L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution* ».

La loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Les États membres disposaient d'un délai de trois ans pour transposer la directive 2000/78/CE à partir de sa date d'entrée en vigueur, le 2 décembre 2000. Pendant ce délai, fut adoptée la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Elle modifia plusieurs textes fondamentaux. Elle inséra tout d'abord de nouveaux articles au sein du Code du travail interdisant les discriminations directes ou indirectes fondées notamment sur l'orientation sexuelle au moment d'une procédure de recrutement, d'un stage, d'une formation, d'un licenciement ou d'une procédure de sanction³⁹⁰. Toujours dans l'objectif de se conformer à la directive européenne, la présente loi modifia l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires en interdisant également les distinctions, directes ou indirectes, entre les fonctionnaires en raison, notamment, de leur orientation sexuelle. Plus largement, ce texte ajouta le motif de l'orientation sexuelle à l'article 225-1 du Code pénal³⁹¹. À ces égards, cette première étape de transposition est cruciale puisqu'elle marque l'admission plus vaste de la non-discrimination en droit français. C'est en ce sens que N. Bajos et S. Hennette-Vauchez affirment qu'« *alors même que l'on rattache habituellement à la loi Pleven du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme la première consécration explicite de la notion de discrimination, il a fallu que près de trente années s'écoulent pour que le droit de la non-discrimination et ses concepts paraissent admis, ancrés, utilisés* »³⁹².

La loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Après la première loi de transposition de 2001, quatre autres textes à valeur législative consolidèrent la transposition de la directive 2000/78/CE³⁹³. Illustration du chemin laborieux de cette transposition dont le délai fut rallongé de trois années, c'est finalement la loi du 27 mai 2008 qui la parachève, huit années après l'entrée en vigueur de la directive au niveau européen. Ce texte est essentiel car il « *étend la notion de discrimination* »³⁹⁴ et lui offre une définition plus

³⁹⁰ Initialement aux articles L. 122-35 et L. 122-45 du Code du travail, l'interdiction des discriminations dans l'emploi figurent désormais aux articles L. 1132-1 à 1132-4 du Code du travail.

³⁹¹ Voir en ce sens : « *La protection par le Code pénal des orientations sexuelles* », p. 40 et s. du présent mémoire.

³⁹² BAJOS N. et HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'essor du droit de la non-discrimination en France : regards croisés entre droit et sciences sociales » in DÉFENSEUR DES DROITS ET MISSION DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Défenseur des droits, 2018, p. 16.

³⁹³ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ; loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ; loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique et loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³⁹⁴ CLUZEL-METAYER L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *op. cit.*

complète que ce que le droit interne ne connaissait jusqu'alors. En effet, l'article premier de la loi définit *expressis verbis* la notion de discrimination directe et celle de discrimination indirecte. Ainsi, « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son orientation sexuelle [...], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » et « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ». On retrouve dans cet article premier les éléments de la structure élémentaire de la discrimination posés par D. Lochak³⁹⁵, à savoir le critère de distinction prohibé et la possibilité de justifier les discriminations indirectes. L'élément lié au domaine de la discrimination figure quant à lui à l'article 2 de la loi. C'est précisément là où la transposition va plus loin que la directive car elle ne se limite pas au domaine de l'emploi mais intègre également le domaine de l'accès aux biens et services ou de la protection sociale. Cependant, cette extension ne valait pas *ab initio* pour le motif de l'orientation sexuelle. Celui-ci restait cantonné au domaine de l'emploi³⁹⁶. Il fallut attendre la loi n°2016-1547 du 19 novembre 2016 pour étendre la loi de 2008 et indiquer, qu'outre l'emploi, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'orientation sexuelle « *est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services* »³⁹⁷. Les discriminations directes demeurent susceptibles de justifications uniquement en cas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. À cet égard, « *on peine à envisager l'orientation sexuelle comme une exigence dictée par la nature ou les conditions d'exercice d'une activité professionnelle* »³⁹⁸. En revanche, les discriminations indirectes sont toujours, de nouveau, susceptibles d'être justifiées dans le cadre d'un strict rapport de proportionnalité.

³⁹⁵ Voir en ce sens : « *L'émergence ambivalente de la non-discrimination en droit interne* », p. 71 et s. du présent mémoire.

³⁹⁶ Voir en ce sens : article 2 de la loi n°2008-496 : « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur [...] l'orientation sexuelle est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* ».

³⁹⁷ Troisième alinéa de l'article 2 de la loi n°2008-496 modifiée par la loi n°2016-1547.

³⁹⁸ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 196.

Finalement, le droit français, sous l'impulsion européenne, dispose dorénavant d'un arsenal juridique protecteur à l'égard des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle tant en matière pénale, sociale qu'en droit du travail et de la fonction publique. L'impact du droit de l'Union se traduit également, à l'image du droit européen des droits de l'Homme, à l'égard de leur invocabilité devant les juges nationaux.

2. L'invocabilité limitée des dispositions européennes devant les prétoires

Afin de rendre effectif le droit de la non-discrimination, sa consécration textuelle ne suffit pas. Il importe en effet que les justiciables, victimes d'une discrimination, puissent la contester devant les juridictions nationales. À cet égard, le droit de l'Union européenne présente des limites certaines, là où le droit conventionnel est plus aisément invocable.

L'invocabilité des dispositions du droit de l'Union. Au regard de la Charte des droits fondamentaux et de la directive 2000/78/CE, trois limites restreignent l'invocabilité du droit de l'Union devant les juridictions internes. Si l'article 21 de la Charte interdit en effet les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, la protection qu'il offre reste « *conditionnée à un rattachement préalable à la sphère du droit communautaire* »³⁹⁹. C'est ce qu'indique le paragraphe premier de l'article 51 de ladite Charte : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent [...] aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Respectueuse de la souveraineté des États membres, cette disposition circonscrit les effets de l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle à la seule mise en œuvre du droit de l'Union. Ainsi, c'est uniquement lorsque les individus « *estiment que la législation de l'UE ou une législation nationale transposant le droit de l'UE ne respecte pas les dispositions de la Charte* »⁴⁰⁰ qu'ils ont la possibilité de former un recours devant les juridictions internes. Dans le cas d'un doute sur la conformité au droit de l'Union de telle ou telle législation, ces dernières devront saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation conformément à l'article 267 du TFUE susmentionné. Outre la nécessité d'un élément d'extranéité aux fins d'application du droit de l'Union, l'invocabilité des dispositions européennes est limitée par la notion d'effet direct. Ainsi, dans son grand arrêt *Perreux* de 2009⁴⁰¹, le Conseil d'État estime que les dispositions de la directive 2000/78/CE, tendant à l'aménagement du régime de la preuve en matière de discrimination, ne sont pas d'effet direct car, si le délai de transposition était bien écoulé, ses dispositions ne sont pas inconditionnelles. En outre, la grande limite de

³⁹⁹ DUBOUT E., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, op. cit.

⁴⁰⁰ CHENEDE F., *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2023.

⁴⁰¹ CE, ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, n°298348, *Lebon*.

cette directive est qu'elle n'intervient que dans le domaine de l'emploi. Si, « *n'ayant pas compétence en matière familiale, l'Union Européenne ne peut pas obliger les États à reconnaître les unions de même sexe* »⁴⁰², il serait tout de même envisageable d'étendre « *la protection contre la discrimination fondée sur ces motifs [orientation sexuelle, convictions religieuses, handicap et âge] à d'autres domaines, tels que l'accès aux biens et aux services* »⁴⁰³. Reste que cette extension a été réalisée par le droit interne. En ce sens, le droit de l'Union est désormais parfaitement invocable par le biais de la loi du 27 mai 2008.

L'invocabilité des dispositions de la Convention EDH. Du côté du droit européen des droits de l'Homme, depuis les arrêts *Société des Cafés Jacques Vabre* et *Nicolo* ainsi que la décision *IVG*⁴⁰⁴, les juges du fond sont les juges de droit commun de la conventionnalité. À cet effet, la Convention EDH est l'un des textes les plus invoqués par les justiciables pour contester la conventionnalité d'un acte administratif⁴⁰⁵ ou législatif. Dans cette perspective, « *un temps réticentes à vérifier le respect* »⁴⁰⁶ de l'article 14 de la Convention EDH, « *les juridictions administratives s'y sont finalement résolues* »⁴⁰⁷. Dans son arrêt d'assemblée *Diop*, le Conseil d'État affirma que « *Considérant qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations précitées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* »⁴⁰⁸. Il est donc envisageable de contester une mesure, contraire à l'article 14 de la Convention et à une autre disposition de la Convention, en matière d'orientation sexuelle. Le principal frein au succès d'une telle démarche réside dans les possibilités extensives, évoquées précédemment, de justification des mesures discriminatoires en droit européen des droits de l'Homme, que celles-ci soient directes ou indirectes.

Ainsi, si l'invocabilité des droits européens de la non-discrimination n'est pas absolue, elle est néanmoins possible. C'est pourquoi, il est certain que les droits européens ont fait évoluer le droit interne en matière de discrimination à raison de l'orientation sexuelle.

⁴⁰² BORRILLO D., *Droit et homosexualités*, op. cit., p. 31.

⁴⁰³ CHENEDE F., op. cit.

⁴⁰⁴ Cass., mixte., 24 mai 1975, *Scté des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556, *Bulletin* ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *Lebon* et CC, 15 janvier 1975, *Loi IVG*, n°74-54 DC.

⁴⁰⁵ CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n°16690, *Lebon*.

⁴⁰⁶ DUBOUT E., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, op. cit.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ CE, ass., 30 novembre 2001, *M. D.*, n°212179, *Lebon*, cons. 5.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

Ce second chapitre du titre premier aura permis de démontrer comment la perméabilité du droit interne aux droits européens a transformé l’immixtion du droit public dans l’orientation sexuelle des individus. S’éloignant du prisme moralisateur et répressif, le droit est devenu, sous l’impulsion européenne, protecteur de la diversité des orientations sexuelles existantes. C’est également cette perméabilité qui a entraîné l’abandon d’une définition de l’orientation sexuelle strictement construite autour de la sexualité des individus. Désormais, « *l’égalité des droits pour les homosexuels* » ne s’arrête plus « *à la reconnaissance de la liberté sexuelle* »⁴⁰⁹. Ces derniers peuvent revendiquer une vie privée et familiale quelles que soient leurs attirances psychiques, romantiques ou sexuelles, et contester les discriminations dont ils font l’objet. Cette posture de l’État désormais clarifiée et ancrée, il importe de resserrer le champ de l’étude afin de comprendre les mécanismes de protection des orientations sexuelles que le droit public interne prévoit, tant en faisant de celles-ci un critère de discrimination parsemant les relations entre l’administration et ses usagers, qu’un critère de persécution à l’égard des ressortissants étrangers.

⁴⁰⁹ LOCHAKD., « Égalité et différences. Réflexion sur l’universalité de la règle de droit », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p.42. ; voir en ce sens : p. 51 du présent mémoire.

Titre 2. La protection de l'orientation sexuelle des individus par le droit public

Le droit public, entendu cette fois-ci au sens des règles régissant les rapports entre l'administration et les individus⁴¹⁰, protège l'orientation sexuelle. Cette dernière devient alors un critère de protection.

D'une part, l'orientation sexuelle s'érige en un critère de discrimination. Le droit public se saisit en effet textuellement, institutionnellement et juridictionnellement des discriminations liées à l'orientation sexuelle. Le critère, qui sert tant la prévention que la répression administrative des discriminations, figure en droit de l'éducation, de la santé, de la fonction publique, du sport ou de l'audiovisuel. Néanmoins, il se confronte aux limites du droit antidiscriminatoire tenant à sa lisibilité, sa cohérence et son effectivité. C'est pour cette raison que le droit public doit se renouveler et investir le champ de la procédure administrative non-contentieuse et celui des autorités publiques administratives (API) et autorités administratives indépendantes (AAI) afin de protéger efficacement les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (Chapitre 1).

D'autre part, l'orientation sexuelle est un critère de persécution qui mobilise spécifiquement le droit des étrangers. À cet égard, tant l'accueil du demandeur d'asile persécuté à raison de son orientation sexuelle que l'interdiction de l'éloignement du ressortissant étranger risquant de telles persécutions sont encadrés. En matière d'accueil, si le ressortissant étranger peut solliciter l'asile ou la protection subsidiaire dès lors qu'il subit des persécutions à raison de son orientation sexuelle, il se confronte à une pluralité d'obstacles qui nuisent à l'effectivité de cette protection. En matière d'éloignement, le constat est similaire. Le principe de non-refoulement, interdisant le renvoi d'un étranger qui risquerait des persécutions, fait face à une diversité de carences à amoindrir (Chapitre 2).

⁴¹⁰ Voir en ce sens : « *La préférence pour deux approches du droit public* », p. 12 du présent mémoire.

CHAPITRE 1

Un droit public engagé contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle

« Les enquêtes sur les actes LGBTIphobes et les discriminations livrent un tableau préoccupant. [...] les atteintes aux droits de ces personnes sont des atteintes aux droits de l'Homme dans leur caractère le plus fondamental, la dignité »⁴¹¹.

Préoccupant. Tel est le mot choisi par la CNCDH pour qualifier le niveau de discriminations et d'actes anti-LGBT+. Dans la seule sphère des relations entre l'administration et les individus, l'orientation sexuelle est certes un critère de discrimination qui se retrouve largement dans les textes et les juridictions mais il se confronte, d'ores-et-déjà dans ce cadre, à d'indéniables obstacles (section 1). Pour les surmonter et préserver la « *dignité* » des personnes LGBT+, le droit public doit se rénover et parcourir des domaines moins traditionnels que la voie textuelle et juridictionnelle. À cette fin, le rôle des autorités indépendantes ainsi que celui de la procédure non-contentieuse méritent d'être consolidés (section 2).

Section 1. Un critère de discrimination imprégnant le droit public traditionnel

L'orientation sexuelle est reconnue comme un critère de discrimination dans une pluralité de champs du droit public (I). Cette consécration se révèle toutefois inadéquate face aux enjeux entourant la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (II).

I. La consécration par le droit public antidiscriminatoire du critère de l'orientation sexuelle

À l'aune des textes qui composent le droit public, force est de constater que celui-ci est parsemé d'interdictions des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (A), lesquelles ne sont pourtant que ponctuellement appréhendées par le juge administratif (B).

A. Des textes parsemés d'interdictions de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Le droit public antidiscriminatoire renvoie tant à la prévention des discriminations (1), à savoir les dispositifs qui interdisent toute distinction fondée sur l'orientation sexuelle, qu'à la répression de ces distinctions lorsqu'elles ont été commises (2).

⁴¹¹ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 20.

1. La prévention administrative des discriminations

De nombreux textes prohibent les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle en droit public. Ces interdictions, qui démontrent un véritable engagement normatif dans la lutte contre les discriminations, protègent les agents publics et les usagers des services publics.

L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle des agents publics. Le droit de la fonction publique répond aux exigences des deux droits européens en interdisant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, tant à l'égard des fonctionnaires qu'à l'égard des agents contractuels. L'article L. 131-1 du Code général de la fonction publique – anciennement article 6 de la loi du 13 juillet 1983 – dispose qu'« *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les agents publics en raison de [...] leur orientation sexuelle [...]* ». Ce critère prohibé s'accompagne classiquement de domaines d'application et d'éventuels motifs de justification. En effet, l'article L. 131-12 dudit code précise qu'aucune mesure concernant le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut se fonder sur l'orientation sexuelle des agents. Outre ce large champ d'application, aucune justification n'est possible à l'égard de ce critère. Les seules justifications envisagées en droit de la fonction publique tiennent à l'âge⁴¹², au sexe⁴¹³ ou au handicap⁴¹⁴. Ainsi, la consécration de cette interdiction de discriminer les agents publics à raison de leur orientation sexuelle s'inscrit dans « *la nécessité pour la fonction publique 'd'être à l'image de la société'*⁴¹⁵ »⁴¹⁶. Toutefois, si une telle interdiction est inscrite explicitement dans les textes depuis la transposition de la directive 2000/78, elle n'était pas inexistante auparavant. Le principe d'égalité, « *élément structurant du droit de la fonction publique* »⁴¹⁷, permettait antérieurement d'interdire les discriminations, tant à travers le principe d'égal accès à la

⁴¹² Article L. 131-5 du Code général de la fonction publique : « *Des conditions d'âge peuvent être fixées pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active, au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite.* ».

⁴¹³ Article L. 131-4 du Code général de la fonction publique : « *Des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions.* ».

⁴¹⁴ Article L. 131-7 du Code général de la fonction publique : « *Des distinctions peuvent être faites entre les agents publics afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions.* ».

⁴¹⁵ Circulaire du 3 avril 2017 relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique, NOR : RDFS1710873C.

⁴¹⁶ NIQUEGE S., « L'approfondissement des droits statutaires depuis la loi *Déontologie* du 20 avril 2016 », *RFDA*, 2018, p. 419.

⁴¹⁷ *Ibid.*

fonction publique⁴¹⁸ qu'à l'aune du principe d'égalité de traitement des « *membres d'un même corps ou cadre d'emploi* »⁴¹⁹. Par exemple, c'est sur le fondement de l'égal accès aux emplois publics que l'arrêt *Barel*, rendu en 1954, affirma qu'il était impossible de se fonder sur les opinions politiques d'un candidat pour l'écarter d'un concours⁴²⁰. Néanmoins, la consécration expresse des critères de discriminations renforce la portée de la protection offerte aux agents publics, à l'image de celle dont bénéficient les usagers des services publics.

L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle des usagers.

Traditionnellement, les usagers des services publics bénéficient eux aussi du principe d'égalité. Celui-ci, reconnu par l'arrêt *Société des concerts du Conservatoire* de 1951⁴²¹, constitue un principe général du droit et suppose une égalité d'accès et une égalité de traitement de ces derniers. Cependant, il ne s'oppose pas à ce que l'administration traite différemment des usagers s'ils sont placés dans des situations différentes ou si des considérations d'intérêt général le justifient⁴²². Selon L. Janicot, « *C'est bien la preuve que les usagers, pris dans leur individualité, sont au cœur de la construction du principe d'égalité devant le service public* »⁴²³. Appliqué à l'orientation sexuelle, le principe d'égalité n'a pourtant pas permis au juge administratif de considérer comme illégal l'arrêté du ministre des Affaires sociales et de la santé du 5 avril 2016 qui prévoyait l'exclusion du don de sang des hommes ayant eu des rapports homosexuels lors des douze derniers mois⁴²⁴. Au niveau européen, cette interdiction⁴²⁵ a été jugée conforme à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁴²⁶ mais contraire à l'article 14 de la Convention EDH⁴²⁷. Le seul principe d'égalité apparaît dès lors insuffisant pour contenir les discriminations subies par les usagers des services publics à raison de leur orientation sexuelle. C'est pour cette raison que leur interdiction a finalement été consacrée de manière sectorielle et explicite. De fait, au sein du service public de la santé, l'article L. 1211-6-1 du Code de la santé publique indique désormais que « *Nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales. Nul ne peut être exclu du don du sang en raison de*

⁴¹⁸ Fondé sur l'article 6 de la DDHC : « [...] tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁴¹⁹ TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Précis, éd. n°9, 2022, p. 217.

⁴²⁰ CE, ass., 28 mai 1954, *Barel*, n°28238, *Lebon*.

⁴²¹ CE, sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, n°92004, *Lebon*.

⁴²² CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 et 88148, *Lebon* ; voir en ce sens p. 72 du présent mémoire.

⁴²³ JANICOT L., « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 723.

⁴²⁴ CE, 28 décembre 2017, n°400580, *T. Lebon*.

⁴²⁵ L'interdiction date à l'origine d'une circulaire du 20 juin 1983 relative à la prévention de l'éventuelle transmission du sida par transfusion sanguine

⁴²⁶ CJUE, 29 avril 2015, *L. c/ ministre de la Santé*, C-528/13.

⁴²⁷ Cour EDH, 8 septembre 2022, *M. D. c/ France*, n°3153/16.

*son orientation sexuelle [...] »*⁴²⁸. Sur ce fondement, un arrêté du 11 janvier 2022 précise les critères de sélection désormais identiques pour tous les donneurs « *quelle que soit leur orientation sexuelle* »⁴²⁹⁴³⁰. Plus largement, l'article L.1110-3 du code précité dispose qu'« *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins.* ». En dehors du service public de la santé, des dispositions interdisant les discriminations envers les usagers concernent notamment les services publics de l'enseignement primaire, secondaire et supérieur⁴³¹, du sport⁴³², de la restauration scolaire⁴³³ ou encore le service public pénitentiaire⁴³⁴. Ainsi, l'interdiction des discriminations parsème le droit public « *mais, bien plus souvent, le discours du législateur ne fixe que des objectifs pour l'action publique* »⁴³⁵. L'exemple topique est celui de l'article L. 123-2 du Code de l'éducation qui indique que le service public de l'enseignement supérieur « *contribue à la lutte contre les discriminations* ». Il pose un objectif mais pas d'interdiction *stricto sensu* des discriminations, notamment de celles fondées sur l'orientation sexuelle.

Quoi qu'il en soit, les relations entre l'administration et ses fonctionnaires et usagers sont imprégnées de la non-discrimination dans son sens préventif. En effet, les discriminations y sont interdites. Outre la prévention, la dimension répressive existe également en droit public puisque celui-ci peut sanctionner la réalisation de discriminations liées à l'orientation sexuelle.

⁴²⁸ La première évolution de ce texte est issue de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé dont l'article 40 disposait à l'article L.1211-6-1 du Code de la santé publique : « *nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle* ». L'article fut complété avec l'ajout d'un premier alinéa « *nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales* » avec la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

⁴²⁹ CNCDDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 219.

⁴³⁰ Arrêté du 11 janvier 2022 modifiant l'arrêté du 17 décembre 2019 *fixant les critères de sélection des donneurs de sang*, NOR : SSAP22011861.

⁴³¹ Article L.111-1 du Code de l'éducation : « *L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation [...] veille à la scolarisation inclusive de tous les enfants, sans aucune distinction* » et article L. 123-2 : « *Le service public de l'enseignement supérieur contribue [...] à la lutte contre les discriminations* »

⁴³² Article L.100-1 du Code du sport : « *La loi favorise un égal accès aux activités physiques et sportives, sans discrimination fondée sur [...] l'orientation sexuelle [...]* »

⁴³³ Article L.131-13 du Code de l'éducation : « *L'inscription à la cantine des écoles primaires, lorsque ce service existe, est un droit pour tous les enfants scolarisés. Il ne peut être établi aucune discrimination selon leur situation ou celle de leur famille* ».

⁴³⁴ Article R.123-1 du Code pénitentiaire : « *Les personnes physiques et les agents des personnes morales concourant au service public pénitentiaire ont, à l'égard des personnes placées sous main de justice auprès desquelles ils interviennent, un comportement appliquant les principes de respect absolu, de non-discrimination [...]* ».

⁴³⁵ FERCOT C. et PICHARD M., « *La lutte contre les discriminations dans le discours législatif* », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016, p. 136.

2. La répression administrative des discriminations

« Sauf à vouloir demeurer purement incantatoire, la lutte contre les discriminations suppose des sanctions »⁴³⁶. Poser l'interdiction des discriminations dans les textes est en effet nécessaire mais insuffisant. C'est pourquoi, le droit public prévoit des sanctions administratives. Ces dernières sont des mesures de répression non pénales⁴³⁷ qui connaissent une « extension considérable »⁴³⁸. Le Conseil constitutionnel admet leur constitutionnalité dès lors que la sanction infligée est exclusive de toute privation de liberté et qu'elle est entourée des mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis⁴³⁹. Si « de nombreuses autorités indépendantes se sont vues conférer le pouvoir de prendre des sanctions très lourdes »⁴⁴⁰, les autorités administratives en disposent également, tant à l'égard des agents publics et des professionnels de santé que des associations et groupements.

La sanction des agents publics et professionnels de santé. D'un point de vue strictement disciplinaire, l'article L. 530-1 du Code général de la fonction publique dispose que « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale. Les dispositions de cet article sont applicables aux agents contractuels ». Plus spécifiquement, l'article L. 131-12 dudit code précise, à l'égard des discriminations, qu'« est passible d'une sanction disciplinaire tout agent public ayant procédé ou enjoint de procéder aux agissements définis ci-dessus ». Dès lors, si une personne – usager ou agent – subit une discrimination à raison de son orientation sexuelle de la part d'un agent public, son autorité hiérarchique est en mesure d'engager une procédure disciplinaire dans un délai de trois ans⁴⁴². Au-delà de la possibilité pour l'autorité hiérarchique de suspendre provisoirement l'agent concerné⁴⁴³, le droit disciplinaire prévoit une large palette de sanctions.

⁴³⁶ DUMORTIER T., « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *op. cit.*, p. 349.

⁴³⁷ Voir pour la répression pénale p. 36 et s. du présent mémoire.

⁴³⁸ BRUNET F., « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n°1, p. 113.

⁴³⁹ Conseil const., 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n°89-2660 DC, cons. 6.

⁴⁴⁰ BRUNET F., *op. cit.*

⁴⁴¹ Voir en ce sens : « L'investissement des autorités indépendantes contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », p. 109 et s. du présent mémoire.

⁴⁴² Article L. 532-2 du Code général de la fonction publique : « Aucune procédure disciplinaire ne peut être engagée au-delà d'un délai de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction. ».

⁴⁴³ Voir en ce sens les articles L.531-1 à L. 531-5 du Code général de la fonction publique pour les fonctionnaires, l'article 43 décret n°86-83 du 17 janvier 1986 et l'article 39-1 du décret n°91-155 du 6 février 1991 pour les agents

Celles-ci peuvent aller, au titre de l'article L. 533-1 du Code général de la fonction publique, de l'avertissement à la révocation en passant par l'exclusion temporaire des fonctions et la radiation du tableau d'avancement. La sanction disciplinaire constitue donc une première voie dont l'administration peut disposer pour réprimer les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Toutefois, le Code général de la fonction publique ne constitue que la *lex generalis*, à charge pour les législations sectorielles de prévoir des sanctions plus précises ou différentes. C'est ce qu'envisage le Code de l'éducation qui prévoit l'exclusion de l'établissement ou l'interdiction d'exercer des fonctions d'enseignement⁴⁴⁴. Le milieu médical prévoit également des sanctions spécifiques aux professionnels de santé. En effet, l'article L. 162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale dispose que « *Peuvent faire l'objet d'une sanction, [...] les professionnels de santé qui : 1° Pratiquent une discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, définie à l'article L. 1110-3 du code de la santé publique [...]* ». Ils peuvent notamment faire l'objet d'une pénalité financière forfaitaire. En définitive, le champ des sanctions administratives est plutôt étendu du côté des professionnels qui pratiquent des discriminations à raison de l'orientation sexuelle. Il l'est également du côté des associations.

La sanction des associations et groupements de fait. Indépendamment du pouvoir de sanction détenu par les autorités indépendantes⁴⁴⁵, deux exemples démontrent que l'administration peut sanctionner des discriminations commises par d'autres personnes que ses agents. Ainsi, l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure dispose que « *Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait : [...] qui, soit provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison [...] de leur orientation sexuelle, [...] soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence* ». Cette disposition précise donc expressément qu'une association, quel que soit son objet statutaire, doit être dissoute si elle se rend auteure de discriminations à raison de l'orientation sexuelle. Le Code du sport prévoit de son côté une sanction administrative similaire concernant les associations sportives. Son article L. 332-18 indique en effet que « *Peut être dissous ou suspendu d'activité pendant douze mois au plus par*

contractuels de la fonction publique d'État et de la fonction publique hospitalière. Il n'y a pas de mesure semblable pour les agents contractuels de la fonction publique territoriale dans le décret n°88-145 du 15 février 1988 mais le juge administratif estime que la suspension est possible même sans texte (CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire et a.*, n°41038).

⁴⁴⁴ Voir en ce sens : articles L. 952-8 et L. 952-9 du Code de l'éducation.

⁴⁴⁵ Voir en ce sens : « *L'investissement des autorités indépendantes contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* », p. 109 et s. du présent mémoire.

décret, [...] toute association ou groupement de fait ayant pour objet le soutien à une association sportive mentionnée à l'article L. 122-1, dont des membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes répétés ou un acte d'une particulière gravité et qui sont constitutifs [...] d'incitation à la haine ou à la discrimination contre des personnes à raison de [...] de leur orientation sexuelle [...] ». Sur ce fondement, plusieurs associations, en particulier dans le domaine footballistique, ont été dissoutes par décret après avoir incité à la haine ou à la discrimination envers les personnes LGB⁴⁴⁶.

Ces diverses dispositions témoignent de la prégnance du droit public dans l'interdiction et la sanction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Néanmoins, si les textes sont nombreux en la matière, le juge administratif demeure rarement saisi.

B. Un juge rarement saisi de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Au 1^{er} mai 2023, l'occurrence « *orientation sexuelle* » entraînait 108 résultats dans la base de données *ArianeWeb* du Conseil d'État. Si ce chiffre est relativement faible, il est cependant en nette progression depuis les années 2010 après l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008 précitée et le rendu de l'arrêt *Perreux* qui aménage la charge de la preuve en matière de discriminations. En effet, sur les 108 occurrences, 94 ressortent d'arrêts postérieurs au 1^{er} juin 2008. Parmi ces décisions, le constat est décevant. Bien souvent, hormis la spécificité du droit d'asile, le critère de l'orientation sexuelle est inexploité. C'est seulement de manière sporadique qu'il est invoqué par les requérants et examiné par le juge administratif.

L'inexploitation du critère de l'orientation sexuelle. La plupart du temps, lorsque le critère de l'orientation sexuelle apparaît dans la jurisprudence, il est seulement cité dans une disposition normative plus englobante. À ce titre, il figure souvent dans les arrêts qui traitent de l'interdiction du traitement des données à caractère personnel. Ces derniers citent généralement l'intégralité des données dites « *sensibles* » à l'instar des données relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux opinions politiques, aux convictions religieuses ou philosophiques, à l'appartenance syndicale, à la santé, à la vie sexuelle ou encore à l'orientation sexuelle. En outre, le critère de l'orientation sexuelle apparaît également lorsque l'ensemble des motifs de discriminations prohibés par loi du 27 mai 2008, par le Code général de la fonction publique ou par le Code du travail, est listé. Dans ce contentieux discriminatoire, « *on constate*

⁴⁴⁶ Exemples : décret du 28 avril 2010 portant dissolution d'une association NOR : IOCA1011271D ; décret du 17 avril 2008 portant dissolution d'un groupement de fait NOR : IOCD0809769D ; décret n°2022-1543 du 8 décembre 2022 portant dissolution d'un groupement de fait NOR : IOMD2232597D.

que certains critères ne font presque jamais l'objet de contentieux devant le juge administratif : [...] les discriminations liées à l'origine, aux convictions, à l'appartenance à une religion, à l'identité sexuelle, à l'orientation sexuelle, à la situation de famille, à l'apparence physique sont peu ou pas du tout portées à la connaissance du juge »⁴⁴⁷. Le critère de l'orientation sexuelle est cité mais il demeure inutilisé.

L'exploitation sporadique du critère de l'orientation sexuelle. En pratique, il arrive que le critère de l'orientation sexuelle soit exploité notamment dans le contentieux des sanctions administratives et celui des discriminations. Dans ce dernier cas, tant la voie du recours de plein contentieux que celle du recours pour excès de pouvoir sont empruntées. Depuis l'arrêt *Perreux*, « le plein contentieux s'est développé »⁴⁴⁸ sur le registre de l'illégalité fautive et celui du comportement fautif. En matière d'excès de pouvoir, le juge a élargi son office en estimant que devant une discrimination à l'égard d'un fonctionnaire, il ne pouvait y avoir de qualification de mesure d'ordre intérieur⁴⁴⁹. D'ailleurs, « la plupart des arrêts rendus par le Conseil d'État en matière de discrimination concernent la fonction publique. Les discriminations vécues par les usagers dans l'accès aux services publics sont rarement évoquées »⁴⁵⁰. De fait, l'expansion du contentieux de la fonction publique est intéressante. En effet, le considérant phare de l'arrêt *Perreux* aménage la charge de la preuve en matière discriminatoire en indiquant que : « [...] s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe [de non-discrimination], il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ». L'intérêt de cet arrêt, qui consiste à « alléger » la charge de la preuve du requérant »⁴⁵¹, a pu être appliqué aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Dans un arrêt du 11 juin 2014, le Conseil d'État a annulé un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en ce qu'il rejetait la requête d'un fonctionnaire territorial qui sollicitait l'annulation d'une décision de mutation et la condamnation de la commune de Marseille pour

⁴⁴⁷ MERCAT-BRUNS M. et PERELMAN J., (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en oeuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport de recherche, Mission droit et justice, Science po, 2016, p. 47.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁴⁹ CE, 15 avril 2015, *Mme B.A.*, n°373893, *Lebon*.

⁴⁵⁰ DUMORTIER T., « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *op. cit.*, p. 349.

⁴⁵¹ *Ibid.*

discrimination à raison de son orientation sexuelle⁴⁵². En l'espèce, le requérant avait subi à plusieurs reprises « *des propos injurieux de la part d'une de ses collègues de travail liés à son orientation sexuelle* »⁴⁵³ et la décision de mutation prise par la commune constituait finalement « *l'exutoire d'une situation caractérisée par des mesures discriminatoires dont l'intéressé a été victime* »⁴⁵⁴. Hormis le contentieux de la fonction publique, le critère de l'orientation sexuelle figure dans les recours aux fins d'annulation de sanctions administratives à l'image des dissolutions d'associations ou des sanctions prononcées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) devenu Arcom. Ainsi, dans une décision récente du 8 février 2023, le Conseil d'État confirmait la légalité du décret du 5 janvier 2022 portant dissolution de l'association allonnaise pour le Juste Milieu et de l'association Al Qalam notamment au regard « *des propos violents à caractère antisémite et homophobe [...] tenus à plusieurs reprises par une personne qui exerçait des fonctions d'enseignant au sein de l'école abritée par la mosquée* »⁴⁵⁵.

En dépit de ces quelques exemples, émerge un paradoxe. Les textes qui prohibent les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit public sont nombreux. Ces discriminations sont en constante augmentation selon les chiffres du ministère de l'Intérieur⁴⁵⁶ ou ceux des associations telles que SOS Homophobie⁴⁵⁷. Pourtant, d'une part, les juridictions administratives sont peu saisies de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et de l'autre, elles « *admettent très rarement la discrimination* »⁴⁵⁸. Cette situation paradoxale s'explique au regard de l'inadéquation du droit public à l'enjeu de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

II. L'inadéquation du droit public aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Les aspects classiquement étudiés du droit public – les textes et leur application prétorienne – apparaissent inadaptés aux enjeux de la lutte contre les discriminations. En effet, les

⁴⁵² CE, 11 juin 2014, n°369994, *Inédit*.

⁴⁵³ *Ibid*, cons. 4.

⁴⁵⁴ *Ibid*, cons. 3.

⁴⁵⁵ CE, 8 février 2023, n°462120, *Inédit*, cons. 5.

⁴⁵⁶ Exemple : le service statistique ministériel de la sécurité intérieure (SSMI) a enregistré une hausse des infractions commises du fait de l'orientation sexuelle ou supposée ou de l'identité de genre de 33% entre 2017 et 2018 puis de 36% entre 2018 et 2019 (SSMSI, Interstats, Info Rapide, n°11, mai 2019 et SSMSI, Interstats, Info rapide, n°14, mai 2020).

⁴⁵⁷ Exemple : « *en 2022, SOS homophobie a reçu 1 506 témoignages via ses dispositifs d'écoute et de soutien aux victimes de LGBTIphobies [...] soit une hausse de 5% par rapport à 2021* », SOS Homophobie, *Rapport sur les LGBTIphobies*, 2023, p.26.

⁴⁵⁸ DUMORTIER T., *op. cit.*

défaillances de ce droit public de la non-discrimination sont nombreuses (A) et certaines perspectives d'amélioration doivent *ipso facto* être envisagées (B).

A. Les défaillances du droit public de la non-discrimination

Deux séries d'obstacles nuisent à l'effectivité du droit public de la non-discrimination en général et subséquemment à la lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle. Les uns tiennent à sa lisibilité (1), les autres au fonctionnement de son contentieux (2).

1. Les obstacles tenant à la lisibilité du droit de la non-discrimination

Selon S. Slama, « *la disparité des régimes de lutte contre les discriminations [est] un frein à leur efficacité* »⁴⁵⁹. Cet éparpillement normatif est en effet à l'origine de nombreux obstacles : inintelligibilité du droit de la non-discrimination, incohérence entre les textes et incapacité à envisager des mécanismes plus complexes.

L'inintelligibilité. Le constat est unanime : « *L'éparpillement des textes de référence, voire parfois le défaut de cohérence entre eux, ne facilite pas la compréhension du droit des discriminations, notamment à l'égard des minorités sexuelles et de genre* »⁴⁶⁰. Cet éparpillement est double. D'une part, les dispositions antidiscriminatoires foisonnent dans des textes variés qui changent fréquemment. D'autre part, ils sanctionnent une quantité de motifs de distinction prohibés importante voire exponentielle. Par conséquent, l'ensemble législatif est marqué « *par une très forte instabilité* »⁴⁶¹. Hormis les dispositions issues du Code pénal et du Code du travail, le droit public de la non-discrimination est appréhendé par la loi du 27 mai 2008, le Code général de la fonction publique, le Code de la santé publique, le Code du sport, le Code de l'éducation ou encore le Code pénitentiaire et celui de la sécurité intérieure. Sans interdiction générale, il est nécessaire de puiser dans chaque terreau normatif pour trouver l'interdiction des discriminations qui correspond à telle ou telle situation. Ainsi, « *la juxtaposition de listes de motifs non superposables génèrent une multiplicité de discours limitant la lisibilité du – des, devrait-on dire – dispositif(s) anti-discriminatoire* »⁴⁶². C'est d'autant plus vrai que les différents textes ne se recoupent pas nécessairement.

⁴⁵⁹ SLAMA S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *RevDH*, 2016.

⁴⁶⁰ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁶¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 682.

⁴⁶² GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 21.

L'incohérence. Au gré de l'inflation législative qui a construit le droit de la non-discrimination, les interdictions n'ont pas toujours été formulées de la même manière. À ce titre, la loi du 27 mai 2008 prohibe vingt-et-un motifs de distinction parmi lesquels figure l'orientation sexuelle. La loi du 13 juillet 1983 reprise à l'article L. 131-1 du Code général de la fonction publique prohibe douze motifs de distinction parmi lesquels figure l'orientation sexuelle. L'article L. 1110-3 du Code de la santé publique prohibe les discriminations sans énoncer de motifs. L'article L. 111-1 du Code de l'éducation prohibe les distinctions entre enfants sans énoncer de motifs. L'article L. 131-13 du même code prohibe deux motifs de distinction à l'égard du service public de la restauration scolaire. Enfin l'article L. 100-1 du Code du sport prohibe onze motifs de distinction parmi lesquels figure l'orientation sexuelle. Outre cette dispersion des motifs et des textes, c'est seulement en les regroupant qu'il est possible de saisir l'ampleur des domaines dans lesquels ces distinctions sont prohibées. De manière synthétique, « *ces domaines sont, en schématisant, l'emploi [...] la fourniture de biens et services, le refus du bénéfice d'un droit par une personne dépositaire de l'autorité publique, l'entrave à une activité économique, la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation* ». En tout état de cause, si la protection contre les discriminations est étendue, elle est hétérogène, confuse et complexe. Précisément, à l'égard du sujet étudié, « *ne pas donner à la sanction des discriminations à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre une portée générale fragilise les raisons pour lesquelles on punit lorsque la loi le permet* »⁴⁶³.

L'insuffisance. Outre l'importance d'une sanction générale des discriminations à raison de l'orientation sexuelle, cette absence d'appréhension globale laisse de côté des mécanismes discriminatoires complexes. En effet, le droit français de la non-discrimination est construit à l'image de ce qu'avait envisagé D. Lochak : un critère de distinction prohibé, un domaine d'application et des motifs de justification éventuels⁴⁶⁴. Pour interdire une discrimination, le droit français s'est enfermé dans cette approche catégorielle qui l'oblige à ajouter toujours plus de motifs et de domaines en dépit « *du caractère infini et donc inaccessible de la tâche d'énumération* »⁴⁶⁵. Le problème majeur de cette approche est qu'elle ne permet pas d'envisager tous les phénomènes d'exclusion et qu'elle laisse de côté des processus de discriminations plus complexes et globaux, lorsque les personnes discriminées « *le sont en*

⁴⁶³ *Ibid*, p. 37.

⁴⁶⁴ Voir en ce sens : « *L'émergence ambivalente de la non-discrimination en droit interne* », p. 71 et s. du présent mémoire.

⁴⁶⁵ GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 23.

raison d'une conjonction de caractéristiques »⁴⁶⁶. Ce que l'on appelle pour traduire ce phénomène la « *discrimination intersectionnelle* » ne connaît pas d'existence en droit français. De fait, « *s'ensuit une forme de course contre la montre du législateur qui, mu par une véritable volonté de lutter contre les discriminations, doit chercher à répondre, mais a posteriori, après sa mise en évidence par des victimes, des associations ou des institutions [...] à un sujet nouveau de discrimination en ajoutant à la liste fermée un autre critère* »⁴⁶⁷.

En dehors de ces obstacles tenant à l'inintelligibilité, à l'incohérence et à l'insuffisance du droit public de la non-discrimination, son effectivité est également freinée par les obstacles tenant au fonctionnement de son contentieux.

2. Les obstacles tenant au fonctionnement du contentieux de la non-discrimination

L'illisibilité susmentionnée constitue un premier obstacle devant le juge administratif. En effet, les victimes ne doivent pas engager leur action sur un fondement erroné. Toutefois, la faible sanction des discriminations par le juge s'explique pour pléthore d'autres raisons, certaines tenant au motif de l'orientation sexuelle lui-même, d'autres au fonctionnement du contentieux de la non-discrimination et à celui du contentieux administratif.

L'obstacle lié à l'orientation sexuelle elle-même. « *Faire valoir ses droits contre une discrimination homophobe revient à exposer sa propre personne à une visibilité qui peut être difficile à vivre* »⁴⁶⁸. Tel est bien le premier obstacle à surmonter en matière de contentieux de la non-discrimination. Le critère de l'orientation sexuelle est un critère de discrimination relevant de l'intimité. Aussi, à l'image du contentieux de l'asile⁴⁶⁹, la révélation par le justiciable d'un élément aussi intime que celui-ci constitue une phase délicate à dépasser qui le place dans une situation indéniable de vulnérabilité. De fait, le requérant peut finalement renoncer à son recours contentieux et donc à la sanction de la discrimination dont il est victime. En effet, une personne, notamment un agent public ou un usager de l'administration « *n'a aucune raison de dévoiler son orientation sexuelle* »⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ *Ibid*, p. 24.

⁴⁶⁷ *Ibid*, p. 23.

⁴⁶⁸ MERCAT-BRUNS M., « Sur l'efficacité de la sanction : contentieux dans l'entreprise sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, p. 254.

⁴⁶⁹ Voir en ce sens : « *L'accueil de l'étranger persécuté à raison son orientation sexuelle* », p. 119 et s. du présent mémoire.

⁴⁷⁰ MERCAT-BRUNS M., *op. cit.*, p. 252.

Les obstacles liés au contentieux de la non-discrimination. Si le justiciable parvient à dépasser ce premier obstacle, le chemin vers la sanction de la discrimination demeure sinueux. À cette aune, le rôle du juge et celui du justiciable sont complexes. Le premier doit comparer deux situations, appréhender l'existence d'une différence de traitement, jauger si celle-ci est fondée sur un motif prohibé et dans un domaine qui ne la tolère pas, apprécier d'éventuelles justifications voire user de ses pouvoirs d'instruction. En face, pour le requérant, « *le défi principal du droit des discriminations réside dans la preuve* »⁴⁷¹. À cet égard, l'arrêt *Perreux*, censé alléger la charge de la preuve, « *recouvre en réalité une portée plus modeste que ce qui transparaît parfois dans des commentaires enthousiastes de la jurisprudence administrative* »⁴⁷². D'une part, selon T. Dumortier, l'aménagement de la charge de la preuve n'a pas la même portée en droit administratif qu'en droit privé au regard du caractère inquisitorial du contentieux administratif. En effet, « *établir une discrimination ou établir une présomption de discrimination, c'est dans tous les cas évoquer des éléments susceptibles, [...], d'être qualifiés de discrimination* »⁴⁷³. Avec aménagement de la charge de la preuve ou sans, « *la discrimination est finalement reconnue lorsque les justifications de l'administration ne parviennent pas à convaincre le juge* »⁴⁷⁴. D'autre part, toujours selon T. Dumortier, l'administration peut invoquer une diversité de raisons pour fonder sa décision. De fait, le considérant de l'arrêt *Perreux*, invitant l'administration à produire les éléments démontrant que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, pouvait se lire de deux façons : soit il invitait l'administration à démontrer que le motif discriminatoire n'avait eu aucune incidence sur la décision, soit il l'invitait à démontrer que la décision était fondée sur un autre motif tel que l'intérêt du service. Hélas, « *les juges ont manifestement choisi la seconde option alors que le considérant Perreux pouvait ouvrir la voie à une exigence accrue à l'égard de l'administration* »⁴⁷⁵.

Les obstacles liés au contentieux administratif. Outre le contentieux de la non-discrimination, la singularité du contentieux administratif nuit à la sanction des discriminations liées à l'orientation sexuelle pour trois raisons principales. En premier lieu, alors même que le contentieux administratif repose sur une procédure inquisitoire et que l'arrêt *Perreux* encourage

⁴⁷¹ GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁷² DUMORTIER T., *op. cit.*

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

le juge à faire usage de ses pouvoirs d’instruction, ceux-ci sont « *rarement mobilisés* »⁴⁷⁶. Ce constat est préjudiciable au requérant qui se confronte d’ores-et-déjà à une difficulté probatoire importante. *A contrario*, le juge aurait tout intérêt à demander des informations et pièces à l’administration, à solliciter le Défenseur des droits ou encore à auditionner des témoins afin d’étayer son raisonnement et de fonder sa décision le plus finement possible. Cette inutilisation des pouvoirs d’instruction renvoie à un deuxième élément, celui de « *l’habitus du juge* »⁴⁷⁷. En effet, le juge administratif demeure dans des « *modes de raisonnement trop souvent inchangés* »⁴⁷⁸ et desquels il a des difficultés à s’émanciper. C’est notamment le cas de la lecture du principe de non-discrimination au travers du seul prisme de l’égalité⁴⁷⁹. Enfin, le contentieux administratif, s’il évolue indubitablement, se confronte encore à la notion d’effet-utile. En matière discriminatoire, celle-ci est essentielle. Le juge peut annuler une sanction disciplinaire fondée sur un motif discriminatoire mais comment peut-il faire cesser la discrimination au sein du service ? Si la palette d’outils du juge administratif s’est étoffée, des annulations platoniques persistent. Ainsi, dans un arrêt de 2015 et après le rejet d’un référé-suspension, le Conseil d’État annulait une décision d’irrecevabilité d’une candidature à un concours en raison d’une discrimination, deux ans après le déroulé dudit concours⁴⁸⁰. Il est clair que « *de manière concrète, l’annulation a parfois une portée très relative pour les requérants* ».⁴⁸¹

En définitive, le droit public de la non-discrimination consacre un grand nombre d’interdictions des discriminations à raison de l’orientation sexuelle. Cependant, il se confronte à l’ensemble de ces obstacles – textuels et contentieux – qui entravent son effectivité. Pour cette raison, des perspectives d’amélioration peuvent être envisagées.

B. Les perspectives d’amélioration du droit public de la non-discrimination

Des pistes peuvent conduire à une amélioration de l’appréhension des discriminations par le droit public. Poursuivant la dichotomie entre les textes et le contentieux, les premiers doivent renforcer leur cohérence (1) tandis que le second doit accroître son effectivité (2).

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., *op. cit.*, p. 79.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ Voir en ce sens : « *L’émergence ambivalente de la non-discrimination en droit interne* », p. 71 et s. du présent mémoire.

⁴⁸⁰ CE, 26 janvier 2015, n°373746, *T. Lebon*.

⁴⁸¹ MERCAT-BRUNS M. et PERELMAN J., (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, *op. cit.*, p. 56.

1. Une cohérence textuelle à renforcer

Afin de remédier à l'inintelligibilité, l'incohérence et l'insuffisance du droit public de la non-discrimination, des perspectives d'amélioration sont envisageables tant d'un point de vue du support normatif de ce droit que de son contenu.

Les solutions relatives au support du droit public antidiscriminatoire. Le droit public antidiscriminatoire, éparpillé au sein d'une multiplicité de textes, perd en clarté et subséquemment en effectivité. Synthétiquement, trois pistes d'amélioration pourraient être explorées. D'une part, au sein du droit public, il serait concevable d'avoir une disposition générale d'interdiction des discriminations. Aussi, plutôt que de devoir examiner successivement le Code de l'éducation, du sport, de la santé publique, de la sécurité intérieure, la loi du 27 mai 2008 ou encore le Code pénitentiaire, l'interdiction des discriminations pourrait figurer au sein du Code des relations entre le public et l'administration. En effet, au titre de son article L. 100-1, celui-ci a vocation à régir « *les relations entre le public et l'administration en l'absence de dispositions spéciales applicables* ». Une sixième section « *Interdiction des discriminations* » pourrait être ajoutée au chapitre IV « *Diligences de l'administration* » du premier titre du premier livre dudit Code. Dans un objectif de cohérence, la formulation de l'interdiction pourrait être calquée sur celle du Code général de la fonction publique. Ainsi, le droit public aurait deux interdictions législatives similaires, l'une pour les usagers, l'autre pour les agents publics. En outre, il serait possible de concevoir un Code de la non-discrimination qui regrouperait les dispositifs du Code du travail, du Code pénal et ceux du droit public dans un seul support normatif. Cette solution fut notamment envisagée par J. Charruau qui estime dans sa thèse que « *le Code de la non-discrimination répondrait [...] à un intérêt pédagogique en facilitant, par sa rationalisation, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit de la non-discrimination.* »⁴⁸². Enfin, la dernière perspective consiste à élever le principe de non-discrimination au niveau constitutionnel car rares sont « *les dispositions antidiscriminatoires à avoir bénéficié en France des considérations du pouvoir constituant* »⁴⁸³. Cette consécration pourrait passer par la reformulation de l'article premier de la Constitution. Disposant actuellement que « *La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* », il pourrait devenir : « *La France [...] assure l'égalité devant la loi et la non-discrimination de tous les citoyens sans distinction fondée notamment sur leur appartenance collective, vraie ou supposée, leur engagement personnel,*

⁴⁸² CHARRUAU J., *La non-discrimination en droit public français. Un principe en devenir ?*, op. cit., p. 311.

⁴⁸³ MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 59.

leur état civil, leur sexe ou leur situation physique et psychique. Elle promeut des mécanismes d'actions positives pour lutter contre les discriminations »⁴⁸⁴. Le principe de non-discrimination pourrait également être consacré par le juge constitutionnel. C'est la voie privilégiée par J. Charruau qui estime que « la constitutionnalisation par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'apparenterait à une technique plus adéquate »⁴⁸⁵.

Les solutions relatives au contenu de la non-discrimination. Outre les perspectives d'amélioration tenant au support normatif du principe de non-discrimination, l'incohérence du droit public dans ce domaine réside également dans son contenu. En effet, les textes ne sont pas formulés de la même façon à l'égard des motifs, des domaines et des hypothèses de justification des discriminations. Trois voies sont alors à explorer. D'une part, et à l'image de la proposition de rédaction de l'article premier de la Constitution susmentionnée, il serait opportun de synthétiser et d'unifier les critères de discrimination prohibés. Les cinq motifs précités découlent d'une suggestion de R. Médard-Inghilterra. Il propose l'ordonnement des critères de discriminations « autour de cinq items : « l'appartenance collective, vraie ou supposée (origine, ethnie, nation, race), l'engagement personnel (convictions, mœurs, religions, opinions politiques ou philosophiques, activités syndicales ou mutualistes), l'état civil (patronyme, âge, lieu de résidence, situation de famille), le sexe (sexe, orientation ou identité sexuelle, grossesse, maternité) et, enfin, la situation physique ou psychique (handicap, perte d'autonomie, état de santé, caractéristiques génétiques et apparence physique) »⁴⁸⁶. L'intérêt de cette uniformisation, d'autant plus si elle se réalise au niveau constitutionnel, est d'interdire dans tous les domaines l'ensemble de ces motifs de distinction. Ils sont opportunément larges et permettent de recouvrir un champ important de discriminations, parmi lesquelles celles fondées sur l'orientation sexuelle. De plus, pour remédier au cloisonnement du raisonnement français autour d'une liste fermée de motifs de discriminations, la consécration de listes ouvertes de motifs de discriminations serait opportune. À l'image de ce que font les instruments supranationaux, la liste ouverte permet en effet « aux interprètes authentiques d'adapter cette liste aux réalités sociales, autrement dit de la faire vivre »⁴⁸⁷. Que cette liste soit dans un Code

⁴⁸⁴ Les cinq critères de discrimination retenus dans cette proposition sont fondés sur les travaux de rationalisation réalisés par R. Médard-Inghilterra (voir paragraphe suivant : les solutions relatives au contenu de la non-discrimination).

⁴⁸⁵ CHARRUAU J., *La non-discrimination en droit public français. Un principe en devenir ?*, op. cit., p. 60 et cité en p. 75 du présent mémoire.

⁴⁸⁶ MEDARD INGHILTERRA R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016, p. 177.

⁴⁸⁷ MERCAT-BRUNS M. et PERELMAN J., (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, op. cit., p. 24.

de la non-discrimination, dans le Code des relations entre le public et l'administration ou dans la Constitution, elle serait symbolisée par l'usage de l'adverbe « *notamment* », préconisé dans la reformulation de l'article premier de la Constitution. Enfin, dans le cheminement de la consécration d'une liste ouverte, le droit français aurait tout intérêt à admettre l'existence de discriminations intersectionnelles. D'une certaine façon, le choix d'une liste ouverte est un premier pas vers cette reconnaissance puisqu'il permet au juge de faire vivre les motifs de discriminations et éventuellement de les additionner.

Telles sont les perspectives d'amélioration textuelle du droit public de la non-discrimination. L'effectivité de ce dernier nécessite également une rénovation du fonctionnement contentieux.

2. Une effectivité contentieuse à accroître

Si peu de discriminations liées à l'orientation sexuelle sont sanctionnées par le juge administratif, cela tient principalement à la difficulté probatoire et à l'absence d'effectivité de la décision juridictionnelle. Chacun de ces obstacles peut évoluer au gré de solutions concrètes.

Les solutions au cours de l'instance. Au cours de l'instance, entendue comme le déroulement du contentieux administratif à partir de l'introduction de la requête jusqu'au rendu du jugement, le principal frein à l'effectivité du contentieux de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle est d'ordre probatoire. Pour le surmonter, trois éléments peuvent être envisager. En premier lieu, il serait concevable de renverser la charge de la preuve à la faveur du requérant. Celui-ci se contenterait d'apporter les faits. Il reviendrait au défendeur de produire l'intégralité des éléments démontrant qu'aucune discrimination n'a été commise. Pour faciliter ce renversement, il serait nécessaire que le juge administratif use de ses pouvoirs d'instruction. En effet, au regard du caractère inquisitoire de la procédure, le juge dispose de moyens d'investigation considérables. Au titre des articles R. 621-1 à R. 626-3 du Code de justice administrative, la juridiction peut ordonner une expertise, confier des missions de médiation, décider de visiter des lieux pour y faire des constatations et vérifications ou entendre certaines personnes, prescrire une enquête sur les faits dont la constatation lui paraît utile à l'instruction ou encore décider de vérifier les écritures des parties. Depuis le décret n°2023-10 du 9 janvier 2023, la formation de jugement peut également tenir « *une séance orale d'instruction au cours de laquelle elle entend les parties sur toute question de fait ou de droit dont l'examen paraît*

utile »⁴⁸⁸. En dépit de cet inventaire, les juges administratifs n'« *exercent quasiment jamais* »⁴⁸⁹ leurs pouvoirs d'instruction. Cependant, les utiliser permettraient de faciliter la recherche de la discrimination et de « *forger la conviction du juge* »⁴⁹⁰. De fait, l'introduction en préliminaire du livre VI « *L'instruction* » du Code de justice administrative d'une disposition encourageant le juge à mobiliser ces outils pourrait être envisagée. En ce sens, l'article 146 du Code de procédure civile dispose qu'« *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* ». L'introduction d'une disposition similaire dans le Code de la justice administrative encouragerait l'usage des pouvoirs d'instruction du juge administratif. Enfin, « *l'incorporation, dans le raisonnement juridictionnel, d'éléments probatoires nouveaux* »⁴⁹¹ pourrait être amorcée pour faciliter la preuve. Par exemple, si les statistiques commencent à être admises par le juge français, elles pourraient être plus largement exploitées. Nul doute par exemple que les statistiques sur les discriminations liées à l'orientation sexuelle « *paraissent fiables et significatives* »⁴⁹² et peuvent « *constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant* »⁴⁹³.

Les solutions à l'issue de l'instance. En dehors des perspectives d'évolution en matière probatoire, il est essentiel de renforcer l'effet-utile des décisions de justice qui doivent véritablement faire cesser les discriminations liées à l'orientation sexuelle. À cette fin, d'une part, le juge doit être enclin à prononcer des mesures d'injonction et des astreintes. En effet, au titre des articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de justice administrative, la juridiction administrative peut enjoindre à l'administration de prendre une décision dans un sens déterminé ou de réexaminer la situation de l'intéressé. En outre, l'article L. 911-3 permet à la juridiction d'assortir sa décision qui prononce une injonction d'une astreinte, c'est-à-dire d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent par jour de retard. D'autre part, la voie des référés urgents – singulièrement du référé-liberté – pourrait être étouffée en matière de discrimination. En effet, « *la méconnaissance du principe d'égalité ne relève pas, par elle-même, d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, alors que certaines discriminations, peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles*

⁴⁸⁸ Article R. 625-1 du Code de justice administrative.

⁴⁸⁹ MERCAT-BRUNS M. et PERELMAN J., (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en oeuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, op. cit., p. 80.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 690.

⁴⁹² Cour EDH, 13 novembre 2017, *D. H et a. c. République Tchèque*, n°57325/00, §188 qui admet la preuve par statistiques : « *lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant.* ».

⁴⁹³ *Ibid.*

*produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative*⁴⁹⁴ »⁴⁹⁵. Dans un arrêt *Cne de Dannemarie* qui reconnaît cette possibilité, il était question de la tenue d'une exposition véhiculant « *des stéréotypes sexistes et discriminatoires à l'égard des femmes* »⁴⁹⁶. Le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg avait alors prononcé, conformément à l'article L. 521-2 précité⁴⁹⁷, l'enlèvement de l'ensemble des panneaux dans un délai de huit jours, sous une astreinte de 500 euros par jour de retard. L'effectivité des référés invite à envisager une reconnaissance explicite du principe de non-discrimination comme liberté invocable au sens du référé-liberté afin de faire cesser les discriminations, notamment celles fondées sur l'orientation sexuelle.

En somme, le droit public de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle est vaste. Il se confronte à de nombreux obstacles qui peuvent être amoindris. Toutefois, pour lutter concrètement contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, la construction même du droit public doit être interrogée. Aussi, un droit public renouvelé, assis sur ses institutions, sa procédure non-contentieuse et ses autorités indépendantes, pourrait faire gagner en effectivité la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Section 2. Un critère de discrimination nécessitant un droit public renouvelé

La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle nécessite d'explorer un droit public renouvelé. Sans se centrer sur les textes et leur sanction par un juge, cette lutte requiert assurément d'investir la procédure administrative *via* l'ancrage d'institutions spécialisées et le développement de mécanismes d'alerte (I) et le renforcement du champ d'intervention des autorités indépendantes (II).

I. L'investissement administratif et institutionnel contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Au niveau institutionnel, la création d'acteurs spécialisés dans la lutte contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle est essentielle (A). Au niveau de la procédure

⁴⁹⁴ CE, ord., 1^{er} septembre 2017, *Cne de Dannemarie*, n°413607, *T. Lebon*, cons. 2.

⁴⁹⁵ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 684.

⁴⁹⁶ CE, ord., 1^{er} septembre 2017, *Cne de Dannemarie*, n°413607, *T. Lebon*, cons. 1.

⁴⁹⁷ Article L. 521-2 du Code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* ».

administrative, l'administration doit se doter de mécanismes d'alerte afin que les usagers ou agents de l'administration puissent anticiper et prévenir le risque de discrimination (B).

A. L'engagement institutionnel dans la lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle

Si l'État a pris en compte la nécessité de mettre en place des acteurs luttant contre les discriminations, leur disparité n'est pas gage d'effectivité.

Un acteur indispensable : la DILCRAH. En matière de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, l'institution majeure au niveau national est la délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH). Créée par le décret n°2012-221 du 16 février 2012 et présidée actuellement par la Préfète S. Elizon, la délégation est « *chargée de concevoir, de coordonner et d'animer la politique de l'État en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT* »⁴⁹⁸. Pour répondre à cette mission d'ampleur, la DILCRAH, placée sous la tutelle du Premier ministre, élabore des plans nationaux d'actions. Concernant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, deux plans ont été élaborés en 2016 et 2020. Ils envisagent des mesures concrètes pour mettre en œuvre la lutte contre les discriminations telle qu'elle est inscrite dans l'ensemble des législations précitées. Par exemple, en matière de fonction publique, le *plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT 2016-2019* comprenait un axe « *La fonction publique, un employeur exemplaire* »⁴⁹⁹ et préconisait des actions telle que l'amélioration de la formation des agents civils et militaires, l'organisation d'évènements lors de la journée mondiale contre l'homophobie, la transphobie et la biphobie ou encore l'élaboration d'une étude sur les discriminations anti-LGBT dans la fonction publique. Le plan national d'action 2020-2023 comprend un axe « *Mieux inclure les personnes LGBT+ et la lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ dans la fonction publique* »⁵⁰⁰. Il prévoit de poursuivre les actions d'ores-et-déjà entamées et ajoute la généralisation des dispositifs de signalement ou la signature

⁴⁹⁸ DILCRAH, *Le rôle de la DILCRAH*, [en ligne], consulté le 20 mai 2023, disponible à l'adresse : <https://www.dilcrah.fr/a-propos/>.

⁴⁹⁹ DILCRAH, *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2016-2019*, 2016.

⁵⁰⁰ DILCRAH, *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2020-2023*, 2020.

du Label Diversité et la Charte d'engagement LGBT+ de l'association L'Autre Cercle⁵⁰¹. Concernant le service public du sport, le plan 2020-2023 prévoit un axe « *Pratiquer le sport de manière inclusive et respectueuse* »⁵⁰² et préconise des mesures de recensement et de sanction des actes anti-LGBT+ ou la formation et la sensibilisation des acteurs éducatifs aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁵⁰³. Le plan 2020-2023 prévoit également des mesures pour prendre en compte la diversité des personnes LGBT+ dans le domaine de la santé, de l'éducation ou de l'asile. Plus généralement, la DILCRAH a impulsé des évolutions normatives significatives en inscrivant dans son plan 2020-2023 l'ouverture de la procréation médicalement assistées aux couples de femmes⁵⁰⁴, la lutte et la sanction contre les thérapies de conversion⁵⁰⁵ ou la révision des critères de sélection des donneurs de sang⁵⁰⁶. *In fine*, la DILCRAH est centrale dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Les actions qu'elle insuffle sont concrètes et témoignent de véritables évolutions dans le quotidien des personnes LGB.

L'éparpillement institutionnel. En dépit des résultats positifs de la DILCRAH, le principal frein à l'effectivité de l'engagement institutionnel dans la lutte contre les discriminations réside dans son éclatement. À l'image de l'éparpillement textuel, de nombreuses institutions spécialisées dans un ou quelques motifs de discriminations coexistent. Au niveau national, cohabitent le Comité interministériel du handicap⁵⁰⁷, le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes⁵⁰⁸, le Comité interministériel de la laïcité⁵⁰⁹ et la

⁵⁰¹ Pour répondre aux exigences de la DILCRAH, la Direction générale de l'administration et de la fonction publique du Ministère de la Transformation et de la Fonction publiques publiait le 17 mai 2023 un guide sur la lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ au travail : DGAFP, *Lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ au travail*, [en ligne], consulté le 22 mai 2023, disponible à l'adresse : <https://www.fonction-publique.gouv.fr/toutes-les-publications/lutte-contre-la-haine-et-les-discriminations-anti-lgbt-au-travail>.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Pour répondre aux exigences de la DILCRAH, le ministère des Sports et des Jeux olympiques et paralympiques publiait le 17 mai 2023 un plan d'action pour mieux lutter contre la haine et favoriser l'inclusion des personnes LGBT+ dans le sport : Ministère des Sports et des Jeux olympiques et paralympiques, *Plan d'action pour mieux lutter contre la haine et favoriser l'inclusion des personnes LGBT+ dans le sport*, [en ligne], consulté le 22 mai 2023, disponible à l'adresse : <https://www.sports.gouv.fr/plan-d-action-pour-mieux-lutter-contre-la-haine-et-favoriser-l-inclusion-des-personnes-lgbt-dans-le->

⁵⁰⁴ Cette mesure a été mise en œuvre par la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 *relative à la bioéthique*.

⁵⁰⁵ Cette mesure a été mise en œuvre par la loi n°2022-92 du 31 janvier 2022 *interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne*.

⁵⁰⁶ Cette mesure a été mise en œuvre par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* et entérinée avec la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 *relative à la bioéthique*.

⁵⁰⁷ Décret n°2009-1367 du 6 novembre 2009 *portant création du comité interministériel du handicap*.

⁵⁰⁸ Décret n°2013-8 du 3 janvier 2013 *portant création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes*.

⁵⁰⁹ Décret n°2007-425 du 25 mars 2007 *créant un observatoire de la laïcité* puis Décret n°2021-716 du 4 juin 2021 *instituant un comité interministériel de la laïcité*.

DILCRAH⁵¹⁰. Au niveau déconcentré, il existe les comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA) dont certains ont ajouté à leur champ de compétence la haine anti-LGBT (CORAH). Ces comités, dont le déploiement sur l'ensemble du territoire n'est pas achevé⁵¹¹, veillent à l'application de la politique gouvernementale en matière de lutte contre les discriminations au sein des territoires et élaborent au niveau départemental des plans d'actions. Leur intérêt est évident puisqu'ils réunissent en leur sein le préfet de département, le président du conseil départemental, le procureur de la République, les sous-préfets, le recteur de l'académie, des élus représentant les communes ou encore le commandant du groupement de gendarmerie départementale. Au niveau local, il existe également des pôles anti-discriminations « composé d'un magistrat-référent et d'un délégué du procureur de la République, tous deux chargés d'animer un réseau local de lutte contre les discriminations, de créer une permanence d'accès au droit et de développer les formations et le suivi du traitement des plaintes »⁵¹². Pour parachever ce millefeuille institutionnel, l'ensemble de ces structures doit se coordonner avec les collectivités territoriales. À ce titre, un certain nombre d'entre elles élabore des plans territoriaux de lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBT en partenariat avec la DILCRAH⁵¹³.

L'unification souhaitable des acteurs. Ce maillage institutionnel, vecteur d'un engagement incontestable dans la lutte contre les discriminations, est complexe. R. Médard-Inghilterra évoque une « gouvernance antidiscriminatoire minée par des mandats sectoriels »⁵¹⁴. Il regrette l'absence d'approche globale et transversale « alors qu'elle pourrait contribuer à améliorer les politiques publiques de lutte contre les discriminations, y compris par la suggestion de réformes législatives et la participation de l'élaboration de projets de loi relatifs au droit de la non-discrimination »⁵¹⁵. Pour renforcer la lutte contre les discriminations,

⁵¹⁰ Décret n°2012-221 du 16 février 2012 instituant un délégué interministériel à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

⁵¹¹ Voir en ce sens : DILCRAH, *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2020-2023* dont l'action n°3 prévoit d'« Évaluer l'élargissement des Comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA) à la lutte contre la haine anti- LGBT (CORAH) dans chaque département » et d' « établir annuellement un bilan de l'action des CORAH ».

⁵¹² CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 403.

⁵¹³ Voir en ce sens : DILCRAH, *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2020-2023* dont l'action 3 prévoit d'« étendre les plans territoriaux réalisés avec les collectivités territoriales à la lutte contre la haine et les discriminations anti- LGBT+ » et pour une illustration : *Plan d'actions de lutte contre les violences LGBTphobes* construit par la Ville de Lyon, la Métropole du Grand Lyon, la commune de Villeurbanne, la DILCRAH, le Préfet du Rhône, le ministère de la Justice et le ministère de l'Éducation nationale.

⁵¹⁴ MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 72.

⁵¹⁵ *Ibid.*

notamment celles fondées sur l'orientation sexuelle, la DILCRAH pourrait devenir la délégation interministérielle à la lutte contre toutes les discriminations (DILD). Elle absorberait les compétences des différents comités et directions ministériels afin de devenir l'acteur pilote des politiques publiques antidiscriminatoires. Au niveau déconcentré et décentralisé, les CORA ou CORAH deviendraient les comités opérationnels de lutte contre les discriminations (COLD) et s'apparenteraient à des émanations locales de la DILD. La variété des acteurs qui les compose serait maintenue afin de lutter contre les discriminations à tous les niveaux : collectivités territoriales, rectorats, préfetures, police, gendarmerie, justice. La présence des acteurs décentralisés pourrait par ailleurs être élargie aux élus de chacune des collectivités ou des établissements publics de coopération intercommunale du secteur. De plus, des représentants d'association spécialisées pourraient être intégrés. Enfin, dans ce cadre, un plan territorial unique pourrait être élaboré. Cette unification est cruciale car « *nombre de bonnes pratiques en la matière étant identiquement applicables, quel que soit le motif de discriminations en cause, elle rend possible un croisement des expertises développées par les acteurs institutionnels quant aux modalités d'actions pédagogiques, stratégiques et partenariales* »⁵¹⁶.

Dès lors, l'engagement institutionnel déjà amorcé pourrait être renforcé et simplifié. Par ailleurs, il est nécessaire d'instaurer des mécanismes d'alerte au sein de l'administration, préalablement à toute procédure juridictionnelle.

B. L'instauration de mécanismes d'alerte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle

Les usagers ou agents de l'administration doivent pouvoir alerter lorsqu'ils subissent une discrimination liée à leur orientation sexuelle. Si certains domaines du droit public sont accoutumés aux mécanismes d'alerte, il apparaît opportun d'en élargir le spectre.

Les sphères accoutumées aux mécanismes d'alerte. Si le terme « *accoutumé* » est un brin présomptueux, certaines sphères du droit public – fonction publique et santé – connaissent depuis plusieurs années des mécanismes d'alerte. Ils permettent aux individus victimes d'une discrimination liée à leur orientation sexuelle de la signaler afin de la faire cesser. En droit de la fonction publique, c'est l'article 80 de la loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui a créé un article 6 quater A au sein de la loi du 13 juillet 1983. Repris à l'article L. 135-6 du Code général de la fonction publique, il indique que « *Les employeurs publics [...] mettent en place un dispositif ayant pour objet de recueillir les signalements des*

⁵¹⁶ *Ibid.*

agents qui s'estiment victimes d'atteintes volontaires à leur intégrité physique, d'un acte de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel, d'agissements sexistes, de menaces ou de tout autre acte d'intimidation et de les orienter vers les autorités compétentes en matière d'accompagnement, de soutien et de protection des victimes et de traitement des faits signalés. Ce dispositif permet également de recueillir les signalements de témoins de tels agissements ». Le décret n°2020-256 du 13 mars 2020 précise les modalités d'application de ce dispositif de signalement⁵¹⁷. Si ce dispositif est récent, « depuis plusieurs années déjà, de nombreuses collectivités, de nombreux ministères et de nombreux hôpitaux ont réfléchi, travaillé et pris des mesures afin de ne pas rester inerte face à ce phénomène »⁵¹⁸. Par exemple, la commune de Villeurbanne, « véritable pionnière en la matière »⁵¹⁹, a créé un dispositif interne d'alerte et de traitement contre la discrimination dès les années 2000⁵²⁰. Ainsi, la loi de 2019 aboutit la construction initiée et oblige les employeurs retardataires à la mise en place de tels dispositifs. Pour le milieu hospitalier, le troisième alinéa de L. 1110-3 du Code de la santé publique, issu de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, indique que « Toute personne qui s'estime victime d'un refus de soins illégitime peut saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné des faits qui permettent d'en présumer l'existence. Cette saisine vaut dépôt de plainte. ». Il précise une procédure qui vise à mettre fin à la discrimination : tentative de conciliation, transmission à la juridiction ordinaire compétente, prononcé d'une sanction. *In fine*, tant les agents publics que les usagers des services publics hospitaliers disposent d'outils pour signaler les discriminations à raison de l'orientation sexuelle. Ces outils ont tout intérêt à être étendus.

L'élargissement des mécanismes d'alerte à d'autres sphères. Les mécanismes d'alerte précités restent de l'ordre de l'exception. Ainsi, dans le service public de l'éducation, seuls des mécanismes embryonnaires et hétérogènes existent. En effet, « en fonction des établissements, la façon de gérer les LGBTIphobies [...] semble varier considérablement d'un établissement à l'autre »⁵²¹. Dans l'enseignement primaire et secondaire, « milieu le plus

⁵¹⁷ Décret n°2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique

⁵¹⁸ TOUHARI P., « Focus sur... les dispositifs de signalement destinés aux victimes d'actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissement sexistes », *AJCT*, 2020, p. 12.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ CENTRE NATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE, *Le testing au secours du déni*, [en ligne], consulté le 20 mai 2023, disponible à l'adresse : <https://www.cnfpt.fr/grandes-causes/lutte-contre-discriminations/bonnes-pratiques-collectivites-territoriales/testing-au-secours-du-deni/national>.

⁵²¹ CNCDDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, *op. cit.*, p. 304.

exposé aux agressions »⁵²², deux mécanismes se développent. Chaque académie dispose d'un référent-égalité et la DILCRAH préconise de créer, dans chacune d'entre elles, un observatoire de la haine anti-LGBT+. Toutefois, la nomination d'un tel référent « *reste inappliquée dans de nombreux établissements* »⁵²³ et si un premier observatoire a été créé par le rectorat de Paris en 2019, la mesure n'est pas encore généralisée. Dans l'enseignement supérieur, les actions dépendent des établissements. Il existe des référents-égalité, des missions égalité et diversité, des vice-présidences chargées de lutter contre les discriminations voire des dispositifs de prévention et d'alerte. Par exemple, l'Université Jean Moulin Lyon III dispose d'une cellule d'action contre les discriminations et le harcèlement. De même, l'Université de Nantes détient une cellule d'écoute et de signalement contre les actes de violence, les discriminations et le harcèlement moral et sexuel. Si le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche s'engage dans la généralisation de ces mécanismes, il ne les rend pas contraignants. Ainsi, c'est par une simple lettre de recommandation que le ministère insistait en 2016 sur « *la nécessité pour tous les établissements de se doter d'un dispositif global de lutte contre le harcèlement sexuel et les violences sexistes et sexuelles, qui peut, le cas échéant, être conçu dans le cadre d'un dispositif général de lutte contre les violences (en particulier homophobes, racistes et/ou antisémites)* »⁵²⁴. Par conséquent, si des bribes de mécanismes d'alerte existent au sein du service public de l'éducation, ils ne suffisent pas. Il serait envisageable d'instaurer dans le Code de l'éducation une obligation, pour l'ensemble des établissements, d'instaurer des mécanismes d'alerte et de signalement. Elle pourrait être calquée sur celle qui existe dans le Code général de la fonction publique. Ce constat en matière d'éducation pourrait être élargi au service pénitentiaire ou sportif évoqués précédemment.

Afin d'alerter, et lorsque les dispositifs évoqués ne suffisent pas, « *il est également possible de s'adresser au Défenseur des droits* »⁵²⁵. Défenseur des droits, CNIL, Arcom, CNCDH, Haute autorité de santé (HAS) sont en effet autant d'autorités indépendantes qui contribuent pleinement à la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

⁵²² CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 271.

⁵²³ *Ibid.*, p. 280.

⁵²⁴ MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Lettre de recommandation en matière de prévention et de lutte contre les violences sexistes et sexuelles dans l'enseignement supérieur et la recherche*, 20 décembre 2016.

⁵²⁵ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 332.

II. L'investissement des autorités indépendantes contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Les autorités indépendantes sont des piliers de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Si une pluralité d'entre elles agit en la matière (I), la singularité du Défenseur des droits s'impose (II).

A. La pluralité des autorités indépendantes luttant contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

De multiples autorités administratives sont armées pour lutter contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle (1). Leur pouvoir demeure toutefois limité (2).

1. Des autorités armées pour agir contre les discriminations

Apparue avec la création de la CNIL en 1978, les autorités indépendantes se sont depuis décuplées à tel point que, « *la régulation plus soft et expertale offerte par ces instances serait devenue nécessaire* »⁵²⁶. Faute « *de définition unique et incontestable* »⁵²⁷, il est coutume de définir ces autorités au gré de trois critères cumulatifs. D'une part, ce sont des autorités car elles disposent de pouvoirs et de moyens d'actions. De l'autre, elles sont « *publiques* » ou « *administratives* » car elles agissent au nom de l'État mais elles sont indépendantes car « *placées hors de l'appareil administratif* »⁵²⁸. Les API sont les seules à disposer de la personnalité juridique. Parmi les vingt-quatre autorités indépendantes qui cohabitent dans le paysage juridique depuis 2017⁵²⁹, trois jouent un rôle central en matière de lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle : la CNCDH, l'Arcom et le Défenseur des droits. Si ce dernier sera évoqué plus en aval, les deux autres autorités doivent être distinguées en fonction de l'existence, ou non, d'un pouvoir de sanction.

Agir sans pouvoir de sanction : la CNCDH. Depuis la loi n°2007-293 du 5 mars 2007, la CNCDH « *assure, auprès du Gouvernement, un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de l'action humanitaire. Elle assiste le Premier ministre et les ministres intéressés par ses avis sur toutes les questions de portée générale relevant de son champ de compétence tant sur le plan national qu'international. Elle peut, de sa propre initiative, appeler publiquement l'attention du*

⁵²⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 264.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ La loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a rationalisé leur nombre.

Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme »⁵³⁰. À cette fin, cette autorité administrative indépendante rend des avis, rapports et études. Isolée dans ses compétences consultatives, la CNCDH joue cependant un rôle certain dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Dès 2014, elle rendait un avis « *sur les violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre* » comprenant quinze recommandations⁵³¹. En 2018, le Premier ministre lui confiait le rôle d'évaluation de la mise en œuvre des plans élaborés par la DILCRAH. Ainsi, la CNCDH a rendu un rapport « *Orientation sexuelle, identité de genre, intersexuation : de l'égalité des droits à l'effectivité des droits* » le 17 mai 2022⁵³². Celui-ci dresse un état lieux des actes anti-LGBT, du cadre juridique et des résultats de la DILCRAH. Il préconise, *via* quatre-vingt-dix-sept recommandations, une consolidation de l'action publique dans des domaines nombreux : école, enseignement supérieur, culture, monde du travail, sport, santé, diplomatie, droit d'asile, justice et prison. Le même jour, la CNCDH a remis un rapport d'enquête « *État des lieux de l'hétéronormativité et des préjugés à l'égard des personnes LGBTI en France* »⁵³³ qui observe statistiquement que les violences à l'égard des personnes LGBT perdurent. De fait, s'ils ne sont pas contraignants, les actes de la CNCDH sont essentiels pour alerter, informer et sensibiliser la population et les politiques publiques aux enjeux liés à l'orientation sexuelle. En effet, « *caractérisées par leur perpétuelle recherche d'équilibre entre consensualisme et impérativité, [les recommandations] constituent l'un des outils de prédilection des autorités administratives indépendantes, au regard de la magistrature d'influence qu'elles exercent* »⁵³⁴. En revanche, d'autres autorités disposent de véritables pouvoirs de sanction.

Agir avec un pouvoir de sanction : l'Arcom. Institué par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le CSA devenu Arcom⁵³⁵ est une autorité publique indépendante. Si elle détient également un pouvoir de recommandation, elle dispose surtout d'un pouvoir de sanction qui permet de mettre fin « *rapidement et efficacement à un*

⁵³⁰ Article 2 du règlement intérieur de la CNCDH.

⁵³¹ CNCDH, *Avis sur les violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 26 juin 2014, JORF n°0156 du 8 juillet 2014.

⁵³² CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, *op. cit.*,

⁵³³ CNCDH, *État des lieux de l'hétéronormativité et des préjugés à l'égard des personnes LGBTI en France*, enquête, 2022.

⁵³⁴ YOUNOVSKI-SAGON A.-L., « Les recommandations du Défenseur des droits : un couteau suisse au service du respect des droits et libertés fondamentaux », *Droit administratif*, 2022, n°11.

⁵³⁵ Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 *relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique*.

comportement contraire à la réglementation en vigueur »⁵³⁶. Ce pouvoir de sanction peut être utilisé en cas de diffusion audiovisuelle de propos homophobes. En effet, l'article 15 de la loi de 1986 dispose que « *L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique [...] s'assure [...] que les programmes mis à la disposition du public par un service de communication audiovisuelle ne contiennent* » aucune « *incitation à la haine ou à la violence fondée sur l'un des motifs visés à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Tout individu peut ainsi, dans un délai de trois ans, alerter l'Arcom d'un propos discriminatoire à l'égard de l'orientation sexuelle⁵³⁷. Aux termes d'une procédure contradictoire et après une mise en demeure, l'Autorité peut prononcer des sanctions⁵³⁸ qui peuvent être contestées devant le Conseil d'État. Ainsi, dans une décision n°2013-518, le CSA mettait en demeure « *Radio Courtoisie* » pour les propos suivants : « *le mariage homosexuel devrait susciter l'horreur tellement il est contre-nature, tellement il est scandaleux [...] le mariage homosexuel est tellement abject [...] il faut être inconscient pour ne pas comprendre à quel point l'islam est dangereux et radicalement incompatible avec notre identité [...] A première vue, il n'y a aucun rapport entre le mariage des homosexuels et le déferlement des immigrés et pourtant la loi scélérate qui autorise le mariage contre nature entre deux personnes de même sexe découle de la même source idéologique que la politique d'ouverture de la France à l'immigration* ». Dans une décision n°2017-532 du 26 juillet 2017, le CSA infligeait une sanction pécuniaire d'un montant de trois millions d'euros à la chaîne C8 après qu'un animateur ait publié une fausse annonce sur un site de rencontre afin de diffuser des conversations téléphoniques en adoptant « *une attitude visant à donner une image caricaturale des homosexuels qui ne peut qu'encourager les préjugés et la discrimination à leur encontre* »⁵³⁹. Enfin, dans une lettre du 28 juin 2017, le CSA mettait en garde la chaîne Canal Plus après qu'un

⁵³⁶ BRUNET F., « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

⁵³⁷ Article 42-5 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 : « *L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique ne peut être saisie de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.* ».

⁵³⁸ Article 42-1 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 : « *Si la personne faisant l'objet de la mise en demeure ne se conforme pas à celle-ci, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, et à la condition que celui-ci repose sur des faits distincts ou couvre une période distincte de ceux ayant déjà fait l'objet d'une mise en demeure, une des sanctions suivantes : 1° La suspension, pour un mois au plus, de l'édition, de la diffusion ou de la distribution du ou des services, d'une catégorie de programme, d'une partie du programme ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires ; 2° La réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année ; 3° Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme ; 4° Le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention* ».

⁵³⁹ CE, 18 juin 2018, n°414532, T. Lebon.

intervenant ait « *repris un chant homophobe entonné par des supporters de l'Olympique de Marseille* »⁵⁴⁰. Cet échantillon de décisions démontre l'importance du pouvoir de sanction de l'Arcom dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Si d'autres autorités indépendantes, à l'image de la CNIL⁵⁴¹ ou de la HAS⁵⁴², peuvent également avoir une incidence en la matière, elles demeurent secondaires. Surtout, si ces autorités s'engagent contre les discriminations, elles sont limitées par leurs moyens d'action.

2. Des autorités limitées par leurs moyens d'action

Deux principales limites amoindrissent l'action des autorités indépendantes. La première tient à l'octroi d'un pouvoir de sanction et la seconde à l'hétérogénéité des autorités indépendantes existantes.

Le pouvoir de sanction. Selon M.-A Frison-Roche, « *les prescriptions des AAI ne sont crédibles que si elles disposent du pouvoir de les sanctionner* »⁵⁴³. Hélas, si la CNIL et l'Arcom disposent d'un pouvoir de sanction, ce n'est pas le cas de la HAS, du Défenseur des droits⁵⁴⁴ ou de la CNCDH. Or, préconiser, recommander, guider, sensibiliser et informer est plus que nécessaire mais ce n'est pas suffisant pour lutter efficacement contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Contre cette limite du droit souple, il serait envisageable de conférer un pouvoir de sanction à la CNCDH. Elle pourrait sanctionner la réalisation de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle au sein des différentes administrations et être saisie, à l'image de la CNIL ou de l'Arcom, directement par les usagers. Ce pouvoir pourrait également être conféré au Défenseur des droits. Cette solution, la plus optimale au regard de la singularité de celui-ci, sera appréhendée plus en aval. Par ailleurs, même lorsque l'autorité indépendante dispose d'un pouvoir de sanction, son utilisation est perfectible. Ainsi, la CNCDH regrette que « *malgré les nombreuses saisines du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel par la DILCRAH à la suite d'une série de propos homophobes ou transphobes, pour certains médias, ils ne sont considérés que comme des 'dérapages' isolés* »⁵⁴⁵. De fait, l'Arcom aurait tout

⁵⁴⁰ CE, 26 juillet 2018, n°414333, *Inédit*.

⁵⁴¹ Voir en ce sens l'article 6 loi n°78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* que la CNIL est chargée de faire respecter : « *Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent [...] l'orientation sexuelle d'une personne physique.* ». Aucune décision n'a été recensée à cet égard.

⁵⁴² Voir en ce sens : HAS, *Sexe, genre et santé, Rapport d'analyse prospective 2020*.

⁵⁴³ FRISON-ROCHE M.-A, « Étude dressant un bilan des AAI », annexe au Rapport du sénateur P. Gélard, *Rapport sur les AAI*, 2006, p. 93.

⁵⁴⁴ Voir en ce sens : « *La singularité du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* », p. 114 à 117 du présent mémoire.

⁵⁴⁵ CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 369.

intérêt, pour rendre effective la lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle, à être stricte dans ses sanctions. La principale difficulté réside alors dans la posture des autorités indépendantes. En effet, plus que de simples « *palliatifs des insuffisances de la justice* »⁵⁴⁶, l'extension du pouvoir de sanction des autorités indépendantes conduit à questionner leur nature même. Certains auteurs s'interrogent : « *dans la mesure où ces commissions [des sanctions] n'ont rien d'autre à faire que de juger, ne devient-il pas artificiel de ne pas y voir de véritables juridictions ?* »⁵⁴⁷. Sans trancher le débat, l'enjeu de la lutte contre les discriminations et l'inadéquation des procédés classiques du droit public amènent à considérer que le pouvoir de sanction des API et AAI est nécessaire et qu'il doit *de facto* être entouré de garanties : procédure contradictoire, droit d'être assisté par un conseil, impartialité et indépendance⁵⁴⁸.

L'hétérogénéité des autorités. En outre, à l'image des textes antidiscriminatoires, « *les différentes autorités sont [...] davantage le fruit du hasard que d'un schéma préconçu ; elles sont le plus souvent nées pour résoudre un problème donné à un moment donné, dans un contexte donné.* »⁵⁴⁹. Partant, la diversité des autorités, des statuts, et des moyens d'action ne permet de déceler « *aucune stratégie globale et orchestrée de transformation du modèle d'administration* »⁵⁵⁰. À titre illustratif, la CNCDH et le Défenseur des droits n'ont ni les mêmes pouvoirs, ni le même statut. Pourtant, ce sont deux autorités administratives indépendantes qui veillent au respect des droits fondamentaux et notamment au respect du principe de non-discrimination. Plus largement, il devient nécessaire d'ajouter les compétences des différentes autorités pour entrevoir une lutte globale des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Le panorama suivant peut être dressé. La CNCDH émet des recommandations et rend des avis mais elle ne peut pas être saisie par un individu. Le Défenseur des droits, entre autres, émet des recommandations, rend des avis, et peut être saisi si une personne s'estime victime d'une discrimination. La CNIL émet des recommandations, rend des avis et peut être saisie par un individu qui estime que des données relatives à son orientation sexuelle ont été utilisées. L'Arcom émet des recommandations, rend des avis et peut être saisi par un individu qui souhaite signaler un contenu audiovisuel discriminatoire. La HAS émet des recommandations à destination des professionnels de santé notamment à l'égard des personnes LGB. L'ensemble de ces actions est difficilement lisible mais une fois adossées, elles

⁵⁴⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales, op. cit.*, p. 284.

⁵⁴⁷ BRUNET F., « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

⁵⁴⁸ Voir en ce sens : CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434, *Lebon*.

⁵⁴⁹ ROUYERE A., « Les autorités indépendantes », *RFDA*, 2017, p. 413.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

témoignent d'un engagement global dans la lutte contre les discriminations. D'éventuelles fusions pourraient être envisagées. En ce sens, si la loi du 20 janvier 2017 a esquissé un statut général à toutes ces autorités, elle « *se concentre néanmoins sur la seule question de l'harmonisation du statut des AAI et API dont la liste est arrêtée, et laisse de côté celle de leurs attributions comme celles d'éventuelles fusions ou suppressions* »⁵⁵¹.

En tout état de cause, le tableau des autorités indépendantes demeure susceptible d'évoluer, notamment en matière de lutte contre les discriminations. Toutefois, la variété des domaines d'expertise susmentionnée est aussi gage d'efficacité dans la mesure où chaque autorité se concentre sur un volet de la lutte contre les discriminations. Dans ce champ, la singularité du Défenseur des droits s'impose.

B. La singularité du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

Parmi la mosaïque d'autorités indépendantes, le Défenseur des droits est la seule autorité garantie constitutionnellement et disposant d'un pouvoir général d'action dans la protection des droits et libertés. C'est pourquoi, celle-ci est matricielle dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Une autorité matricielle de défense des droits fondamentaux. « *Le recours au Défenseur des droits, quoique très inférieur à l'ampleur des défaillances et des discriminations, constitue un symptôme évident des maux collectifs dont souffrent des millions de personnes vivant en France* »⁵⁵² déclarait J. Toubon en 2017. À cet égard, la présente étude a débuté sur un chiffre : 131 réclamations reçues par le Défenseur des droits en 2022 concernaient des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁵⁵³. Historiquement, le Défenseur des droits, qui désigne tant l'autorité que son président⁵⁵⁴, fut institué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et par deux lois organiques et ordinaires du 29 mars 2011⁵⁵⁵. Ancré à l'article 71-1 de la Constitution, il absorbe les compétences d'anciennes autorités et constitue *ipso facto* un bel exemple de fusion d'autorités indépendantes. En effet, au titre de l'article 4 de ladite loi organique, le Défenseur des droits doit « *défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations [...]* », « *défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les*

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² TOUBON J., « Éditorial » in DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018, p. 3.

⁵⁵³ Voir en ce sens : p. 1 du présent mémoire.

⁵⁵⁴ La Défenseure des droits actuelle est Claire Hédon.

⁵⁵⁵ Loi ordinaire et organique n°2011-333 et 2011-334 du 29 mars 2011 relatives au Défenseur des droits.

droits de l'enfant », « *lutter contre les discriminations, directes ou indirectes [...] ainsi que promouvoir l'égalité* », « *veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* » et « *défendre les droits et libertés des lanceurs d'alerte* ». En somme, « *alors même que de nombreuses autorités administratives indépendantes sont dotées d'une mission de défense des droits et libertés fondamentaux le Défenseur des droits constitue le seul ombudsman possédant une compétence générale et spécialisée dans ce domaine* »⁵⁵⁶. Précisément, dans la lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits s'est substitué à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Pour agir, il dispose d'une palette d'outils conséquente.

« ***Un couteau suisse*** »⁵⁵⁷ **au service de la lutte contre les discriminations**. Si le Défenseur des droits ne dispose pas d'un pouvoir de sanction *stricto sensu*, il détient tout de même d'importants moyens d'action. En premier lieu, il peut faire des recommandations qui, au titre de l'article 25 de la loi organique, sont « *beaucoup plus pressantes que ce mot ne laisse entendre* »⁵⁵⁸ car le Défenseur des droits « *dispose d'un droit de suite éventuellement renforcé par ce qui pourrait s'apparenter à des injonctions* »⁵⁵⁹. Plus largement, il peut procéder à des résolutions amiables des litiges, enquêter en auditionnant, en mettant en demeure ou en visitant des lieux, rappeler à la loi, aider les victimes à constituer des dossiers et à identifier les procédures adaptées, proposer une transaction pénale, saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires, présenter des observations écrites ou orales devant les juridictions civiles, pénales et administratives ou encore être consulté par les pouvoirs publics et proposer des modifications normatives, notamment dans ses rapports annuels⁵⁶⁰. Qu'il résolve les litiges à l'amiable ou qu'il rende des recommandations appelées « *décisions* », le Défenseur des droits ne rend pas des actes susceptibles de recours contentieux car il ne détient pas un véritable pouvoir de sanction⁵⁶¹. Cette pluralité de moyens d'action contribue à lutter efficacement contre les discriminations. Il suffit pour s'en convaincre de noter qu'en 2022, le Défenseur des droits a reçu 6 545 réclamations concernant la lutte contre les discriminations en général⁵⁶² et 100 416 appels sur ses plateformes téléphoniques, notamment sur la plateforme

⁵⁵⁶ YOUHNOVSKI-SAGON A.-L., « Les recommandations du Défenseur des droits : un couteau suisse au service du respect des droits et libertés fondamentaux », *op. cit.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ MATHIEU J.-L., *L'institution du Défenseur des droits*, L'Harmattan, 2020, p. 97.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Chapitre III du titre III de la LO n°2011-33 du 29 mars 2011 « Dispositions relatives aux pouvoirs du Défenseur des droits », articles 24 à 36.

⁵⁶¹ CE, 22 mai 2019, n°414410, *T. Lebon*.

⁵⁶² DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2022, 2023*, p. 10

« *Antidiscriminations.fr* » créée le 12 février 2021⁵⁶³. Ce dispositif « *comprend un numéro d'appel, le 3928, un site web intégrant un 'chat' et un annuaire recensant les acteurs partenaires par département, type d'accompagnement et critère ou domaine de discriminations, ce qui permet aux usagers d'identifier l'acteur le plus adapté à leur situation* »⁵⁶⁴. Il permet une prise en charge efficace et a entraîné une augmentation des signalements de 19% depuis sa mise en place, ce qui en fait un « *pilier de la lutte contre les discriminations* »⁵⁶⁵, en particulier de celles fondées sur l'orientation sexuelle.

Une autorité luttant contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

L'orientation sexuelle ne constitue pas le motif de discrimination le plus invoqué devant le Défenseur des droits puisqu'il ne représente que 2% des réclamations reçues. Toutefois, dès lors qu'il y a réclamation, l'intervention du Défenseur des droits est tangible et fructueuse. Ainsi, dans une décision du 7 janvier 2015, ce dernier constatait qu'une réclamante, gardienne de la paix au sein d'un commissariat de police, avait été victime d'un harcèlement moral discriminatoire de la part de son supérieur en raison de son orientation sexuelle. Ce fait caractérisait un manquement aux articles 6 et 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983⁵⁶⁶ ainsi que qu'un manquement à la déontologie de la police nationale. Dans la mesure où l'administration avait sanctionné le supérieur hiérarchique entre-temps, le Défenseur des droits s'est contenté de recommander au ministre de l'Intérieur d'adresser une note de service aux responsables des corps d'encadrement de la police rappelant les obligations des employeurs publics⁵⁶⁷. Dans une décision du 23 juillet 2021, un professeur de lycée professionnel saisissait le Défenseur des droits d'une réclamation relative aux agissements de harcèlement moral discriminatoire dont il faisait l'objet depuis 2014 de la part de l'une de ses collègues. Cette dernière avait notamment déclaré aux élèves et autres collègues : « *X est homosexuel, PD, et marié à un homme* »⁵⁶⁸. Conséquence de cette déclaration, M. X. a subi une inscription homophobe sur sa voiture, une diffusion de son orientation sexuelle sur les réseaux sociaux et la réception d'un courrier à caractère homophobe à son domicile. En conséquence, le Défenseur des droits a noté que M. X était victime de harcèlement moral à raison de son orientation sexuelle et que l'administration ne lui avait pas apporté de protection suffisante. Il recommandait au recteur de l'Académie d'indemniser M. X et de lui proposer une mutation.

⁵⁶³ *Ibid*, p. 6.

⁵⁶⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2021, 2022*, p. 46.

⁵⁶⁵ *Ibid*, p. 44.

⁵⁶⁶ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

⁵⁶⁷ Défenseur des droits, 7 janvier 2015, n°2014-049.

⁵⁶⁸ Défenseur des droits, 23 juillet 2021, n°2021-207.

Enfin, dans une décision du 6 février 2014, le Défenseur des droits présentait ses observations devant une cour administrative d'appel à l'égard de faits de harcèlement moral envers une adjointe de sécurité du fait de son orientation sexuelle. Parmi les faits de harcèlement, l'agente a été, entre autres, « qualifiée de 'sale gouine', 'sale lesbienne' »⁵⁶⁹. Elle évoluait dans un contexte homophobe dans lequel on lui indiquait « *il y en a marre de tous ces gays, ils n'ont rien à faire dans la police* »⁵⁷⁰. Au regard de la situation, le Défenseur des droits observait que « *l'avenant au contrat d'ADS de Mme A décidant de sa mutation et de son affectation au sein d'une Direction départementale de la sécurité publique, ainsi que la décision lui notifiant son licenciement, qui sont le résultat de ces agissements fautifs, doivent eux-mêmes être considérés comme illégaux* »⁵⁷¹. Ces trois exemples démontrent le rôle moteur du Défenseur des droits et sa capacité à agir promptement contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Toutefois, la limite du pouvoir de sanction demeure. Pour parfaire l'efficacité de son action, il conviendrait d'ajouter à la palette d'outils du Défenseur des droits un véritable pouvoir de sanction afin qu'il prononce lui-même l'indemnisation, la mutation ou l'illégalité d'une décision.

Si l'action est perfectible, les résultats du Défenseur des droits sont saisissables. Ils démontrent l'importance et l'efficacité dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle d'une autorité qui est garantie au niveau constitutionnel et qui dispose d'un pouvoir général d'action.

⁵⁶⁹ Défenseur des droits, 6 février 2014, n°2014-05.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ *Ibid.*

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Si les failles du droit public antidiscriminatoire sont nombreuses, le présent chapitre aura néanmoins permis d'explorer plusieurs pistes d'amélioration. Ainsi, au niveau textuel, l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle existe mais elle mériterait d'être inscrite dans un texte de portée générale, dans la Constitution ou dans un Code de la non-discrimination. Sous l'angle du contentieux, l'effectivité doit être accentuée par l'adoption d'une disposition encourageant les juges à user de leurs pouvoirs d'instruction, par le renversement de la charge de la preuve et surtout par la recherche constante de l'effet utile des décisions juridictionnelles. Plus largement, pour enrayer ce « *tableau préoccupant* »⁵⁷² d'actes homophobes et freiner ces « *atteintes aux droits de l'Homme dans leur caractère le plus fondamental, la dignité* »⁵⁷³, l'exploration de sphères plus discrètes et contemporaines du droit public doit être accrue. Les institutions dédiées à la lutte contre les discriminations doivent être unifiées, les mécanismes d'alerte au sein des administrations doivent être renforcés et les autorités indépendantes, singulièrement le Défenseur des droits, doivent être pourvues de moyens d'action forts. L'ensemble de ces constats, notamment à l'égard des textes et du contentieux, se retrouve en droit des étrangers. En effet, si celui-ci protège les ressortissants étrangers persécutés à raison de leur orientation sexuelle, de nombreux obstacles affaiblissent la portée de la protection. Dans ce cadre, l'orientation sexuelle n'est plus un critère de discrimination, elle devient un critère de persécution.

⁵⁷² CNCDDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 20. ; voir en ce sens p. 84 du présent mémoire.

⁵⁷³ *Ibid.*

CHAPITRE 2

Un droit des étrangers érigé contre les persécutions liées à l'orientation sexuelle

« *Quand il s'est tu, il y a eu un long silence. Son propos avait porté. Nous étions comme hésitants. Ce sont des moments où tout paraît se jouer.* »⁵⁷⁴.

Ce « *propos* » évoqué par F. Sureau, ancien juge à la Commission des recours des réfugiés⁵⁷⁵, n'est rien d'autre que le récit d'un demandeur d'asile. Épicentre de la procédure de demande de protection internationale, ledit récit est d'autant plus essentiel lorsque le motif de persécution invoqué est celui de l'orientation sexuelle. Prouver l'intime, telle est bien la tâche ardue que le ressortissant étranger doit surmonter lorsqu'il sollicite l'asile à raison de persécutions du fait de son orientation sexuelle (Section 1) ou qu'il s'oppose à son éloignement en raison de risque de persécutions sur ce même motif (Section 2).

Section 1. L'accueil de l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle

En 2020, l'homosexualité était encore réprimée dans soixante-sept États dont onze la condamnaient à la peine de mort⁵⁷⁶. Face à ce constat, le droit de la protection internationale dispose d'un régime juridique qui permet à l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle d'être protégé (I). Cependant, l'octroi d'une telle protection demeure complexe (II).

I. L'octroi d'une protection internationale fondée sur l'orientation sexuelle

À l'image de l'évolution du traitement de l'orientation sexuelle par l'État⁵⁷⁷, les demandes de protection liées à l'orientation sexuelle étaient originellement exclues (A). Leur inclusion date, en droit interne, d'une décision du 12 mai 1999 (B)⁵⁷⁸.

A. L'exclusion originelle des demandes de protection liées à l'orientation sexuelle

Le droit de la protection internationale repose sur des conditions et une procédure d'octroi exigeantes, lesquelles ont conduit à l'exclusion des demandes liées à l'orientation sexuelle jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle.

⁵⁷⁴ SUREAU F., *Le chemin des morts*, Gallimard, 2013, p. 44.

⁵⁷⁵ La Commission des recours des réfugiés (CRR) fut créée par la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 et est devenue Cour nationale du droit d'asile (CNDA) avec la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007. Elle est rattachée au Conseil d'État depuis le 1^{er} janvier 2009 en application du décret n°2007-1631 du 20 novembre 2007.

⁵⁷⁶ ILGA, *Rapport sur l'homophobie d'État*, 2020 ; Mauritanie, Nigéria, Somalie, Qatar, Yémen, Arabie Saoudite, Iran, Afghanistan, Pakistan, Brunei et Émirats Arabes Unis.

⁵⁷⁷ Voir en ce sens : « *L'immixtion du droit public dans l'orientation sexuelle des individus* », p. 16 à 82 du présent mémoire.

⁵⁷⁸ CRR, 12 mai 1999, *M. D.*, n° 98006017/328310.

Les conditions de la protection *via* l’asile et la protection subsidiaire. Les deux mécanismes de protection internationale – l’asile et la protection subsidiaire – reposent sur une pluralité de textes : Constitution du 27 octobre 1946, Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur les réfugiés⁵⁷⁹, Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967⁵⁸⁰, directives « *Qualification* »⁵⁸¹, « *Procédure* »⁵⁸², « *Accueil* »⁵⁸³, « *Retour* »⁵⁸⁴, règlements « *Dublin* »⁵⁸⁵ et Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA). De manière générale, ce code reprend en son sein l’ensemble de ces textes. S’agissant de l’asile, l’asile constitutionnel et l’asile conventionnel se distinguent. Le premier est issu du préambule de la Constitution de 1946. Il est repris à l’article L. 511-1 du CESEDA qui dispose que « *La qualité de réfugié est reconnue [...] à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté* ». L’octroi de cette protection demeurant « *très marginal* »⁵⁸⁶, c’est surtout l’asile conventionnel qui constitue l’assise des reconnaissances du statut de réfugié. Ainsi, l’article L. 511-1 précité dispose que la qualité de réfugié est également reconnue « *à toute personne qui répond aux définitions de l’article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 [...]* ». À ce titre, peut obtenir le statut de réfugié, le demandeur d’asile qui craint avec raison d’être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, dès lors qu’il se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qu’il ne peut être protégé par ce dernier. Ces conditions exigent une crainte actuelle et personnelle de persécution, ou de risques de persécution, particulièrement grave. Par ailleurs, il ne doit pas y avoir de raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis un crime international, un crime grave de droit commun ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations-Unies. Si le demandeur d’asile ne satisfait pas à l’ensemble de ces conditions, il peut solliciter la protection subsidiaire qui est inscrite, depuis la « *transposition anticipée de la directive communautaire ‘Qualification’* »,⁵⁸⁷ à l’article L. 512-1 du CESEDA. Celui-ci prévoit

⁵⁷⁹ Ratifiée par la loi n°54-290 du 17 mars 1954.

⁵⁸⁰ Ratifié par la loi n°70-1076 du 25 novembre 1970.

⁵⁸¹ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 et Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011.

⁵⁸² Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 et directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

⁵⁸³ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 et directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

⁵⁸⁴ Directive 2008/115/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008.

⁵⁸⁵ Règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, règlement (CE) n°1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003, règlement (UE) n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 et règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

⁵⁸⁶ FRAISSINIER-AMIOT V., « Les homosexuels étrangers et le droit d’asile en France : un octroi en demi-teinte », *RFDA*, 2011, p. 291.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

qu'une personne qui ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'asile peut obtenir la protection subsidiaire s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle risque dans son pays d'origine la peine de mort ou la torture ou des traitements inhumains ou dégradants. En somme, un étranger qui craint d'être persécuté dispose de deux voies : l'asile et la protection subsidiaire. À cette fin, la procédure à suivre est complexe.

La procédure aux fins d'obtention de la protection. Dans un schéma classique, le demandeur d'asile dépose sa demande auprès d'un Guichet Unique de Demande d'Asile (GUDA) situé en préfecture. À l'issue de cette phase d'enregistrement au cours de laquelle l'identité du demandeur et ses empreintes digitales sont vérifiées⁵⁸⁸, une attestation de demande d'asile lui permettant de séjourner sur le territoire le temps de l'instruction lui sera remise. Ensuite, au titre de l'article R. 531-2 du CESEDA, le demandeur doit introduire dans un délai de vingt-et-un jours sa demande auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), chargé d'instruire les demandes d'asile⁵⁸⁹. Durant cette phase d'instruction de six mois, l'OFPRA convoque le demandeur à un entretien individuel. Phase centrale de la procédure, elle permet au demandeur d'exposer son récit⁵⁹⁰. Sur ce fondement, le dossier est examiné afin de qualifier la situation du demandeur d'asile et de savoir s'il satisfait aux conditions de l'asile ou à celles de la protection subsidiaire. À l'issue, soit le demandeur est reconnu réfugié et obtient une carte de résident d'une durée de dix ans⁵⁹¹, soit il est admis au bénéfice de la protection subsidiaire et obtient une carte de séjour pluriannuelle d'une durée maximale de quatre ans⁵⁹², soit sa demande est rejetée. Il peut contester la décision de rejet dans un délai d'un mois devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)⁵⁹³ qui statue en plein

⁵⁸⁸ La prise d'empreintes est justifiée par le système EURODAC qui permet de vérifier si un autre État membre de l'Union n'a pas déjà enregistré la demande d'asile, auquel cas il en devient responsable ; règlement (CE) 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 ; règlement (CE) 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 ; règlement (UE) 603/2013 du Parlement européen et Conseil du 26 juin 2013.

⁵⁸⁹ L. 531-1 du CESEDA : « L'Office français de protection des réfugiés et apatrides, [...], statue sur les demandes d'asile dont il est saisi. ».

⁵⁹⁰ L. 531-5 du CESEDA : « Il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande d'asile. Ces éléments sont constitués par ses déclarations et par tous les documents dont il dispose concernant son âge, son histoire personnelle, y compris celle de sa famille, son identité, sa ou ses nationalités, ses titres de voyage, les pays ainsi que les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire ainsi que les raisons justifiant sa demande. ».

⁵⁹¹ L. 424-1 du CESEDA : « L'étranger auquel la qualité de réfugié a été reconnue en application du livre V se voit délivrer une carte de résident d'une durée de dix ans. ».

⁵⁹² L. 424-9 du CESEDA : « L'étranger qui a obtenu le bénéfice de la protection subsidiaire se voit délivrer une carte de séjour pluriannuelle portant la mention 'bénéficiaire de la protection subsidiaire' d'une durée maximale de quatre ans. ».

⁵⁹³ L. 532-1 du CESEDA : « La Cour nationale du droit d'asile, [...] statue sur les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatride [...]. A peine d'irrecevabilité, ces recours doivent être exercés dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de l'office [...] ».

contentieux⁵⁹⁴. Si la Cour rejette la requête, un pourvoi devant le Conseil d'État est possible dans un délai de deux mois⁵⁹⁵. Ces recours sont suspensifs⁵⁹⁶. En parallèle de ce schéma classique, il existe une procédure accélérée de demande d'asile. Au titre de l'article L. 531-24 du CESEDA, cette procédure est notamment déclenchée lorsque le demandeur a la nationalité d'un pays d'origine sûr. L'article suivant précise qu'un pays est considéré comme tel lorsque « *sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale, [...] il n'y est jamais recouru à la persécution, ni à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants [...]* ». Le placement d'une demande en procédure accélérée a diverses conséquences : l'examen administratif de la demande est raccourci à quinze jours⁵⁹⁷, le recours contentieux n'est plus suspensif et la CNDA peut statuer en juge unique⁵⁹⁸. Cette procédure de demande d'asile – classique ou accélérée – paraît fastidieuse. C'est en son sein que les premières demandes liées à l'orientation sexuelle émergent et furent rejetées.

Le rejet initial des demandes fondées sur l'orientation sexuelle. Deux constats attestent de ce rejet initial. D'une part, « *dans une logique d'analyse textuelle de la Convention de Genève, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre sembleraient exclues des raisons de persécutions* »⁵⁹⁹. D'autre part, « *la tendance générale a été à l'origine d'une extrême sévérité dans l'examen des demandes des homosexuels* »⁶⁰⁰. En effet, parmi les motifs de persécution, rien ne laisse présager que l'orientation sexuelle justifie la protection internationale. La définition du réfugié est « *sexuellement neutre* »⁶⁰¹ et « *un homosexuel, tout comme une femme*

⁵⁹⁴ CE, sect., 8 janvier 1982, n°24948, *Lebon* désormais inscrit à L. 532-2 du CESEDA : « *Saisie d'un recours contre une décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, la Cour nationale du droit d'asile statue, en qualité de juge de plein contentieux, sur le droit du requérant à une protection au titre de l'asile au vu des circonstances de fait dont elle a connaissance au moment où elle se prononce* ».

⁵⁹⁵ R. 532-67 du CESEDA : « *Les décisions de la Cour nationale du droit d'asile peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État, dans les conditions prévues par les articles R. 821-1 et suivants du code de justice administrative* » ; R. 821-1 du Code de justice administrative : « *Sauf disposition contraire, le délai de recours en cassation est de deux mois.* ».

⁵⁹⁶ Contrairement au principe du caractère non-suspensif des recours devant le juge administratif inscrit à l'article L. 4 du Code de justice administrative.

⁵⁹⁷ R. 531-23 du CESEDA : « *Lorsque l'Office français de protection des réfugiés et apatrides examine une demande d'asile en procédure accélérée, il statue dans un délai de quinze jours à compter de l'introduction de la demande.* ».

⁵⁹⁸ L. 532-6 du CESEDA : « *La Cour nationale du droit d'asile statue en formation collégiale, dans un délai de cinq mois à compter de sa saisine. Toutefois, [...] lorsque la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides a été prise selon la procédure accélérée [...] le président de la cour ou le président de formation de jugement qu'il désigne à cette fin statue dans un délai de cinq semaines à compter de sa saisine.* ».

⁵⁹⁹ FERRARI D., *La redéfinition de la liberté de religion au prisme du statut de réfugié religieux*, HDR, Université de Strasbourg, 2021, p. 147.

⁶⁰⁰ FRAISSINIER-AMIOT V., « *Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte* », *op. cit.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

ou un homme en tant que tel, ne peut donc obtenir le statut de réfugié sur la simple considération de son sexe, de son identité sexuelle ou de son orientation sexuelle »⁶⁰². Cependant, dès la fin du XX^{ème} siècle, certains ressortissants étrangers homosexuels ont cherché à solliciter l'asile sur le fondement de persécutions du fait de l'appartenance à un certain groupe social. Ils se confrontèrent à des rejets systématiques de leurs demandes. À titre d'exemple, dans une décision du 17 décembre 1993, la CRR rejeta le recours contre un refus d'octroi de la qualité de réfugié à un ressortissant étranger interné en psychiatrie à deux reprises du fait de son homosexualité car cette dernière n'était pas « *de nature à permettre de regarder le requérant comme entrant dans l'un des cas prévus par les stipulations précitées de la Convention de Genève* »⁶⁰³. Toutefois, cette ligne jurisprudentielle se heurtait à son incohérence face aux recommandations du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés (HCR) et à la position européenne. C'est pourquoi, l'OFPRA, la CNDA et le Conseil d'État ont évolué.

B. L'inclusion tardive des demandes de protection liées à l'orientation sexuelle

L'inclusion des demandes de protection internationale liées à l'orientation sexuelle fut progressive. Après quelques balbutiements (1), la notion de groupe social s'est appliquée à l'orientation sexuelle et protège depuis les demandeurs d'asile lesbiens, gays ou bisexuels (2).

1. Les balbutiements d'une protection propre à l'orientation sexuelle

La reconnaissance de l'orientation sexuelle comme motif de persécution en droit interne est apparue comme la conséquence d'une conjonction de facteurs liée à l'influence des acteurs supranationaux et à l'assouplissement des conditions d'octroi de l'asile.

L'influence du HCR et des Communautés européennes. Selon D. Ferrari, deux éléments « *mettent en lumière l'ouverture du statut de réfugié aux personnes LGBTI comme le résultat de la circulation des modèles de protection* »⁶⁰⁴. Il s'agit de la première directive « *Qualification* » et des actes du HCR qui sont destinés à fournir « *des conseils d'interprétation juridique [sur la] détermination du statut de réfugié* »⁶⁰⁵. Ainsi, dans son *guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* de 1992, le HCR élargit l'interprétation du critère tenant à l'auteur des persécutions. Il indiqua que si « *on entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays* », cette action

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ CRR, 17 décembre 1993, *M. K.*, n°229428.

⁶⁰⁴ FERRARI D., *La redéfinition de la liberté de religion au prisme du statut de réfugié religieux*, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁰⁵ HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 2012.

« peut également être le fait de groupes de la population »⁶⁰⁶. Plus en aval, le HCR précisa que « lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace »⁶⁰⁷. Cette première précision ouvre une brèche aux personnes LGB. Si la persécution les concernant peut être étatique, elle est souvent infraétatique. Elle émane « de proches, de la famille, de personnes privées, de communautés religieuses ou de groupuscules homophobes »⁶⁰⁸. Parallèlement à cette interprétation innovante du HCR, les Communautés européennes reconnaissaient l'orientation sexuelle comme critère de discrimination⁶⁰⁹. Ce critère fut ensuite inscrit dans la Directive « *Qualification* » de 2004, laquelle est centrale pour deux raisons. D'une part, elle confirme en son article 6 que « Les acteurs des persécutions ou des atteintes graves peuvent être [...] des acteurs non étatiques ». D'autre part, elle indique en son article 10 qu'« un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier : ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. ». Conséquence de ces deux précisions – tenant à l'auteur des persécutions et à la définition du groupe social – les conditions d'octroi de l'asile furent assouplies.

L'assouplissement des conditions pour obtenir l'asile. En premier lieu, la jurisprudence interne fut plutôt réactive dans l'assouplissement du critère tenant à l'agent de persécution. Dès un arrêt du 27 mai 1983, le Conseil d'État précisait qu'il ne résulte pas de la Convention de Genève que « les persécutions subies doivent émaner directement des autorités publiques ; que des persécutions exercées par des particuliers, [...], peuvent être retenues, dès lors qu'elles sont en fait encouragées ou tolérées volontairement par l'autorité publique »⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 1992, §65.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ FRAISSINIER-AMIOT V., *op. cit.*

⁶⁰⁹ Voir en ce sens : « *La prégnance communautaire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* », p. 60 à 64 du présent mémoire.

⁶¹⁰ CE, sect., 27 mai 1983, M. D., n°42074, Lebon.

Néanmoins, cette formulation était plus restrictive que celle du HCR, puisqu'il fallait démontrer que l'autorité encourageait « *volontairement* » les persécutions. *In fine*, l'interprétation extensive de la qualité d'agent de persécution entreprise par le HCR se hissa au niveau législatif par l'adoption de la loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003. En second lieu, l'assouplissement tenant à la reconnaissance d'un groupe social à raison de l'orientation sexuelle continuait de s'affirmer au niveau supranational. Aussi, le principe 23 des Principes de Jogjakarta indiquait en 2007 que « *devant la persécution, y compris la persécution liée à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, toute personne a le droit de demander l'asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* »⁶¹¹. Puis en 2012, le HCR publiait ses principes directeurs sur les « *Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre* »⁶¹². En droit interne, si l'assouplissement de la condition tenant aux agents de persécution fut aisé, la reconnaissance du groupe social lié à l'orientation sexuelle continuait de se faire attendre.

Des décisions internes balbutiantes. Dans une décision du 12 mai 1999, la CRR commença à faire évoluer sa position. En l'espèce, un ressortissant algérien avait été interpellé à plusieurs reprises en raison de son homosexualité et de son engagement dans la lutte contre le sida et avait « *été arrêté et brutalisé, détenu puis déféré à une juridiction qui l'a condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis pour homosexualité* »⁶¹³. La CRR lui octroya le statut de réfugié du fait de son appartenance à un certain groupe social. Toutefois, elle précisa que « *deux conditions doivent être remplies afin de pouvoir prétendre à la notion conventionnelle de groupe social : l'intéressé doit, d'une part, revendiquer son homosexualité et, d'autre part, la manifester dans son comportement extérieur* »⁶¹⁴. Ce seuil de condition était particulièrement élevé. De fait, si cette décision constituait une avancée et fut confirmée en 2005 et 2006⁶¹⁵, force est d'admettre qu'elle était contraire à la directive « *Qualification* » de 2004 qui ne faisait nullement référence à une revendication de l'homosexualité dans la caractérisation d'un groupe social. *A posteriori*, les décisions semblèrent incertaines. En effet, il arriva que la protection soit reconnue sans que l'homosexualité ne soit manifestée extérieurement. Dans une décision de 2009, la CNDA indiqua que « *la situation des homosexuels en Tunisie quand bien même ils n'auraient ni revendiqué, ni manifesté leur orientation sexuelle de manière ostensible, permet*

⁶¹¹ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Principe sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, Jogjakarta, 2007.

⁶¹² HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°9*, *op. cit.*

⁶¹³ CRR, 12 mai 1999 *M. D.*, n° 98006017/328310.

⁶¹⁴ KOBELINSKY C., « L'asile gay : jurisprudence de l'intime à la Cour nationale du droit d'asile », *Droit et société*, 2012, n°82, p. 583.

⁶¹⁵ CRR, 21 octobre 2005, *M. K.* n° 04020851/495394 et CE, 23 août 2006, *OFPRA c/ Mme S.*, n° 272679, *T. Lebon*.

de les regarder comme un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe »⁶¹⁶. En fin de compte, le droit interne se stabilisa à partir de 2010 et accepta de caractériser un certain groupe social lié à l'orientation sexuelle au regard des conditions posées au niveau supranational : le partage entre des individus d'une caractéristique innée ou d'une histoire commune et la perception sociale de ce groupe comme étant différent.

2. L'éclosion d'un groupe social à raison de l'orientation sexuelle

Dès 2010, le droit français s'affina et entérina la qualification du groupe social à raison de l'orientation sexuelle. Dorénavant, tant l'asile que la protection subsidiaire peuvent être sollicités en cas de persécutions du fait de l'orientation sexuelle.

La clarification du groupe social lié à l'orientation sexuelle. À la suite de l'adoption de la directive « *Qualification* », le droit européen admettait qu'un groupe social se définit par les deux critères cumulatifs précités. Si le droit interne démontrait une forme de résistance, le Conseil d'État se soumit finalement au droit de l'Union à partir de deux décisions du 14 juin 2010⁶¹⁷. Les années postérieures confirmèrent la posture du droit français et européen. En 2011, la nouvelle directive « *Qualification* » reprit les deux critères de définition du groupe social en son article 10. En 2012, le Conseil d'État les appliqua et indiqua qu'« *en fonction des conditions qui prévalent dans un pays, des personnes peuvent, à raison de leur orientation sexuelle, constituer un groupe social au sens de ces dispositions* »⁶¹⁸. En 2013, la CJUE « *se prononce pour la première fois sur la définition 'de l'appartenance à un certain groupe social' comme motif de persécution susceptible d'aboutir à la reconnaissance du statut de réfugié, et énonce formellement que les personnes homosexuelles peuvent constituer un groupe social* »⁶¹⁹⁶²⁰. En 2015, la loi n°2015-925 transpose la nouvelle Directive « *Qualification* ». Elle est reprise par la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 qui inscrit dans le CESEDA un article L. 511-3, lequel dispose que : « *S'agissant des motifs de persécution, les aspects liés au sexe, à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle sont pris en considération aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe* ». En définitive, un ressortissant étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle peut solliciter l'asile sans avoir, contrairement à la jurisprudence antérieure, à manifester

⁶¹⁶ CNDA, 7 juillet 2009, n°379319.

⁶¹⁷ CE, 14 juin 2010, *OFPRA c/ A.*, n° 323669, *Lebon* et CE, 14 juin 2010, *OFPRA c/ M. H.*, n°323671, *Inédit*.

⁶¹⁸ CE, 27 juillet 2012, n°349824, *Lebon*, cons. 2.

⁶¹⁹ BASILIEN-GAINCHE M.-L et LANTERO C., « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social : Une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », *Actualités Droits-Libertés, RevDH*, 2013.

⁶²⁰ CJUE, 7 novembre 2013, *X. Y. Z.*, C-199/12, §70, 71 et 75.

publiquement son orientation sexuelle⁶²¹. En revanche, le droit de l'Union et le droit interne n'ont pas rompu avec l'approche cumulative de la définition du groupe social. En effet, dans « son arrêt du 7 novembre 2013, la CJUE confirme une telle approche en affirmant que 'deux conditions cumulatives' doivent être remplies pour qu'un groupe soit considéré comme 'un certain groupe social' »⁶²². En somme, dès lors qu'une personne, hors de son État d'origine, prouve qu'elle craint avec raison des risques de persécutions graves, personnels et actuels, du fait de son orientation sexuelle et qu'elle ne peut être protégée dans ledit État, elle peut se voir reconnaître la qualité de réfugié. En cas de rejet, reste la voie de la protection subsidiaire.

La voie de la protection subsidiaire. Comme précisé *ab initio*, le demandeur d'asile débouté est encore en mesure d'obtenir une protection *via* le mécanisme de la protection subsidiaire. Selon D. Borrillo, celui-ci peut être opportun dans trois hypothèses à l'égard des personnes LGB. D'une part, l'auteur estime que la protection subsidiaire peut être utile lorsqu'il existe des « *risques d'atteintes aux droits du demandeur du fait de son orientation sexuelle* »⁶²³ mais que les conditions du groupe social ne sont pas satisfaites. D'autre part, elle peut être pertinente lorsque « *l'orientation sexuelle ne semble pas clairement établie, mais que les violences encourues par les demandeurs sont par contre avérées* »⁶²⁴. Enfin, la protection subsidiaire est efficace lorsque le lien de causalité entre les persécutions et l'orientation sexuelle n'est pas établi. Si pour ces trois raisons, un demandeur d'asile peut solliciter la protection subsidiaire, de nombreux exemples jurisprudentiels témoignent de l'octroi fréquent de la qualité de réfugié du fait de l'appartenance à un certain groupe social.

Les applications jurisprudentielles. À l'aune de la jurisprudence, les persécutions subies par les ressortissants étrangers du fait de leur orientation sexuelle sont multiples. Ainsi, conformément à l'article 9 de la directive « *Qualification* », les persécutions peuvent découler de violences physiques ou mentales, de mesures légales, administratives ou judiciaires discriminatoires, de poursuites ou encore de sanctions disproportionnées ou discriminatoires. Par exemple, dans une décision du 2 novembre 2022, la CNDA reconnaît la qualité de réfugié à un ressortissant turc en raison de ses craintes de persécution du fait son homosexualité. En l'espèce, la Cour constate le durcissement du regard social sur l'homosexualité en Turquie et les violences graves et menaces de mort subies par le requérant⁶²⁵. Dans une décision du 3

⁶²¹ Affirmé explicitement pour la première fois dans CE, 27 juillet 2012, n°349824, *Lebon* et réaffirmé à de nombreuses reprises ; Exemple : CE, 21 avril 2017, n°399780, *Inédit*, cons. 3.

⁶²² BASILIEN-GAINCHE M.-L et LANTERO C., *op. cit.*

⁶²³ BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, L'Harmattan, Paris, 2022, p. 79.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ CNDA, 2 novembre 2022, *M. F.*, n°22034674.

janvier 2022, la CNDA reconnaît la qualité de réfugié à un ressortissant zanzibari du fait de son orientation sexuelle. En effet, la loi pénale de Zanzibar réprime les relations homosexuelles, le requérant était régulièrement victime de violences intra-familiales et avait été incarcéré pendant plusieurs semaines en raison de son homosexualité⁶²⁶. Dans une décision du 16 février 2021, la CNDA reconnaît la qualité de réfugié à une requérante béninoise menacée et maltraitée par son époux puis rejetée par ses parents pour sa liaison avec une femme⁶²⁷. Les exemples pourraient se multiplier⁶²⁸. Cependant, la nuance est primordiale. L’octroi d’une protection internationale fondée sur l’orientation sexuelle n’est pas chose aisée. Cet échantillon de décisions favorables dissimule pléthore de décisions défavorables. S’enclenche alors un désarroi de la protection internationale fondée sur l’orientation sexuelle qui se confronte à de nombreux obstacles.

II. Le désarroi de la protection internationale fondée sur l’orientation sexuelle

En dépit de cette évolution, la protection internationale fondée sur l’orientation sexuelle connaît de nombreux écueils (A). Toutefois, plusieurs perspectives d’amélioration à leur égard peuvent être envisagées (B).

A. Les écueils de la demande d’asile fondée sur l’orientation sexuelle

Les écueils entourant la demande d’asile liée à l’orientation sexuelle ont majoritairement trait à sa procédure. Les uns sont perceptibles (1), les autres sont imperceptibles (2).

1. Les écueils perceptibles de la procédure de demande d’asile

Deux séries d’obstacles perceptibles restreignent les possibilités de protection des ressortissants étrangers persécutés du fait de leur orientation sexuelle. Il s’agit de l’instauration de la liste des pays d’origine sûrs et du système probatoire.

La liste des pays d’origine sûrs. Le mécanisme dit « *des pays d’origine sûrs* »⁶²⁹ constitue un frein à l’octroi de la protection internationale en matière d’orientation sexuelle. Le principe, formalisé en droit positif dans la première directive « *Procédure* » du 1^{er} décembre 2005⁶³⁰, est le suivant : « *lorsqu’un pays tiers peut être considéré comme un pays d’origine sûr, les États membres devraient pouvoir le désigner comme tel et présumer qu’un demandeur donné*

⁶²⁶ CNDA, 3 janvier 2022, *M. A.*, n°21035853C.

⁶²⁷ CNDA, 16 février 2021, *Mme T.*, n°19017666.

⁶²⁸ Exemple : CE, 21 avril 2017, n°399780, *Inédit* ; CE, 8 février 2017, n°379378, *Inédit* ; CE, 17 juin 2016, n°391534, *Inédit* ; CE, 22 juillet 2015, n°375630, *Inédit* ; CNDA, 4 novembre 2014, *M. S.*, n°13021072 ; CNDA, 7 mars 2018, *M. K.*, n°17052507 ou encore CNDA, 13 décembre 2021, *M. G.*, n°210365532C.

⁶²⁹ Voir pour la définition du concept : p. 122 du présent mémoire.

⁶³⁰ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005.

y est en sécurité, sauf si celui-ci présente des éléments sérieux en sens contraire »⁶³¹. De fait, lorsqu'un pays figure sur la liste des pays d'origine sûrs, la demande d'asile est placée en procédure accélérée. Si l'article L. 531-25 du CESEDA indique depuis la loi n°2018-778 que l'établissement de ladite liste doit prendre en compte l'orientation sexuelle, les obstacles perdurent. Temps d'instruction de quinze jours au lieu de six mois, caractère non-suspensif des recours, juge unique et exigence probatoire plus élevée sont autant de conséquences du placement en procédure accélérée. Hélas, un grand nombre de pays « *considérés comme sûrs à l'égard des homosexuels ne le sont pas nécessairement* »⁶³². De fait, chaque délibération de l'OFPRA modifiant la liste est contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Dernièrement, dans un arrêt du 2 juillet 2021, le Conseil d'État annulait la délibération du 5 novembre 2019 en ce qu'elle maintenait sur la liste les Républiques du Bénin, du Sénégal et du Ghana. En revanche, le Conseil d'État confirmait la présence de l'Albanie, de la Géorgie ou encore du Kosovo car ils ne pénalisaient plus l'homosexualité et préoyaient des législations antidiscriminatoires. Pourtant, dans son rapport d'activité de 2021⁶³³, l'OFPRA reconnaissait qu'en Europe, la plupart des demandes de protection fondée sur l'orientation sexuelle provenaient de l'Albanie, de la Géorgie et du Kosovo. Ambiguë, contradictoire et préjudiciable, « *cette liste emporte un sentiment de perplexité* »⁶³⁴ et s'érige en un obstacle pour les demandeurs d'asile qui se confrontent également à l'obstacle probatoire.

La preuve. Lorsqu'un demandeur d'asile sollicite une protection du fait de persécutions à raison de son orientation sexuelle, il doit prouver son homosexualité ou sa bisexualité, les persécutions ou traitements inhumains qu'il subit et l'absence de protection de son État d'origine. De manière générale, cette recherche de la preuve est gouvernée par un principe de coopération entre l'État d'accueil et le demandeur⁶³⁵. Ce dernier doit seulement apporter un commencement de preuve. À cette fin, son récit de vie est central et il peut être accompagné d'éléments matériels, à l'image de documents officiels et de documents testimoniaux. En effet, la parole médicale ou judiciaire « *dispose en la circonstance d'un poids, d'une légitimité dont ne dispose pas nécessairement la parole du requérant* »⁶³⁶ et les témoignages « *apparaissent dans certains cas déterminants pour la reconnaissance d'une protection internationale même*

⁶³¹ FRAISSINIER-AMIOT V., *op. cit.*

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ OFPRA, *Rapport annuel d'activité 2021, 2022.*, p. 55.

⁶³⁴ FRAISSINIER-AMIOT V., *op. cit.*

⁶³⁵ L. 531-5 du CESEDA : « [...] Il appartient à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande. ».

⁶³⁶ BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité, op. cit.*, p. 109.

si beaucoup d'attestation sont souvent jugées comme étant rédigées par complaisance »⁶³⁷. Les autorités doivent, de leur côté, s'informer sur le contexte géopolitique de l'État d'origine du demandeur. À ce titre, l'OFPRA dispose d'un groupe thématique consacré à l'orientation sexuelle qui « *élabore et met à la disposition des officiers de protection des lignes directrices* »⁶³⁸. Les autorités jouent également un rôle lors de l'entretien ou de l'audience. Elles doivent poser des questions précises pour obtenir les renseignements nécessaires. Or, en matière d'orientation sexuelle, cette phase est délicate. Dans le parcours antérieur d'un demandeur, « *la discrétion sur l'orientation sexuelle est parfois une question de survie* »⁶³⁹. Pourtant, soudainement, il doit l'établir et la justifier. Particulièrement intrusif, la CJUE a dès lors encadré ce régime probatoire. Dans son arrêt du 7 novembre 2013 précité, la Cour devait « *examiner la légalité des preuves exigées ou volontairement déposées par [les] [...] requérants pour justifier leur orientation sexuelle* »⁶⁴⁰. À cette occasion, elle a précisé les principes moteurs de l'évaluation du caractère plausible de l'orientation sexuelle d'un demandeur dont l'autodétermination par le demandeur de son orientation sexuelle, le droit des États d'évaluer la crédibilité d'une orientation sexuelle, l'obligation de conduire un examen individuel et non stéréotypé de la demande et le respect des droits fondamentaux en constituent les grands axes. Ainsi, les déclarations du demandeur doivent constituer le point de départ de l'évaluation de la demande d'asile. De plus, la Cour « *a strictement interdit quatre pratiques pour évaluer la crédibilité d'une orientation sexuelle alléguée par les demandeurs d'asile* »⁶⁴¹. Selon M. Tissier-Raffin⁶⁴², la Cour interdit en effet les interrogatoires portant sur les détails de la vie sexuelle des requérants, les preuves se basant sur des tests médicaux, des vidéos ou des photographies, les décisions de rejet se fondant exclusivement sur une révélation tardive de l'orientation sexuelle et celles se fondant sur des réponses dites « *incorrectes* » au regard d'une conception stéréotypée de l'orientation sexuelle. Dans un arrêt du 2 décembre 2014, la CJUE précise que si le recours à l'expertise est possible, il « *éclaire la décision d'asile mais ne saurait aucunement la fonder* »⁶⁴³. Enfin, dans un arrêt de 2018⁶⁴⁴, la Cour rend une décision nuancée. Elle estime que les tests projectifs de personnalité sont interdits car ils sont trop invasifs dans

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 111.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 117.

⁶³⁹ FRAISSINIER-AMIOT V., *op. cit.*

⁶⁴⁰ TISSIER-RAFIN M., « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être apprécié dans la dignité », *Actualités Droits-Libertés, RevDH*, 2015.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ BARBOU DES PLACES S., « Comment vérifier la crédibilité des déclarations d'un demandeur d'asile qui invoque son orientation sexuelle comme motif de crainte de persécution ? », *Chronique Droit de l'asile et immigration, RTD eur*, 2019, p. 182.

⁶⁴⁴ CJUE, 25 janvier 2018, C- 473/ 16.

la vie privée du demandeur. En revanche, « *elle consacre une fois de plus le droit des autorités nationales d'interroger la crédibilité des déclarations des personnes demandant asile du fait de leur orientation sexuelle* »⁶⁴⁵. À l'aune de ce triptyque décisionnel, il ressort que le demandeur ne doit plus « *prouver* » son orientation sexuelle mais la rendre crédible. Cela constitue un amenuisement notable de la charge probatoire mais « *est-il légitime d'évaluer par principe la crédibilité de l'orientation sexuelle du demandeur [...] ?* »⁶⁴⁶. L'orientation sexuelle est un élément subjectif que seul, *a priori*, le demandeur peut déterminer. Or, en autorisant les États à apprécier la crédibilité de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile, ce n'est plus seulement lui qui, dans une certaine mesure, détermine son orientation sexuelle. Ainsi, les rejets d'octroi de la protection sur le motif que l'orientation sexuelle du demandeur ne serait pas établie sont nombreux. Par exemple, dans un arrêt du 15 juin 2021, le Conseil d'État indiquait que « *la Cour nationale du droit d'asile a estimé que les pièces du dossier et les déclarations de l'intéressée ne permettaient de tenir pour établis ni son orientation sexuelle, ni les faits allégués et les craintes évoquées* »⁶⁴⁷. Au-delà de cet écueil, cet examen de la crédibilité des allégations d'un demandeur d'asile sur son orientation sexuelle révèle aussi des écueils imperceptibles.

2. Les écueils imperceptibles de la procédure de demande d'asile

Des obstacles imperceptibles se nichent également au cours de la procédure de demande d'asile. Imperceptibles car inconscientes, inconscientes donc plus difficilement surmontables, certaines failles de la procédure d'asile tiennent à ces éléments qui s'immiscent subrepticement dans le dialogue entre le demandeur d'asile et les autorités administratives ou juridictionnelles.

Les obstacles au cours de l'échange : les biais de la parole. « *Toute réponse à une demande d'asile est [...] une alliance de deux subjectivités que rien ne préparait à se rencontrer ni à composer* »⁶⁴⁸. La rencontre de ces deux subjectivités – administration ou juge avec demandeur d'asile – est d'autant plus révélée lorsque la demande d'asile porte sur l'orientation sexuelle. En effet, l'élément central de l'entretien avec le demandeur repose sur l'évaluation de la crédibilité de son récit. Selon le HCR, la crédibilité « *est établie lorsque le demandeur présente une demande cohérente et plausible, n'entrant pas en contradiction avec des informations générales connues, et qui peut donc, tout bien considéré, être crue* »⁶⁴⁹. Appliquée

⁶⁴⁵ BONGIOVANNI A. « Demande d'asile au motif de l'orientation sexuelle : la CJUE fait un tout petit pas... mais dans la bonne direction », Actualités Droits-Libertés, *RevDH*, 2018.

⁶⁴⁶ BARBOU DES PLACES S., *op. cit.*

⁶⁴⁷ CE, 15 juin 2021, n°435467, *Inédit*.

⁶⁴⁸ ISNARD H., « Le récit du réfugié est-il une fiction ? », *Topique*, 2011, n°1, p. 107.

⁶⁴⁹ HCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 1998 citée par BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, *op. cit.*, p. 165.

à l'orientation sexuelle, cette grille de lecture sous-tend quatre critères. La cohésion du récit doit d'une part être interne. En ce sens, le récit ne doit pas traduire de divergences, de contradictions ou de variations dans les faits. La cohésion doit en outre être externe, c'est-à-dire cohérente avec les informations connues relatives à la situation des personnes LGB dans le pays d'origine. Le récit doit être plausible, « *raisonnable, vraisemblable ou probable* »⁶⁵⁰. Enfin, il doit être cru. Ce motif tient, selon D. Borrillo, à l'attitude du demandeur qui ne doit pas délivrer un récit impersonnel. Ce sont donc l'ensemble de ces éléments auxquels doit veiller l'officier de protection ou le juge. Or dans cet échange, l'expression de la parole peut être biaisée. À cet égard, « *la terminologie occidentale des identités sexuelles et de genre, telles qu'homosexuel-le, bisexuel-le, trans n'est pas forcément celle des subjectivités multiples des demandeurs-ses d'asile et n'est pas connue de tous-tes* »⁶⁵¹. Souvent omis, ce décalage culturel est absolument essentiel dans la mesure où il « *est susceptible de générer des malentendus dans la compréhension des déclarations des demandeurs par les décideurs de l'asile* »⁶⁵². Il est renforcé par l'histoire personnelle des demandeurs. En effet, un demandeur d'asile homosexuel ou bisexuel peut avoir évolué dans une culture réfractaire à son orientation sexuelle. Il ne connaît parfois qu'un langage lui-même stéréotypé et peut nier son orientation sexuelle envers laquelle il nourrit « *un sentiment de honte profonde et/ou d'homophobie intériorisé* »⁶⁵³. Partant, la demande d'asile sur le fondement de l'orientation sexuelle est singulière. En outre, les demandes d'asile sur ce fondement renforcent « *la culture de la suspicion* »⁶⁵⁴, omniprésente dans le droit de l'asile. Les agents se méfiant constamment des faux demandeurs d'asile, « *quand il s'agit d'apprécier une donnée factuelle aussi complexe que l'orientation sexuelle, cette logique peut aboutir à des pratiques intrusives* »⁶⁵⁵. Aussi, en dépit des pratiques probatoires interdites, certaines questions posées lors de l'entretien sont intrusives. Dans les entretiens avec l'officier de protection « *il est souvent demandé : [...] ; 'A quel âge environ avez-vous commencé à vous demander si vous n'étiez pas homosexuel ?' ; 'Comment ressentez-vous le fait d'être homosexuel ?' ; 'Vous avez noué des relations avec des garçons dans votre pays ?'* »⁶⁵⁶. Enfin, entre le défi de la crédibilité du demandeur et celui de la suspicion pour

⁶⁵⁰ BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, op. cit., p. 167.

⁶⁵¹ AIDES, *Demande d'asile LGBTI+ : un droit entravé*, 2018, p. 40 cité par BORRILLO D., SALCEDO M. et HAVKIN S., *La preuve dans les demandes d'asile en raison de l'orientation sexuelle*, Rapport de recherche, Défenseur des droits, 2020.

⁶⁵² BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, op. cit., p. 142.

⁶⁵³ HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°9*, op. cit. §63.

⁶⁵⁴ TISSIER-RAFIN M., « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être apprécié dans la dignité », op. cit.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, op. cit., p. 125.

l'administration et le juge, il y a le travail central du traducteur. Il doit outrepasser la barrière de la langue qui complexifie en elle-même la procédure. C'est pourquoi, le HCR a alerté sur le fait que « *les personnes chargées de l'entretien et les interprètes doivent éviter d'exprimer, verbalement ou par le langage corporel, tout jugement sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre, le comportement sexuel ou le schéma relationnel du demandeur* »⁶⁵⁷. En tout état de cause, s'il est le cœur de la demande d'asile, l'entretien est biaisé par l'ensemble de ces éléments. À son issue, la prise de décision se confronte aussi à des biais.

Les obstacles dans la prise de décision : les biais de l'intime conviction. Selon J. Probst, « *dans l'instruction de la demande d'asile, il faut savoir renoncer à la vérité et se contenter d'une conviction ou croyance. Entre conviction et connaissance de la vérité vient s'intercaler l'imagination. A défaut de pouvoir savoir, vérifier, observer avec ses propres yeux ou être témoin, les instructeurs opèrent des reconstructions mentales, essaient de revivre de manière empathique, d'imaginer le déroulement des événements* »⁶⁵⁸. Dans ce processus, l'intime conviction ici décrite est centrale. Elle peut néanmoins être biaisée. En effet, faute de certitude, l'administration et le juge doivent être convaincus. En théorie, ils vérifient à cette fin la crédibilité sur les quatre points susmentionnés. En pratique, et parce que la décision est le fruit d'une rencontre de deux subjectivités, l'autorité décisionnaire peut se confronter à des biais inconscients. D'une part, « *malgré un certain nombre de standards juridictionnels quant à l'évaluation des demandes d'asile, le contentieux [et la procédure administrative] de l'asile est nécessairement prisonnier de biais ethnocentristes et culturels* »⁶⁵⁹. Ces biais applicables à toutes les demandes d'asile sont décuplés lorsqu'il est question d'asile à raison de l'orientation sexuelle. Le raisonnement peut en effet être stéréotypé et empreint de préjugés. Or, « *les expériences sont si diverses qu'il est impossible de s'appuyer sur des normes définissant comment sont supposées se comporter les personnes homosexuelles, sauf à tomber dans une compréhension superficielle du vécu de ces personnes, ou à s'appuyer sur des hypothèses culturellement inappropriées* »⁶⁶⁰. Ainsi, un fossé certain se creuse entre le demandeur d'asile et l'autorité décisionnaire. Toutefois, dans la mesure où il est inconscient voire naturel, H. Isnard considère que l'objectif n'est pas « *d'occulter ce fossé, mais de le réduire ou*

⁶⁵⁷ HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°9*, op. cit. §60.

⁶⁵⁸ PROBST J., *Instruire la demande d'asile : étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française*, Université de Strasbourg, 2012, p. 334 cité par BORRILLO D., *Droit d'asile et homosexualité*, op. cit., p. 155.

⁶⁵⁹ CAMUS A., « Office du juge de l'asile et crédibilité du récit », *RevDH*, n°18, 2020.

⁶⁶⁰ BARBOU DES PLACES S., op. cit.

simplement d'en tenir compte. »⁶⁶¹. Autrement dit, les autorités doivent être conscientes de ces différents éléments. Au-delà, certaines pistes d'amélioration peuvent être explorées pour pallier ce carcan.

B. Les remèdes à la demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle

Contre la qualification excessive de pays d'origine sûr, la charge probatoire excessive, les failles de la procédure et la rigidité des conditions d'octroi de la protection, plusieurs perspectives peuvent être envisagées. Elles tiennent à l'édification d'un arsenal procédural protecteur et à l'adoucissement des conditions de fond de l'asile.

Vers un arsenal procédural protecteur. En premier lieu, au regard du caractère fastidieux de la procédure d'asile fondée sur l'orientation sexuelle, le placement d'un dossier en procédure accélérée est néfaste. Aussi, la CNCDH « *recommande que l'Office français pour les réfugiés et les apatrides (Ofpra) se saisisse effectivement de sa faculté de déclasser un dossier de la procédure accélérée au profit de la procédure normale, pour les demandes invoquant l'orientation sexuelle* »⁶⁶². La présente étude partage ce point de vue. En effet, le délai de quinze jours de traitement d'une demande placée en procédure accélérée est inadéquat au prisme de l'asile à raison de l'orientation sexuelle. Surtout, à l'aune des biais entourant l'intime conviction du juge en la matière, le recours à une formation collégiale de jugement en cas de recours est nécessaire. Il permet de confronter les points de vue, de s'émanciper d'une vision stéréotypée ou ethnocentrée et d'avoir la palette d'arguments la plus fine possible. Pourtant, ce n'est pas la voie empruntée par le projet de loi dit « *Intégration et Immigration* ». Son article 20 bouleverse le principe de la collégialité du contentieux de l'asile. Il réécrirait l'article L. 131-7 du CESEDA et disposerait qu'« *à moins que, de sa propre initiative ou à la demande du requérant, le président de la Cour nationale du droit d'asile ou le président de formation de jugement désigné à cette fin ne décide, à tout moment de la procédure, d'inscrire l'affaire devant une formation collégiale ou de la lui renvoyer s'il estime qu'elle pose une question qui le justifie, les décisions de la Cour nationale du droit d'asile sont rendues par le président de la formation de jugement statuant seul* ». Le principe serait donc le juge unique pour statuer sur l'intégralité des recours dirigés contre une décision de l'OFPRA. En second lieu, « *les personnes LGBTI ont besoin d'un environnement bienveillant tout au long de la*

⁶⁶¹ CAMUS A., « Office du juge de l'asile et crédibilité du récit », *RevDH*, n°18, 2020.

⁶⁶² CNCDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 424.

procédure de détermination du statut de réfugié »⁶⁶³. À cette fin, tant la place des associations d'aide aux personnes LGB que la formation des agents sur la spécificité d'une demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle doit être renforcée au sein de l'OFPRA et de la CNDA. Effectivement, « *les entretiens sont encore trop souvent biaisés et certaines questions restent inadaptées, face à des personnes n'ayant pas les mêmes repères culturels que l'officier de protection* »⁶⁶⁴. Cette fois-ci, le projet de loi précité pourrait aller dans le sens d'un environnement confortable pour les demandeurs d'asile. Il prévoit la création expérimentale de pôles territoriaux de l'asile qui regrouperaient en un seul lieu les phases d'enregistrement de la demande, d'introduction de la demande et d'entretien personnel⁶⁶⁵. Cela éviterait le coût financier et psychologique d'un déplacement systématique en région parisienne. L'on pourrait songer à la mise en place dans chacun de ces pôles, à l'image de ce qui existe au sein de l'OFPRA, de référents « *orientation sexuelle* » afin de traiter au mieux les demandes sur ce fondement.

Vers un adoucissement des conditions d'octroi de l'asile. Outre l'aspect procédural, trois perspectives d'évolution peuvent être esquissées sur les conditions de fond de l'octroi de l'asile. D'une part, l'exigence probatoire pourrait être assouplie. En effet, le demandeur d'asile doit aujourd'hui rendre crédible son orientation sexuelle, prouver les risques de persécutions et l'absence de protection par son état d'origine. Si ces deux derniers éléments sont communs à l'ensemble des demandes et semblent donc devoir persister, il serait toutefois concevable de se contenter de l'autodétermination de son orientation sexuelle par le demandeur d'asile. Le demandeur indiquerait son orientation sexuelle puis établirait un récit circonstancié attestant du risque de persécutions qu'il encourt. Plus respectueux de la vie privée et de la dignité humaine, une telle évolution supposerait que la CJUE change elle-même de posture et mette fin au droit des États de vérifier la crédibilité de l'orientation sexuelle du demandeur. En outre, il serait possible de se conformer aux prédictions du HCR et de privilégier l'approche alternative à l'approche cumulative des conditions de définitions du groupe social. En effet, si le HCR définit le groupe social comme partageant des '*caractéristiques protégées*' ou '*une perception sociale*', le droit de l'Union et le droit interne exigent le cumul de ces conditions, ce qui nuit incontestablement à la reconnaissance de groupes sociaux dans certains États. Enfin, d'autres motifs de persécutions que celui de l'appartenance à un certain groupe social pourraient être

⁶⁶³ Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, déposé sur le bureau du Sénat le 2 février 2023.

⁶⁶⁴ CNCNDH, *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, op. cit., p. 426.

⁶⁶⁵ Article 19 du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

exploités. Par exemple, le militantisme et l'activisme en faveur des droits LGBT pourraient suffire à caractériser le motif de persécution tenant aux opinions politiques et permettre d'obtenir l'asile sans justifier de l'appartenance à un certain groupe social⁶⁶⁶.

En somme, les voies d'évolution sont multiples. Leur subtilité démontre toutefois que l'accueil de l'étranger persécuté du fait de son orientation sexuelle en droit français est possible, à l'image de l'interdiction d'éloigner un ressortissant étranger qui risque de telles persécutions.

Section 2. L'éloignement de l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle

Miroir de l'obligation d'accueil de l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle, le droit des étrangers interdit l'éloignement du ressortissant étranger risquant des persécutions sur ce fondement. C'est le droit international qui a façonné le principe (I) avant d'être imparfaitement réceptionné par le droit interne (II).

I. L'origine de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions

Initialement réservée aux demandeurs d'asile déboutés sous la dénomination de « *principe de non-refoulement* » (A), l'interdiction s'étend en droit européen à tout étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. En ce sens, elle dépasse les particularismes du droit de l'asile pour s'appliquer au champ plus vaste de la police administrative des étrangers (B).

A. Le principe de non-refoulement, fondement de l'interdiction en droit international

Le principe de non-refoulement a été consacré par la Convention de Genève de 1951. Il a été étayé et appliqué à l'orientation sexuelle en droit international sous l'empire du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et de la Convention contre la torture.

Un principe consacré par la Convention de Genève. « *Pierre angulaire de la protection internationale des réfugiés* »⁶⁶⁷, le paragraphe premier de l'article 33 de la Convention de Genève a consacré le principe de « *non refoulement* » en indiquant qu'« *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». Trois remarques doivent être formulées à l'égard de cet article. En premier lieu, il

⁶⁶⁶ Voir en ce sens : HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°9*, op. cit. §32.

⁶⁶⁷ HCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, §5.

ne vise que les ressortissants étrangers qui satisfont aux conditions de l'asile. En ce sens, le HCR a précisé qu'il pouvait également concerner les demandeurs d'asile. En second lieu, le principe de non-refoulement est un principe préventif. De fait, « *étant donné sa nature prospective, le principe de non-refoulement est indépendant de la matérialisation du risque* »⁶⁶⁸. Autrement dit, le réfugié ou demandeur d'asile qui s'en prévaut afin de démontrer l'illégalité d'une décision d'éloignement doit se contenter de démontrer un risque de persécution et non un fait matérialisé. Si le risque est démontré, la décision d'éloignement sera considérée comme illégale. Pour autant, « *l'interdiction du refoulement ne s'accompagne pas d'un droit à l'asile* »⁶⁶⁹. En dernier lieu, le principe de non-refoulement est limité. À ce titre, le second paragraphe dudit article 33 indique que « *Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays* ». L'interdiction n'est donc pas absolue. Elle suppose de résoudre une équation entre le risque de persécution qui pèse personnellement sur un individu et le risque collectif que supporte la société en l'accueillant. Cette formulation nuancée de l'interdiction de renvoi d'un réfugié qui risquerait des persécutions a été reprise, étayée et élargie dans d'autres instruments internationaux.

Un principe étoffé par le PIDCP et la Convention contre la torture⁶⁷⁰. Le PIDCP et la Convention onusienne contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ont renforcé le principe de non-refoulement. Tous deux sont des traités de droit international qui suivent les règles évoquées dans le présent mémoire à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁷¹. D'un côté, le PIDCP est un instrument général de protection des droits fondamentaux. Entré en vigueur par le jeu des ratifications le 23 mars 1976, la France le ratifia le 4 novembre 1980. Son premier protocole additionnel permet à tout individu, après épuisement des voies de recours internes, de présenter une communication devant un organe dédié : le Comité des droits de l'Homme. Toutefois, ce comité ne rend que

⁶⁶⁸ LE FORT O., *La preuve et le principe de non-refoulement*, Schulthess, Genève, 2018, p. 8.

⁶⁶⁹ *Ibid*, p. 9.

⁶⁷⁰ Les principes de la Commission internationale des juristes dits « *Principes de Jogjakarta* » interdisent également le principe de non-refoulement en son principe 23-C : « *Les États devront [...] Garantir qu'aucune personne ne sera renvoyée, expulsée ou extradée vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture, à la persécution ou à toute autre forme de traitement ou de peine cruels, inhumains ou dégradants, en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre* ».

⁶⁷¹ Voir en ce sens : « *L'enchevêtrement des systèmes juridiques internes et européens* », p. 75 et s. du présent mémoire.

des constatations dénuées d'effet contraignant à l'égard des États parties. En tout état de cause, l'article 7 dudit traité stipule que « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». De l'autre côté, la Convention contre la torture est un instrument sectoriel dédié à la protection contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Elle est entrée en vigueur le 26 juin 1987. La France la ratifia par une loi du 12 novembre 1985⁶⁷². Dans une recherche d'effectivité semblable à celle du PIDCP, la Convention institue un Comité contre la torture qui peut recevoir et examiner des communications individuelles après épuisement des voies de recours internes. Le Comité ne rend toutefois, lui aussi, que des constatations. Qu'importe, l'article 3 de la Convention stipule qu'« *Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* ». L'on peut noter que ces deux instruments ont une vocation plus large que la Convention de Genève. Ainsi, « *les personnes en statut irrégulier ou les apatrides* »⁶⁷³ peuvent les invoquer et « *toutes les mesures d'éloignement du territoire, qu'il s'agisse d'un refoulement, d'une expulsion, d'une extradition ou toute autre mesure de renvoi* »⁶⁷⁴ sont concernées. En outre, ils ne prévoient aucune dérogation et constituent *ipso facto* des interdictions absolues.

Un principe appliqué à l'orientation sexuelle. C'est au gré de cette ouverture conventionnelle que tant le Comité des droits de l'Homme que le Comité contre la torture ont constaté de nombreuses violations du fait de décisions de renvoi de personnes lesbiennes, gays ou bisexuelles. À titre illustratif, dans une communication du 17 janvier 2012, le Comité des droits de l'Homme a conclu que l'expulsion d'un ressortissant afghan bisexuel « *emporterait violation des art. 6 et 7 PIDCP* »⁶⁷⁵ eu égard « *au risque réel qu'il encourait en Afghanistan* »⁶⁷⁶. Confirmée à deux reprises⁶⁷⁷, cette posture démontre que le Comité des droits de l'Homme « *admet que le facteur de risque lié à l'orientation sexuelle [...] peut suffire pour conclure à une violation du Pacte* »⁶⁷⁸. Dans deux communications, il apparaît également que « *l'orientation sexuelle constitue un facteur déterminant* »⁶⁷⁹ pour le Comité contre la torture. Ainsi, un ressortissant bangladais homosexuel « *court personnellement un risque réel et*

⁶⁷² Loi n°85-1173 du 12 novembre 1985 autorisant la ratification d'une convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁶⁷³ LE FORT O., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ CDH, 17 janvier 2012, *X. c/ Suède*, n°1833/2008.

⁶⁷⁷ CDH, 25 juillet 2013, *M. I. c/ Suède*, n°2149/2012 et CDH, 12 juillet 2017, *M. K. H. c/ Danemark*, n°2462/2014.

⁶⁷⁸ LE FORT O., *op. cit.*, p. 103.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

prévisible d'être soumis à la torture s'il était renvoyé dans son pays d'origine »⁶⁸⁰. De même, l'homosexualité d'un ressortissant ougandais constitue un facteur de risque de soumission à la torture en cas d'éloignement⁶⁸¹. En somme, l'interdiction d'éloigner un ressortissant étranger en cas de risque de mauvais traitements fondés sur son orientation sexuelle est ancrée au niveau international. Demeure l'épineuse problématique du caractère non-contraignant de ces constatations. Sans la résoudre, il convient de souligner que l'article 7 du PIDCP comme l'article 3 de la Convention contre la torture sont invocables et parfois invoqués⁶⁸² par les ressortissants étrangers devant le juge administratif⁶⁸³. En effet, les juges du fond sont les juges de droit commun des dispositions internationales d'effet direct. Dans cette perspective, l'article 3 de la Convention EDH reste la stipulation la plus invoquée en droit interne.

B. L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, fondement de l'interdiction en droit européen

Si l'article 5 de la directive « *Retour* » et l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union évoquent le principe de non-refoulement⁶⁸⁴, c'est dans le cadre du droit européen des droits de l'Homme que l'interdiction d'éloigner un ressortissant étranger en danger connaît sa plus forte application *via* la technique de la protection par ricochet (1), laquelle est appliquée modérément dans le cadre de l'orientation sexuelle (2).

1. Une interdiction forgée par le mécanisme de la protection par ricochet

Au gré de son habituel dynamisme, la Cour EDH a consacré l'interdiction d'éloigner un ressortissant étranger qui risque des traitements inhumains ou dégradants. Cette reconnaissance est assise sur le mécanisme de la « *protection par ricochet* ».

Le principe. Si le droit des étrangers est longtemps resté aveugle aux risques encourus par un ressortissant étranger en cas de départ forcé, « *la montée en puissance du contentieux de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au fil des années 1980 a eu raison de cette zone de non-droit* »⁶⁸⁵. Reflet de l'article 7 du PIDCP, cet article pose un droit inconditionnel et une interdiction absolue : « *Nul*

⁶⁸⁰ CCT, 23 mai 2011, *M. c/ Suède*, n°338/2008, §7.

⁶⁸¹ CCT, 23 novembre 2015, *J. K c/ Canada*, n°562/2013.

⁶⁸² Exemple : CE, 1 juin 2011, n°342419, *T. Lebon* ou CE, sect., 26 juillet 2006, n°284513, *T. Lebon*.

⁶⁸³ Voir en ce sens : « *panorama des mesures d'éloignement en droit interne* », p. 144 du présent mémoire.

⁶⁸⁴ Article 5 de la Directive 2008/115/UE : « *Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres [...] respectent le principe de non-refoulement* » ; article 19 de la Charte des droits fondamentaux : « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* ».

⁶⁸⁵ TCHEN V., *Droit des étrangers*, Lexis Nexis, 2020, p. 993.

ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Rapidement, la Cour EDH a précisé son contenu et élargi son application *via* le mécanisme de la protection par ricochet. Ce mécanisme prétorien permet « *d'étendre la protection de certains droits garantis par l'instrument conventionnel à des droits non protégés par lui, ainsi du droit d'asile et du droit de ne pas être expulsé ou extradé* »⁶⁸⁶. Il s'inscrit dans un mouvement conséquentialiste de la Cour qui cherche à anticiper d'éventuelles violations de la Convention y compris en dehors des frontières de sa juridiction. Consacré de manière embryonnaire dans une décision de la Commission EDH du 26 mai 1961⁶⁸⁷, c'est la jurisprudence *Soering* de la Cour EDH de 1989⁶⁸⁸ qui en constitue la notice d'application. En l'occurrence, celle-ci reconnaît, que l'article 3 de la Convention EDH s'oppose à l'extradition par le Royaume-Uni d'un ressortissant américain qui risquerait, en cas de retour dans son pays d'origine, de demeurer dans le « *couloir de la mort* ». Par suite, cette jurisprudence en matière d'extradition a été appliquée à des mesures d'éloignement en particulier dans l'arrêt *Vilvarajah* de 1991⁶⁸⁹. Désormais, « *la protection par ricochet assure aux étrangers, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants du fait d'une mesure d'éloignement du territoire, quelle que soit sa nature* »⁶⁹⁰. Toutefois, le raisonnement de la Cour EDH est complexe et rend délicate l'application de cette protection.

Le raisonnement. Après une construction progressive, la Cour semble avoir arrêté son raisonnement en 2008 et 2012⁶⁹¹. Dorénavant, « *pour qu'un éloignement forcé envisagé soit contraire à la Convention, la condition nécessaire – et suffisante – est que le risque pour l'intéressé de subir dans le pays de destination des traitements interdits par l'article 3 soit réel et fondé sur des motifs sérieux et avérés* »⁶⁹². Deux remarques peuvent alors être apportées. D'une part, l'origine du risque peut être étatique ou infraétatique. La jurisprudence a en effet admis, classiquement, que les autorités étatiques pouvaient être responsables dudit risque⁶⁹³. Puis, elle a reconnu que le risque de mauvais traitements pouvait être le fait d'individus ou de groupes d'individus dès lors que l'État de destination « *n'est pas en mesure d'assurer une*

⁶⁸⁶ SUDRE F. et SURREL H., « Droits de l'Homme », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017.

⁶⁸⁷ Commission EDH, 26 mai 1961, *P. c/ Belgique*, n°984/61.

⁶⁸⁸ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88.

⁶⁸⁹ Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et a. c/ Royaume-Uni*, n°13163/87 et 13164/87.

⁶⁹⁰ SUDRE F. et SURREL H., « Droits de l'Homme », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017.

⁶⁹¹ Cour EDH, 28 février 2008, *S. c/ Italie*, n°37201/06 et Cour EDH, 23 février 2012, *H. J et a. c/ Italie*, n°27765/06.

⁶⁹² Cour EDH, 28 février 2008, *S. c/ Italie*, n°37201/06, §140 cité par LE FORT O., *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹³ Exemple : Cour EDH, 18 avril 2013, *M. C. c/ France*, n°18372/10.

protection efficace à la personne en instance de départ forcé »⁶⁹⁴⁶⁹⁵. D'autre part, la preuve du caractère réel et fondé du risque incombe au requérant. À cette fin, il doit faire part d'éléments personnels qui démontrent, par tout moyen, les risques qu'il encourt. Il doit également mettre en exergue des éléments plus généraux liés à la situation et au contexte qui existent dans le pays de destination. Cette charge probatoire est relativement lourde et explique l'application modérée de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des traitements inhumains en matière d'orientation sexuelle.

2. Une interdiction modérément appliquée à l'orientation sexuelle

Si la vulnérabilité de certains groupes est un facteur pris en compte par la Cour EDH, l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des traitements inhumains ou dégradants à raison de son orientation sexuelle n'a été que rarement appliquée dans sa jurisprudence.

La prise en compte de la vulnérabilité. L'exigence de réalité du risque de mauvais traitements a été adoucie par la prise en compte de certains facteurs de vulnérabilité au sein de la Cour EDH. En ce sens, « *le risque réel de violation de l'article 3 peut également résulter de l'appartenance [...] à une catégorie d'individus vulnérables, nécessitant une 'protection spéciale'* »⁶⁹⁶. Parmi ces groupes vulnérables, la Cour accorde par exemple « *un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale* »⁶⁹⁷. Si les personnes LGB constituent un groupe social au sens du droit de l'asile, aucune décision n'indique leur besoin de protection spéciale et leur vulnérabilité. Toutefois, O. Le Fort explique dans sa thèse qu'il faut entendre par groupe vulnérable « *un groupe qui présente des caractéristiques spécifiques de vulnérabilité, ces caractéristiques pouvant être intrinsèques ou extrinsèques* »⁶⁹⁸. Elle poursuit en considérant que « *par caractéristiques intrinsèques, on entend par exemple le genre, l'orientation sexuelle, [...] ou la grossesse* »⁶⁹⁹. De fait, l'on pourrait imaginer que la Cour EDH accepte de reconnaître l'orientation sexuelle comme facteur constitutif d'un groupe vulnérable afin d'assouplir l'exigence probatoire de la

⁶⁹⁴ TCHEN V., *Étrangers – Obligation de quitter le territoire. Réadmission*, Jurisclasseur Administratif, Fasc. 233-65, Lexis Nexis, 2021.

⁶⁹⁵ Cour EDH, 17 décembre 1996, *A. c/ Autriche*, n°25964/94 et Cour EDH, 29 avril 1997, *H. L. R. c/ France*, n°24573/94.

⁶⁹⁶ SUDRE F. et SURREL H., *op. cit.*

⁶⁹⁷ Cour EDH, 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, n°30696/09, §251.

⁶⁹⁸ LE FORT O., *op. cit.*, p. 90.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

réalité du risque. Ce n'est toutefois pas la position qu'elle a adoptée jusqu'alors, plus rigide que celle entretenue en matière de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁷⁰⁰.

L'application modérée à l'orientation sexuelle. La Cour EDH est saisie de nombreux recours visant à faire constater la violation de l'article 3 de la Convention éponyme face à une mesure d'éloignement vers un pays hostile à l'homosexualité ou à la bisexualité. Dans ce cadre, la Cour apparaît exigeante. Ainsi, dans un premier arrêt de 2014, elle a estimé que le renvoi d'un ressortissant libyen le temps qu'il sollicite le regroupement familial afin de vivre avec son époux suédois n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention EDH⁷⁰¹, eu égard au délai qu'une telle demande impliquait et ce, en dépit du caractère illégal de l'homosexualité en Libye et « *même si le requérant devrait être discret sur sa vie privée durant cette période* »⁷⁰². Cette position de la Cour est promptement critiquée par la juge Power-Forde dans son opinion dissidente. Elle indique que « *le fait que le requérant pourrait éviter le risque d'être persécuté en Libye en faisant preuve de plus de retenue et de réserve qu'un hétérosexuel dans l'expression de son orientation sexuelle n'est pas un facteur dont il faut tenir compte* ». Elle ajoute que le droit international et le droit européen reconnaissent les demandes d'asile fondée sur l'orientation sexuelle et que, si la présente affaire ne traite pas de l'asile, elle concerne l'éloignement d'un homosexuel vers la Libye « *où il court un risque réel d'être persécuté en raison de son orientation sexuelle* ». Il a fallu attendre 2017 pour que la Cour EDH évolue quant à l'exigence de discrétion qu'elle imposait dans l'arrêt précité. Elle admet dans un arrêt *I. K. c. Suisse* que « *l'orientation sexuelle constitue un aspect fondamental de l'identité et de la conscience d'un individu et qu'il ne saurait dès lors être exigé de personnes déposant une demande de protection internationale fondée sur leur orientation sexuelle qu'elles dissimulent cette dernière* »⁷⁰³. Elle conclut néanmoins au rejet de la requête, considérant que le risque de mauvais traitements en cas de renvoi du requérant homosexuel en Sierra Leone n'était pas fondé. *Bis repetita* dans un grand nombre d'affaires où la Cour confirme ce seuil probatoire très élevé⁷⁰⁴. L'on peut toutefois souligner un arrêt du 17 novembre 2020. En l'espèce, deux ressortissants, suisse et gambien, firent enregistrer leur partenariat homosexuel en 2014. Après un rejet de sa demande de regroupement familial en 2015, le ressortissant gambien risquait une

⁷⁰⁰ Voir en ce sens : « *La sensibilité de la Cour EDH à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* », p. 64 et s. du présent mémoire.

⁷⁰¹ Cour EDH, 26 juin 2014, *M. E. c/ Suède*, n°71398/12.

⁷⁰² *Ibid.*, §88.

⁷⁰³ Cour EDH, 19 décembre 2017, *I. K. c/ Suisse*, n°21417/17.

⁷⁰⁴ Cour EDH, 9 décembre 2004, *I. I. N. c/ Pays Bas*, n°203504/04 ; Cour EDH, 27 juin 2013, *M. K. N. c/ Suède*, n°72413/10 ; Cour EDH, 19 avril 2016, *A. N. c/ France*, n°12956/15.

mesure d'éloignement. La Cour EDH a considéré que les juridictions internes n'avaient pas suffisamment examiné les risques de mauvais traitements auxquels le ressortissant étranger pouvait être exposé en Gambie, ni la disponibilité d'une protection étatique contre des mauvais traitements émanant d'acteurs non étatiques. De fait, le renvoi du requérant en Gambie emportait violation de l'article 3 de la Convention⁷⁰⁵. Si cet arrêt démontre que l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions du fait de son orientation sexuelle est possible, il est à nuancer. La Cour indique en effet que « *l'existence dans le pays de destination de lois pénalisant les actes homosexuels ne suffit pas à elle seule à rendre l'expulsion d'une personne vers le pays en question contraire à l'article 3 de la Convention* »⁷⁰⁶. En tout état de cause, cette jurisprudence demeure bien plus exigeante que la jurisprudence de la Cour à l'égard des États qui relèvent directement de sa juridiction envers lesquels, une pénalisation de l'homosexualité, même inappliquée, est contraire à la Convention depuis l'arrêt *Dudgeon*⁷⁰⁷.

En somme, si la protection par ricochet est nécessaire afin d'empêcher l'éloignement d'un étranger qui risquerait des mauvais traitements du fait de son orientation sexuelle, elle s'applique difficilement. Un assouplissement de la jurisprudence serait souhaitable afin qu'elle soit protectrice et alignée sur le raisonnement mené à l'égard de la répression de l'homosexualité au sein des États parties. Surtout, de nouveau, les juges de droit commun de la conventionnalité sont les juges internes. Devant eux, l'article 3 est régulièrement invoqué, ce qui traduit de l'ancrage de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions.

II. L'ancrage de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions

En droit interne, la réception de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions à raison de son orientation sexuelle est en demi-teinte (A) et ses imperfections nécessitent d'envisager des perspectives d'amélioration (B).

A. La résonance décevante des droits supranationaux sur le droit interne

Si le droit des étrangers prend en compte l'interdiction d'éloigner un étranger en cas de risque de mauvais traitements (1), l'application de la disposition par le juge en matière d'orientation sexuelle est lacunaire (2).

⁷⁰⁵ Cour EDH, 17 novembre 2020, *B. et C. c/ Suisse*, n°889/19 et 43987/16, §62 et §63.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, §59.

⁷⁰⁷ Voir en ce sens : « *La clarté de l'engagement jurisprudentiel à la dépénalisation à partir des années 1980* », p. 54 et 55 du présent mémoire.

1. La reconnaissance de l'interdiction en droit interne

Le droit de l'éloignement est complexe. Il importe de dresser un panorama des mesures d'éloignement existantes avant d'interroger l'application de l'interdiction de telles mesures en cas de risque de mauvais traitements. D'emblée, l'on doit noter que le CESEDA ne s'applique que s'il n'existe pas de conventions bilatérales ou multilatérales applicables. Toutefois, parce qu'il constitue la *lex generalis* du droit des étrangers, l'étude entend se centrer sur lui.

Le panorama des mesures d'éloignement en droit interne. Le régime juridique de l'éloignement des étrangers renvoie à la prise d'actes de police administrative. La vocation de cette police administrative spéciale des étrangers, mise en œuvre lorsqu'une mesure d'éloignement s'impose, est de rétablir « *une situation de légalité* »⁷⁰⁸ ou de prévenir « *une menace caractérisée à l'ordre public* »⁷⁰⁹. Précision faite, force est de constater que le droit des étrangers « *offre un spectre de mesures de départ forcé d'une large ampleur : refus d'entrée, expulsion, interdiction administrative de retour, obligation de quitter le territoire, reconduite à la frontière, interdiction administrative du territoire, réadmission, transfert des candidats à l'asile* »⁷¹⁰. On intègre parfois dans ce spectre de l'éloignement l'extradition, qui est une mesure par laquelle un État, sur le territoire duquel se trouve un individu incriminé, remet ce dernier à un autre État afin qu'il puisse le juger ou faire exécuter sa peine. Son régime est encadré par le Code pénal. La singularité de l'extradition mise de côté, il importe de se focaliser sur les principales mesures d'éloignement : les obligations de quitter le territoire français (OQTF), les remises, l'expulsion et l'interdiction du territoire français. Ces quatre mesures peuvent être prises au gré de circonstances différentes. Ainsi, l'OQTF⁷¹¹ est la mesure prise la plus fréquemment afin d'éloigner un étranger. Au titre de l'article L. 611-3, elle intervient lorsqu'un étranger séjourne irrégulièrement sur le territoire du fait d'une entrée irrégulière, de l'expiration de son visa ou d'un refus de séjour. Elle intervient également lorsqu'un demandeur d'asile est définitivement débouté. Enfin, elle peut intervenir lorsque la présence d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public ou lorsque celui exerce irrégulièrement une activité professionnelle. Certains motifs, à l'image de la vie privée et familiale de l'étranger, de son état de santé ou encore de sa minorité, empêchent l'autorité administrative d'adopter une telle décision. Surtout, la décision portant OQTF contient généralement une kyrielle d'autres décisions indépendantes les unes des autres. Ainsi, il peut y avoir dans un seul acte, une décision

⁷⁰⁸ TCHEN V., *Droit des étrangers, op. cit.*, p. 925.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Cette mesure existe en droit français depuis la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006.

de refus de séjour, une décision portant OQTF, une décision accordant un délai de départ volontaire au ressortissant étranger voire une décision portant interdiction de retour. L'article L. 621-1 du CESEDA prévoit quant à lui les mesures de remise aux autorités d'un autre État membre de l'Union. Il s'agit, notamment, de la conséquence du système de répartition des demandes d'asile. Aussi, si un demandeur a déjà initié une demande dans un autre État, il peut être « remis » aux autorités de celui-ci. Par ailleurs, au titre de l'article L. 631-1 du CESEDA, « *L'autorité administrative peut décider d'expulser un étranger lorsque sa présence en France constitue une menace grave pour l'ordre public* ». Enfin, l'interdiction du territoire français peut être administrative⁷¹² ou pénale⁷¹³. Son objectif est d'empêcher la présence sur le territoire d'un étranger dont le comportement serait constitutif d'une menace pour l'ordre public.

L'interdiction d'éloignement en cas de dangers. Qu'il s'agisse d'une OQTF, d'une expulsion ou d'une interdiction du territoire, l'autorité administrative compétente prend systématiquement une autre décision qui lui est assortie et qui en est indépendante : la décision fixant le pays de renvoi. S'il s'agit d'une mesure de remise, le pays est en effet fixé mécaniquement par la procédure. C'est précisément à l'égard de la décision fixant le pays de renvoi que le CESEDA a intégré les exigences supranationales. En effet, l'article L. 721-3 dudit code dispose que « *L'autorité administrative fixe, par une décision distincte de la décision d'éloignement, le pays à destination duquel l'étranger peut être renvoyé en cas d'exécution d'office d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction de retour sur le territoire français, d'une décision de mise en œuvre d'une décision prise par un autre État, d'une interdiction de circulation sur le territoire français, d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français* ». L'article suivant précise que trois pays de destination peuvent être désignés. Il peut s'agir du pays dont l'étranger a la nationalité. Il peut s'agir d'un autre pays à l'égard duquel l'étranger dispose d'un document de voyage valide. Il peut s'agir enfin de tout autre pays dans lequel l'étranger est admissible. Au-delà des trois hypothèses qu'il fixe, cet article L. 721-4 du CESEDA précise qu'« *Un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements*

⁷¹² Article L. 222-1 du CESEDA : « *L'étranger dont la situation est régie par le présent livre peut, dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, faire l'objet de la décision d'interdiction administrative du territoire prévue à l'article L. 321-1 lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* ».

⁷¹³ Article L. 641-1 du CESEDA : « *La peine d'interdiction du territoire français susceptible d'être prononcée contre un étranger coupable d'un crime ou d'un délit est régie par les dispositions des articles 131-30, 131-30-1 et 131-30-2 du code pénal* ».

contraires aux stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ». L'article opère un lien explicite avec la Convention EDH mais également un lien implicite avec la Convention de Genève de laquelle il reprend les risques de menaces pour la vie ou la liberté d'un ressortissant étranger.

En définitive, l'interdiction d'éloigner un étranger qui risquerait des traitements inhumains ou dégradants semble parfaitement retranscrite dans la lettre du CESEDA. Pourtant, les applications de ce principe à l'orientation sexuelle sont rares devant le juge administratif.

2. L'évacuation des requêtes fondées sur un risque lié à l'orientation sexuelle

Dans la mesure où la décision fixant le pays de renvoi est distincte de la décision d'éloignement⁷¹⁴, elle *« peut faire l'objet d'un recours séparé, indépendamment de la contestation éventuelle de la mesure d'éloignement elle-même »*⁷¹⁵. C'est donc après quelques précisions contentieuses que l'application à l'orientation sexuelle de l'interdiction d'éloigner un étranger qui risquerait des traitements inhumains ou dégradants peut être appréhendée.

Le contentieux de la décision fixant le pays de renvoi. Deux décisions distinctes. Un seul acte. Des recours distincts qui peuvent être exercés en même temps et selon les mêmes règles. Des conséquences contentieuses différentes. C'est ce schéma complexe que doit comprendre le ressortissant étranger éloigné qui craint des mauvais traitements à raison de son orientation sexuelle. En effet, la mesure d'éloignement et la fixation du pays de renvoi se distinguent. Or, en pratique, le juge de l'excès de pouvoir statue *« par une même décision sans compromettre le droit au recours contre la mesure d'éloignement et le choix du pays de retour »*⁷¹⁶. De plus, *« la désignation du pays de retour est contestée dans le cadre d'un recours unique soumis aux règles applicables à la mesure de départ »*⁷¹⁷. Ainsi, les délais de recours contentieux et la formation de jugement seront ceux applicables à la mesure d'éloignement. À cet égard, le CESEDA prévoit une multiplicité de régimes contentieux. Par exemple, selon la nature de l'OQTF prise, le délai de recours contentieux oscille entre quarante-huit heures et trente jours et la requête peut être appréciée en juge unique ou en formation collégiale. En dépit de ces règles communes, le requérant doit soulever des moyens propres à la décision fixant le pays de renvoi et il peut obtenir l'annulation de cette seule décision. Enfin, *« le recours*

⁷¹⁴ Voir en ce sens : CE, avis, 14 décembre 2015, n°393591, *Lebon* et L. 721-3 du CESEDA.

⁷¹⁵ CE, 16 novembre 2007, n°297519, *Inédit*, cité par TCHEN V., *Étrangers – Obligation de quitter le territoire. Réadmission*, Jurisclasseur Administratif, *op. cit.*

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ *Ibid.*

contentieux contre la décision fixant le pays de renvoi est suspensif d'exécution »⁷¹⁸ et parce qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir, le juge statue au regard des circonstances de droit et de fait existantes à la date de la décision administrative. Ce sont dans ces conditions que de nombreux requérants invoquent, généralement sans succès, des risques de traitements inhumains en cas de renvoi du fait de leur orientation sexuelle.

L'invocation infructueuse de risques liés à l'orientation sexuelle. Établir la réalité des risques de mauvais traitements encourus dans le pays de destination constitue l'enjeu majeur du recours contre la décision fixant le pays de renvoi pour le requérant. Ainsi, en matière d'orientation sexuelle, les exemples d'échecs contentieux sont foisonnants : « *il se borne à affirmer, sans apporter aucun élément au soutien de cette affirmation, que son orientation sexuelle l'exposerait en cas de retour dans son pays à des risques de persécution* »⁷¹⁹ ; « *aucune précision ni justification à l'appui de ses allégations* »⁷²⁰ ; « *l'argumentation tirée des risques que lui ferait courir à Malte son orientation sexuelle n'est pas, en tout état de cause, assortie de précisions suffisantes* »⁷²¹ ; « *Il n'a pas produit à l'appui de ses affirmations d'éléments circonstanciés permettant d'établir le risque de traitement inhumains ou dégradants* »⁷²², etc. Il est délicat pour le requérant de parvenir à prouver les risques qu'il subirait dans le pays de renvoi du fait de son orientation sexuelle. Néanmoins, dans un arrêt du 3 février 2022, la cour administrative d'appel de Versailles a annulé un arrêté préfectoral refusant le renouvellement d'une attestation de demande d'asile et obligeant un ressortissant sénégalais à quitter le territoire français en fixant un pays de destination, au regard de son homosexualité⁷²³. Toutefois, cet arrêt est singulier. La Cour annule l'arrêté en tirant les conséquences du retrait du Sénégal de la liste des pays d'origine sûrs décidé par le Conseil d'État dans son arrêt du 2 juillet 2021⁷²⁴. Elle estime que seul le classement du Sénégal dans cette liste avait permis de placer la procédure du ressortissant en procédure accélérée et donc de l'obliger à quitter le territoire. De fait, ce n'est pas la preuve de la réalité des risques encourus par le demandeur d'asile qui a entraîné l'annulation de la décision. Il faut donc se tourner vers les décisions des tribunaux administratifs. Ainsi, dans un jugement récent du 18 avril 2023, le tribunal administratif de Rennes a annulé un arrêté préfectoral fixant le Cameroun comme pays de renvoi. L'arrêt indique

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ CE, 16 novembre 2020, n°446464, *Inédit.*

⁷²⁰ CE, 15 avril 2005, n°269855, *Inédit.*

⁷²¹ CE, 7 juillet 2011, n°350369, *Inédit.*

⁷²² CE, 22 juin 2012, n°351079, *Inédit.*

⁷²³ CAA Versailles, 3 février 2022, n°21VE01677, C+.

⁷²⁴ Voir en ce sens : « *Les écueils perceptibles de la procédure de demande d'asile* », p. 128 et s. du présent mémoire.

que « *M. A justifie, par les attestations, photographies, copies de messages et autres pièces produites au dossier, de la réalité de son orientation et de sa pratique homosexuelles tant en France que, dès sa jeunesse, au Cameroun où il est avéré, au regard de l'attitude des autorités de ce pays et de la législation particulièrement répressive en vigueur dans ce pays, qu'elle est susceptible de valoir aux personnes concernées des discriminations et des mauvais traitements* »⁷²⁵. L'on reconnaît les deux versants probatoires qui attestent, selon la Cour EDH, de la réalité d'un risque de traitements inhumains et dégradants à savoir l'existence d'éléments d'ordre personnel et d'autres d'ordre général tenant à la situation dans le pays de renvoi. Toutefois, à l'image du contentieux de l'asile, la seule autodétermination de son orientation sexuelle par le requérant ne suffit pas. Il doit prouver « *la réalité de son orientation* » sexuelle. Cette exigence probatoire est élevée et nuit à l'effectivité du contentieux de l'éloignement.

Pour y remédier et s'assurer de l'interdiction effective des éloignements forcés en cas de risques de traitements inhumains et dégradants fondés sur l'orientation sexuelle, plusieurs carences du droit des étrangers peuvent être diminuées et contenues.

B. Les carences à contenir du droit interne de l'éloignement des étrangers

Certaines carences ressortent incontestablement du droit de l'éloignement brièvement présenté. Elles se manifestent tant au cours de la procédure administrative (1) que contentieuse (2) et peuvent, dans tous les cas, être contenues.

1. Des carences administratives à tempérer

La procédure d'édiction d'une mesure d'éloignement suit des règles propres qui peuvent nuire à la bonne prise en compte des risques invoqués par le ressortissant étranger.

Une procédure administrative dérogatoire. La police administrative des étrangers est exercée en règle générale par le préfet de département et, parfois, par le ministre de l'Intérieur. Lorsque ces autorités administratives édictent une mesure d'éloignement et fixent un pays de destination, elles n'appliquent pas les règles générales de la procédure administrative. La jurisprudence use à ce titre d'un considérant désormais classique : « *le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions par lesquelles l'autorité administrative signifie à l'étranger l'obligation dans laquelle il se trouve de quitter le territoire français* »⁷²⁶.

⁷²⁵ TA Rennes, 18 avril 2023, n°2301298.

⁷²⁶ Exemples : CE, sect., 19 avril 1991, n°120435, *Lebon* ; CE, avis, 19 octobre 2007, n°30821, *Lebon*, cons. 2.

De fait, les règles procédurales applicables sont celles du CESEDA et non celles du Code des relations entre le public et l'administration. Conséquence préjudiciable d'un tel cloisonnement procédural, certaines garanties ne sont pas accordées à l'administré. Par exemple, l'article L. 121-1 dudit code, qui prévoit le respect d'une procédure contradictoire préalable aux décisions individuelles qui doivent être motivées ou qui sont prises en considération de la personne, ne s'applique pas à l'édiction d'une mesure d'éloignement. Toutefois, plusieurs garanties procédurales spécifiques au droit des étrangers s'appliquent. Les décisions d'éloignement doivent être motivées, c'est-à-dire contenir tous les éléments de droit et de fait qui les justifient, car elles constituent des mesures de police⁷²⁷. À ce titre, si la mesure d'éloignement et la fixation du pays de renvoi sont des décisions distinctes, « *la motivation en droit de ces deux décisions est souvent identique* »⁷²⁸. En outre, le ressortissant étranger peut se prévaloir de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit le droit à une bonne administration et plus précisément le droit d'être entendu. En effet, le paragraphe 2 de l'article dispose que le droit à une bonne administration comporte notamment : « *le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre* ». Palliatif à l'absence de l'article L. 121-1 du Code des relations entre le public et l'administration en droit des étrangers, cet article est fréquemment invoqué⁷²⁹. Cependant, ce droit n'est pas absolu. Le juge administratif considère que le droit d'être entendu est respecté dès lors que la mesure d'éloignement est prise simultanément à un refus de titre de séjour car le ressortissant a déjà pu s'exprimer au cours de sa demande de titre. Plus largement, avant de prononcer une mesure d'éloignement, « *l'Administration doit procéder à un examen de la situation individuelle, pour le moins les incidences d'un départ pour des enfants, la vie familiale ou privée et l'état de santé de la personne concernée* »⁷³⁰⁷³¹. Elle doit également « *rechercher si un étranger peut se voir délivrer de plein droit un titre de séjour* »⁷³². En revanche, l'administration n'est pas tenue d'examiner préalablement à l'édiction d'une mesure d'éloignement une demande de titre de séjour déposée par l'intéressé⁷³³. Enfin, l'administration doit respecter des garanties formelles en mentionnant

⁷²⁷ CE, avis, 19 octobre 2007, n°30821, *Lebon*, cons. 2.

⁷²⁸ TCHEN V., *Étrangers – Obligation de quitter le territoire. Réadmission*, Jurisclasseur Administratif, *op. cit.*

⁷²⁹ Exemple : CE, 4 juin 2014, n°370515, *Lebon*.

⁷³⁰ Voir en ce sens : CE, avis, 4 juin 2012, *M. A.*, n°356505 et paragraphe 5 de l'article 6 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dite « *Retour* ».

⁷³¹ TCHEN V., *Étrangers – Obligation de quitter le territoire. Réadmission*, Jurisclasseur Administratif, *op. cit.*

⁷³² CONSEIL D'ÉTAT, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *étude à la demande du Premier ministre*, 2020, p. 43.

⁷³³ CE, 13 mai 1996, n°152271, *T. Lebon*.

systématiquement les voies et délais de recours sur la décision d'éloignement et de fixation du pays de destination.

Une procédure administrative perfectible. Certes, un arsenal procédural existe et des garanties s'imposent. L'examen particulier de la situation, la motivation, le droit d'être entendu, la vérification du droit au séjour et la mention des voies et délais de recours en sont les principales démonstrations. Cependant, des carences demeurent. Le ressortissant étranger ne bénéficie pas de l'article L. 121-1 du Code des relations entre le public et l'administration, il n'a pas le droit de présenter ses observations orales et écrites dès lors que la décision d'éloignement se prononce également sur un refus de séjour et il peut être éloigné alors même qu'il a déposé une demande de titre de séjour en préfecture. Pour contenir ces carences, trois voies peuvent être envisagées. En premier lieu, si le ressortissant étranger a déposé une demande de titre de séjour, il importe de ne pas l'éloigner avant d'avoir statué sur sa situation. En second lieu, s'il y a dépôt d'une demande de titre de séjour, il apparaît opportun que l'administration se prononce « *au regard de l'ensemble des motifs d'attribution d'un titre de séjour* »⁷³⁴ et pas uniquement sur celui sollicité par le ressortissant étranger. Cette proposition va dans le sens de celles formulées par le Conseil d'État « *pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* »⁷³⁵. Celui-ci constate que « *l'administration examine souvent la situation d'un étranger au regard du droit au séjour par itérations successives* »⁷³⁶, ce qui engendre des va-et-vient devant l'administration et le juge et nuit à l'effectivité générale du droit des étrangers. Aussi, statuer une fois sur l'ensemble des fondements de titre de séjour permettrait de gagner en effectivité et d'éviter, subséquentement, l'éloignement d'un étranger qui aurait pu bénéficier d'un droit au séjour. Selon le Conseil d'État, si « *une telle évolution représenterait assurément une charge de travail supplémentaire pour l'administration. Celle-ci ne doit cependant pas être surestimée* »⁷³⁷. Enfin, quelles que soient les circonstances d'édition de la mesure d'éloignement, l'intéressé devrait pouvoir s'entretenir avec l'administration et formuler des observations orales ou écrites, si besoin avec l'assistance d'un conseil ou d'une association. Dans ce cadre, il pourrait alerter sur les risques qu'il encourt dans son État d'origine eu égard, notamment, à son orientation sexuelle. Ces trois perspectives

⁷³⁴ CONSEIL D'ÉTAT, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op. cit.*, p. 42.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*

permettraient de veiller à ne pas éloigner un étranger en danger du fait de son orientation sexuelle. Elles sont à mettre en parallèle avec les perspectives d'amélioration du contentieux.

2. Des carences contentieuses à tempérer

Le titre V du projet de loi dit « *Immigration et intégration* » est limpide : « *Simplifier les règles du contentieux relatif à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers* »⁷³⁸. Dans le cadre de l'éloignement des étrangers risquant des mauvais traitements du fait de leur orientation sexuelle, la simplification procédurale et probatoire du contentieux est nécessaire.

La clarification de la procédure contentieuse. Le parcours contentieux d'un ressortissant étranger visé par une mesure d'éloignement est complexe. Il peut contester dans un même recours la décision fixant le pays de renvoi et la mesure d'éloignement mais doit soulever des moyens de légalité externe et interne propres à chacune d'entre elle. Plus encore, les délais de recours varient selon la nature de la mesure. Ainsi, le Conseil d'État notait en 2020 qu'« *une même obligation de quitter le territoire français (OQTF) peut être soumise, selon qu'un délai de départ volontaire est ou non accordé et selon l'alinéa de l'article L. 511-1 du CESEDA*⁷³⁹ *sur le fondement duquel elle est adoptée, à un délai de recours de quarante-huit heures, de quinze jours ou d'un mois* »⁷⁴⁰. Par ailleurs, si une mesure de contrainte – assignation à résidence ou rétention – est prise, le délai de contestation est réduit à quarante-huit heures. D'une manière générale, « *pour déterminer avec certitude le régime juridique applicable, les requérants et leurs conseils, l'administration, les greffes des juridictions et le juge lui-même doivent vérifier, pour plus de trente situations dans lesquelles peut se trouver un étranger, le délai de recours contentieux, le délai de jugement, le caractère suspensif ou non du recours, la formation de jugement, l'éventuelle dispense de conclusions du rapporteur public, le délai pour faire appel ou la possibilité de solliciter le juge des référés* »⁷⁴¹. Laborieux, obscur et complexe, le régime de la contestation d'une mesure d'éloignement pourrait être rénové à la lumière du projet de loi précité. Ses propositions, dont l'objet réside dans « *une réduction du nombre de procédures et une accélération des projets de jugement* »⁷⁴², prévoit trois régimes contentieux distincts en matière d'éloignement et prévoit que la décision fixant le pays de renvoi suive le

⁷³⁸ Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, déposé sur le bureau du Sénat le 2 février 2023.

⁷³⁹ Aujourd'hui article L. 611-3 du CESEDA.

⁷⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op. cit.*, p. 16.

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² SONGORO O., « Le futur projet de loi sur l'immigration et l'asile transmis au Conseil d'État », Veille permanente, *Éditions Législatives*, 2022.

régime de la mesure d'éloignement. Ainsi, le nouvel article L. 911-1 du CESEDA imposerait un délai de recours général d'un mois. Il serait réduit à sept jours en cas d'assignation à résidence au titre de l'article L. 921-2 du CESEDA et à quinze jours en cas de rétention administrative au titre de l'article L. 921-3 du CESEDA. Si l'on peut souligner la clarification des délais de recours, leur brièveté peut toutefois interroger. Elle questionne d'autant plus que le recours au juge unique est fréquent face à des mesures d'éloignement. Sur ce point, le recours obligatoire à une formation de jugement collégiale lorsque l'article 3 de la Convention EDH est invoqué à l'encontre d'une décision fixant le pays de renvoi serait souhaitable. Enfin, sans s'immiscer dans le débat houleux tenant à faire passer le contentieux des étrangers en plein contentieux, il serait opportun que le seul contentieux des décisions fixant le pays de renvoi prenne en considération les éléments de droit et de fait postérieurs à l'édition de la décision administrative. De fait, si un État venait à renforcer la répression envers les personnes LGB *a posteriori* de la date de la décision, l'étranger serait tout de même protégé contre l'éloignement.

La simplification de l'exigence probatoire. Outre les éléments tenant à la procédure contentieuse, le contentieux de l'éloignement se confronte à des obstacles similaires à celui de l'asile. Le requérant doit démontrer qu'il encourt un risque réel de traitements inhumains et dégradants en raison de son orientation sexuelle. À cette fin, il doit apporter des éléments personnels et des éléments généraux relatifs à la situation dans le pays d'origine. Souvent, c'est l'absence de crédibilité, de précisions ou d'éléments probants qui conduit au rejet des requêtes⁷⁴³. Il est difficile de déceler, à la lecture des décisions, un quelconque examen approfondi du caractère fondé des risques évoqués. Si le recours au juge unique et la masse que représente le contentieux des étrangers au sein des juridictions administratives justifient l'absence d'examen approfondi, deux possibilités pourraient être explorées afin d'y remédier. À l'image du contentieux de l'asile, le requérant ne devrait pas avoir à établir « *la réalité de son orientation sexuelle* »⁷⁴⁴. Or, dans le jugement du TA de Rennes précité, le juge admet cette réalité en se fondant sur des photographies, des messages et des attestations. Pourtant, seul le principal intéressé devrait être en mesure de déterminer son orientation sexuelle et un élément à ce point subjectif et intime ne devrait pas nécessiter une telle charge probatoire. Aussi, le juge pourrait alléger son raisonnement et attendre du requérant qu'il indique son orientation sexuelle avant d'établir les risques de traitements inhumains et dégradants. En outre, la Cour EDH et le juge administratif pourraient reconnaître que les personnes LGB forment un groupe vulnérable,

⁷⁴³ Voir en ce sens : « *L'évacuation des requêtes fondées sur un risque lié à l'orientation sexuelle* », p. 146 et s. du présent mémoire.

⁷⁴⁴ TA Rennes, 18 avril 2023, n°2301298.

à l'image du groupe des demandeurs d'asile⁷⁴⁵. Cette reconnaissance permettrait d'alléger l'exigence tenant à la preuve de la réalité des risques encourus. Ces deux voies – l'autodétermination par le requérant de son orientation sexuelle et la reconnaissance d'un groupe vulnérable – pourraient éviter le renvoi d'un ressortissant étranger qui risque des traitements inhumains ou dégradants du fait de son orientation sexuelle.

En somme, si le contentieux de l'éloignement interdit un tel renvoi, l'ensemble de ces obstacles ne permet pas de s'assurer de la bonne application de l'interdiction. Les quelques pistes d'amélioration évoquées pourraient alors tendre vers celle-ci.

⁷⁴⁵ Voir en ce sens : « *La prise en compte de la vulnérabilité* », p. 141 et s. du présent mémoire.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

Le présent chapitre aura démontré que l'orientation sexuelle n'est pas qu'un critère de discrimination. En droit public, elle est également un critère de persécution mobilisé par le droit des étrangers. Aussi, qu'il s'agisse des règles encadrant la protection internationale ou de celles qui régissent la police administrative des étrangers, le droit français protège les ressortissants étrangers qui risquent des persécutions à raison de leur orientation sexuelle. Cependant, la singularité de ce motif de protection le confronte à une diversité d'obstacles. C'est pourquoi, la présente étude envisage certaines voies d'amélioration qui valent pour la protection internationale et pour l'éloignement. Parmi ces perspectives, l'on peut citer l'interdiction du placement en procédure accélérée des demandes d'asile fondée sur l'orientation sexuelle, l'interdiction du classement dans la liste des pays d'origine sûr de ceux qui répriment les personnes LGBT, le renforcement de la présence d'acteurs associatifs à l'OFPRA, à la CNDA ou dans les préfectures, le développement de la formation des agents publics, l'interdiction du recours au juge unique lorsque des persécutions sur l'orientation sexuelle sont invoquées, le passage au plein contentieux sur la décision fixant le pays de renvoi, la qualification d'un certain groupe social sur des critères alternatifs et non cumulatifs, la reconnaissance d'un groupe vulnérable en raison de l'orientation sexuelle ou encore l'admission de l'autodétermination par l'étranger de son orientation sexuelle. Ces quelques perspectives d'amélioration prises en compte, ces « *moments où tout paraît se jouer* »⁷⁴⁶ seraient plus respectueux de la diversité des orientations sexuelles et éviteraient de ne pas accueillir, ou *a contrario* d'éloigner, un étranger risquant pour sa vie du fait de sa seule orientation sexuelle.

⁷⁴⁶ SUREAU F., *Le chemin des morts*, Gallimard, 2013, p. 44. ; voir en ce sens : p. 119 du présent mémoire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Si l'amour n'osait pas dire son nom sous la plume d'A. Douglas en 1894, dorénavant les amours se susurrent et se murmurent. C'est précisément ce qu'a tenté de démontrer le présent travail de recherche. L'appréhension de l'orientation sexuelle par le droit public, métamorphosée et actualisée, demeure ambivalente et perfectible.

Effectivement, le droit public, entendu *lato sensu* comme la posture de l'État à l'égard des individus, a inconstamment évolué. Initialement, celui-ci percevait l'orientation sexuelle comme la seule possibilité d'entretenir des relations sexuelles avec un individu de même sexe ou de sexe différent. Cloisonné dans cette idée, le droit se confondait subrepticement avec certaines considérations d'ordre moral et s'immisçait dans l'intimité des individus. De fait, la répression de l'homosexualité et des comportements contraires aux « *bonnes mœurs* » résumait à elle seule la posture du droit public à l'égard de l'orientation sexuelle. Nonobstant des bribes persistantes de cette vision, les droits européens – droit européen des droits de l'Homme et droit de l'Union européenne – ont bouleversé l'appréhension de l'orientation sexuelle par le droit public. Désormais, et à l'aune d'un cheminement laborieux, l'orientation sexuelle est entendue comme la capacité de chaque personne de ressentir une profonde attirance émotionnelle, romantique, physique, psychologique ou sexuelle envers une autre personne. À partir de cette définition plus englobante et reflétant la diversité des orientations sexuelles existantes, le droit s'immisce toujours mais l'immixtion dont il témoigne est différente. Elle est protectrice. Par conséquent, pléthore de droits subjectifs, au premier rang desquels le droit de ne pas-être discriminé à raison de son homosexualité ou de sa bisexualité, ont intégré le droit français.

C'est uniquement en s'imprégnant de cette vision de l'orientation sexuelle que le droit public, entendu *stricto sensu* comme l'ensemble des règles, mécanismes, institutions et outils encadrant les rapports de l'administration avec ses usagers et fonctionnaires, s'est érigé en fin protecteur. Manifeste et tangible, cette appréhension renouvelée de l'orientation sexuelle par le droit public se traduit par l'instrumentalisation de la notion d'orientation sexuelle en un critère de discrimination et de persécution. Dès lors, le fonctionnaire ou l'utilisateur qui subit une discrimination fondée sur son orientation sexuelle dispose d'une mosaïque d'outils pour la faire cesser. De même, l'étranger persécuté en raison de son orientation sexuelle doit être accueilli sur le territoire français et ne pas en être éloigné. Toutefois, la protection a ses limites. Nombreuses sont les pistes d'évolution envisagées par l'étude afin de remédier aux imperfections et de poursuivre le cheminement vers l'égalité et la protection. L'on peut souligner quelques-unes d'entre elles : la refonte du corpus antidiscriminatoire,

l'investissement dans la prévention administrative plutôt que dans le contentieux des discriminations, l'allègement probatoire en matière de discriminations et de persécutions, l'unification des acteurs et le renforcement de leur formation ou encore la simplification contentieuse de l'éloignement.

Surtout, l'ensemble des éléments relatifs à l'appréhension par le droit public de l'orientation sexuelle révèle l'ancrage d'un trio néologique phare : complexification, subjectivisation et européanisation. Force est de croire, au regard de l'évolution positive qu'ils ont d'ores-et-déjà eue en la matière, qu'ils doivent continuer d'éclairer et de transformer le droit public afin qu'A. Douglas puisse dépasser le murmure de son orientation sexuelle pour la dire, la clamer et la vivre.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Dictionnaire

– ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD. J., RIALS. S. et SUDRE F., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008

B. Traité et manuels

– BLACHER P., *Le droit parlementaire*, Dalloz, 1^{re} éd., Paris, 2022

– CARBONNIER C., *Droit civil*, PUF, 26^e éd., 1999

- *Sociologie juridique*, PUF, 3^e éd., Paris, 2016

– DUFFY A., et FASSASSI I., GUGLIELMI G. et ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Dalloz, Précis, 3^e éd., Paris, 2022

– GAUTHIER C., SZYMCZAK D. et PLATON S., *Droit européen des droits de l'Homme*, Dalloz-Sirey, Université, 1^{re} éd., Paris, 2016

– HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e éd., Hypercours, Paris, 2022

– KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par EISENMANN C., LGDJ, Paris, La pensée juridique, 1999

– MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1982

– MOLFESSIS N. et TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14^e éd., Précis, Paris, 2022

– MONGOIN D., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2022

– RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^e éd., 1949

– TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 9^e éd., Précis, 2022

– TCHEN V., *Droit des étrangers*, Lexis Nexis, Paris, 2020

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

– ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction et présentation par BODEUS R., Flammarion, Paris, 2004

– BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, PUF, Les voies du droit, Paris, 2009

- *Droit et homosexualités*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2022
- *Droit d'asile et homosexualité*, L'Harmattan, Paris, 2022

- BOSWELL J., *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité. Les homosexuels en Europe occidentale des débuts de l'ère chrétienne au XIV^e siècle*, Gallimard, 1985
- DOVER K. J., *Homosexualité grecque*, traduit de l'anglais par SAID S., La pensée sauvage, Grenoble, 1982.
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité I, La volonté de savoir*, Gallimard, 1994
 - FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité II, L'usage des plaisirs*, Gallimard, 1997
- GARÇON E., *Code pénal annoté*, Tome II, Sirey, 1956
- HART H. L. A., *Le droit, la liberté et la morale*, traduction et édition critique par BLIGH G., Garnier, Paris, 2021
- HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., et PICHARD M., *Genre et droit*, Dalloz, Méthode du droit, Paris, 2016
- LEROY-FORGEOT F., *Histoire de l'homosexualité en Europe*, PUF, Médecine et société, 1997
- LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, Paris, 2010
- MATHIEU J.-L., *L'institution du Défenseur des droits*, L'Harmattan, Paris, 2020
- NYPELS J., *Le droit pénal français progressif et comparé : code pénal de 1810 accompagné des sources, des discussions au Conseil d'État, des exposés des motifs*, 1863
- RIPA Y., *Histoire féminine de la France, de la Révolution à la loi Veil*, Belin, 2020
- SUREAU F., *Le chemin des morts*, Gallimard, 2013

III. THÈSES

A. Thèses publiées

- BONINCHI M., *Vichy et l'ordre moral*, PUF, Paris, 2005
- CHARRUAU J., *La non-discrimination en droit public français. Un principe en devenir ?*, Bruylant, Bruxelles, 2022
- LE FORT O., *La preuve et le principe de non-refoulement*, Schulthess, Genève, 2018
- MEDARD-INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ, Paris, 2022
- RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard*, 1980, LGDJ, Paris, 1980

B. Thèses dactylographiées

- PAPILLON S. *Les mœurs sexuelles et le droit pénal*, Université Jean Moulin Lyon III, 2021

–PROBST J., *Instruire la demande d’asile : étude comparative du processus décisionnel au sein de l’administration allemande et français*, Université de Strasbourg, 2012

IV. HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES

– FERRARI D., *La redéfinition de la liberté de religion au prisme du statut de réfugié religieux*, HDR, Université de Strasbourg, 2021

V. TRAVAUX COLLECTIFS

A. Ouvrages et articles collectifs

– AUTAIN C., BESSIN M., JAMI I., LÖWY I., PERRIAUX A.-S, SIMON P., VIVOLI S., « Sexe : sous la révolution, les normes », *Mouvements*, 2002, p. 9

– BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Les voies du droit, Paris, 1999

– BORRILLO D. et LEMAIRE F., (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l’orientation sexuelle et l’identité de genre*, L’Harmattan, Paris, 2020

– BORRILLO D. et LOCHAK D, (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, Paris, 2005

– BOSVIEUX-ONYEKWELU C. et MOTTIER V., (dir.), *Genre, droit et politique*, LGDJ, Droit et sociétés, Paris, 2021

– BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D., (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2011

– DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, Nancy, 2010

– DUBOUT E., (dir.), *Directive 2000/78 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail*, Bruylant, Bruxelles, 2020

– GIAMI A. et PY B, (dir.), *Droit de l’homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, Paris, 2019

– MOSER C. (dir.), *Libérations sexuelles*, La Découverte, « Sciences humaines et sociales », Paris, 2022

– SWEENEY M. et TOUZEIL-DIVINA M., (dir.), *Droit(s) au(x) sexe(s)*, L’Épitoge, Le Mans, 2016

B. Rapports de recherche collective

– BORRILLO D., SALCEDO M. et HAVKIN S., (dir.), *La preuve dans les demandes d’asile en raison de l’orientation sexuelle*, Rapport de recherche, Défenseur des droits, 2020

– GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l’épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016

– MERCAT-BRUNS M. et PERELMAN J., (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en oeuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport de recherche, Mission droit et justice, Science po, 2016

C. Mélange

– *Droits, protections, proximité : mélanges en l'honneur du professeur Hervé Rihal*, PUJ, Poitiers, 2021

VI. ENCYCLOPÉDIES

– BIGOT C., *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, Hors collection, 2020

– CHENEDE F., *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2023

– DUBOUT E., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, Jurisclasseur, Fasc. 500, Lexis Nexis, 2009

– SUDRE F. et SURREL H., « Droits de l'Homme », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017

– TCHEN V., *Étrangers – Obligation de quitter le territoire. Réadmission*, Jurisclasseur Administratif, Fasc. 233-65, Lexis Nexis, 2021

VII. ARTICLES

A. Articles de doctrine (ouvrages collectifs, rapports, Mélanges)

– BAJOS N. et HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'essor du droit de la non-discrimination en France in DEFENSEUR DES DROITS ET MISSION DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018, p. 14

– CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC : le cas du genre », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 221

– CHARRUAU J., « 'Guérir' de l'homosexualité ? L'appréhension juridique des thérapies de conversion sexuelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Hervé Rihal*, PUJ, Poitiers, 2021, p. 79

– COISSARD (D.), « La Cour européenne des droits de l'Homme face à l'homosexualité », in DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, Nancy, 2010, p. 253

– DANET J., « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 98.

– DEFFAINS N., « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Pour quel régime ? » in DEFFAINS N. et PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, Nancy, 2010, p. 38.

- DESHOULIERES E., « Droit à la sodomie », in SWEENEY M. et TOUZEIL-DIVINA M., (dir.), *Droit(s) au(x) sexe(s)*, L'Épitoge, Le Mans, 2016, p. 104
- DUMORTIER T., « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016, p. 349
- FERRARI D., « L'objection de conscience au mariage homosexuel entre sécularisation et règles religieuses », in ROCHEFORT F et SANNA M.-E. (dir.), *Néoconservatisme religieux et genre*, Estudos de Religião, n° 30, 2016, p. 29.
- FERCOT C. et PICHARD M., « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016, p. 136
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans submersion », in BOSVIEUX-ONYEKWELU C. et MOTTIER V., (dir.), *Genre, droit et politique*, LGDJ, Droit et sociétés, Paris, 2021, p. 160
- LASCOUMES P., « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 98
- LEQUETTE Y., « Le droit est la semence des mœurs », in BEAUBRUN M. et BEGUIN M. (dir.), *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 391
- LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in LOCHAK D., MEMMI D., SPANOU C. et LEHINQUE P., *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989, p. 252
- « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique » in *Les bonnes mœurs*, PUF, Paris, 1994, p. 15
 - « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 39
 - « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit. », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 57
- MARGUENEAUD J.-P., « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in GIAMI A. et PY B. (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, Paris, 2019, p. 25
- MEDARD INGHILTERRA R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », in GRUNDLER T. et THOUVENIN J.-M., (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice (en ligne), 2016, p. 177

- MEKKI M., « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D., (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2011, p. 27.
- MERCAT-BRUNS M., « Sur l'efficacité de la sanction : contentieux dans l'entreprise sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 252
- MEYER C.-A., « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1999, p. 153
- RIVERO J., « Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français », in Les notions d'égalité et de discriminations en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 365
- WINTEMUTE R., « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe » in BORRILLO D. (dir.), *Homosexualités et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Les voies du droit, 1999, p. 184
 - « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée » in BORRILLO D. et LOCHAK D., (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, Paris, 2005, p. 162
 - « Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la CourEDH et la CJUE », in BORRILLO D. et LEMAIRE F. (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 165

B. Articles de doctrine, chroniques et études (revues)

- AUBY J.-B., « La Bataille de San Romano. Réflexions récentes sur les évolutions du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 212
- BRUNET F., « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n°1, p. 113
- BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., HENNETTE-VAUCHEZ S., et MILLARD E., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler au nom du droit », *D.*, 2013, p. 785
- CAMUS A., « Office du juge de l'asile et crédibilité du récit », *RevDH*, n°18, 2020
- CHENEDE F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796
- CLUZEL-METAYER L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309
- DAUGERON B., LE POURHIET A.-M., ROUX J. et STOFFEL-MUNCK P., « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.*, 2013, p. 933
- FRAISSINIER-AMIOT V., « Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte », *RFDA*, 2011, p. 291

- GRABIAS F., « La critique subjectiviste », *JCP A*, 2022, p. 2024
- ISNARD H., « Le récit du réfugié est-il une fiction ? », *Topique*, 2011, n°1, p. 107.
- JANICOT L., « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 723
- JESTAZ P., « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.*, 1990, p. 625
 - « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1982, p. 334
- JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel : gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n°7
- KOBELINSKY C., « L'asile gay : jurisprudence de l'intime à la Cour nationale du droit d'asile », *Droit et société*, 2012, n°82, p. 583
- LAMBERT P., « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 1998, p. 497
- LOCHAK D., « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 778
- LE POURHIET A.-M., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, n°5, 2013
- LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301
- LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, p. 3.
- POGNANT P., « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, 2009, p. 129
- PORTA J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *RDT*, 2011, p. 291
- MEYNAUD ZEROUAL A., « La critique politique du juge administratif : d'un inconscient collectif à l'autre », *JCP A*, n°3, 2022
- MISTRETTA P., « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273
- ROUX E., « L'université et la 'protection raisonnable' de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur », *AJFP*, 2017, p. 254
- ROUYERE A., « Les autorités indépendantes », *RFDA*, 2017, p. 413
- SIBALIS M. « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, sexualité et société*, 2010
- SLAMA S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *RevDH*, 2016
- SONGORO O., « Le futur projet de loi sur l'immigration et l'asile transmis au Conseil d'État », *Veille permanente, Éditions Législatives*, 2022

- SOUSSE M., « Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999, p. 985
- ROMAN D., « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *D.*, 2005, p. 1508
- TERRE D., « Droit, morale et sociologie » in *L'Année sociologique*, n°54, 2004, p. 483
- TOUHARI P., « Focus sur... les dispositifs de signalement destinés aux victimes d'actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissement sexistes », *AJCT*, 2020, p. 12
- VIALA A., « Un PFRLR contre le mariage gay ? : Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, n°4, 2013
- YOUHNOVSKI-SAGON A.-L., « Les recommandations du Défenseur des droits : un couteau suisse au service du respect des droits et libertés fondamentaux », *Droit administratif*, 2022, n°11

C. Brèves, commentaires et notes de jurisprudence (revues)

- BASILIEN-GAINCHE M.-L et LANTERO C., « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social : Une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », *Actualités Droits-Libertés*, *RevDH*, 2013
- BARBOU DES PLACES S., « Comment vérifier la crédibilité des déclarations d'un demandeur d'asile qui invoque son orientation sexuelle comme motif de crainte de persécution ? », *Chronique Droit de l'asile et immigration*, *RTD eur*, 2019, p. 182
- BENOIT-ROHMER, « Interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (art. 21 de la Charte) », *Chronique UE et droits fondamentaux*, *RTD eur.*, 2020, p. 328
- BONGIOVANNI A. « Demande d'asile au motif de l'orientation sexuelle : la CJUE fait un tout petit pas... mais dans la bonne direction », *Actualités Droits-Libertés*, *RevDH*, 2018
- CHEVALIER J.-B., « Le principe de neutralité du service public de l'éducation mis à l'épreuve », note sous Conseil d'État, 15 octobre 2014, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n°369965, *AJDA*, 2015, p. 101
- DARGENT R., « De quelques difficultés relatives à l'application de l'article 334 du Code pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1937, p. 739
- DARSONVILLE A., « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz actualité*, 2022
- FLEURIOT C., « Comment évaluer la crédibilité de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *Dalloz Actualité*, 2014
- JESTAZ P., « Commentaire de la loi n°82-683 du 4 août 1982 », *RTDC*, 1982, p. 795
- NIQUEGE S., « L'approfondissement des droits statutaires depuis la loi Déontologie du 20 avril 2016 », *RFDA*, 2018, p. 419

– TISSIER-RAFIN M., « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être apprécié dans la dignité », *Actualités Droits-Libertés, RevDH*, 2015

VIII. SOURCES INSTITUTIONNELLES

– COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Principe sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, Jogjakarta, 2007

– COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), *Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits*, Année 2022, Paris, La Documentation française, 2022

– CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997

– CONSEIL D'ÉTAT, *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous*, Étude à la demande du Premier ministre, 2020

– DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, Paris, Défenseur des droits, 2018

– DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2021*, Paris, Défenseur des droits, 2022

– DÉFENSEUR DES DROITS, *Bilan annuel d'activité 2022*, Paris, Défenseur des droits, 2023

– DÉFENSEUR DES DROITS ET MISSION DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018

– DÉLÉGATION INTERMINISTÉRIELLE À LA LUTTE CONTRE LE RACISME, L'ANTISÉMITISME ET LE HAINE ANTI-LGBT (DILCRAH), *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+2016-2019*, Paris, 2016

– DÉLÉGATION INTERMINISTÉRIELLE À LA LUTTE CONTRE LE RACISME, L'ANTISÉMITISME ET LE HAINE ANTI-LGBT (DILCRAH), *Plan national d'actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2020-2023*, Paris, 2020

– HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS-UNIES AUX REFUGIÉS (UNHCR), *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1992

– HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS-UNIES AUX REFUGIÉS (UNHCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n°9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 2012

– OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES (OFPRA), *Rapport annuel d'activité 2021*, Paris, OFPRA, 2022

INDEX JURISPRUDENTIEL

I. JURIDICTIONS FRANÇAISES

A. Conseil constitutionnel

- CC, 15 janvier 1975, *Loi IVG*, n°74-54 DC, p. 81.
- CC, 12 juillet 1979, *Pont à péages*, n°79-107 DC, p. 72.
- CC 19 décembre 1980, n° 80-125 DC, p. 33.
- CC 20 janvier 1984, n°83-165 DC, p. 45.
- CC, 16 janvier 1986, *Cumul emploi-retraite*, n°85-200 DC, p. 70, p. 74.
- CC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86- 207 DC, p. 75.
- CC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n°89-2660 DC, p. 88.
- CC, 27 juillet 1994, *Loi bioéthique*, n° 94-343/344 DC, p. 22.
- CC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, n°2003- 487 DC, p. 70.
- CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°2004-496 DC, p. 76.
- CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, n°2004-505 DC, p. 76.
- CC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n°2006- 535 DC, p. 70.
- CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, n°2006-540 DC, p. 76.
- CC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n°2013-669 DC, p. 72.
- CC, 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*, p. 39.
- CC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, n°2017-749 DC, p. 76.

B. Juridictions administratives

1. Conseil d'État

- CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire et a.*, n°41038, p. 95.
- CE, sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, n°92004, *Lebon*, p. 86.
- CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n°16690, *Lebon*, p. 81.
- CE, ass., 28 mai 1954, *Barel*, n°28238, *Lebon*, p. 86.
- CE, ass., 25 octobre 1957, *Commune de Bondy*, n°19844, *Lebon*, p. 40.
- CE, sect., 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia*, n° 36385, *Lebon*, p. 21, p. 24.
- CE, ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°51265 et 51266, *Lebon*, p. 72.
- CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 et 88148, *Lebon*, p. 72, p. 86.
- CE, 31 octobre 1979, n°02934, *Lebon*, p. 23.

CE, sect., 8 janvier 1982, n°24948, *Lebon*, p. 122.
CE, sect., 27 mai 1983, *M. D.*, n°42074, *Lebon*, p. 124.
CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *Lebon*, p. 81.
CE, ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470, *Lebon*, p. 77.
CE, sect., 19 avril 1991, n°120435, *Lebon*, p. 148.
CE, 19 mai 1993, *M. N.*, n°12948, *Lebon*, p. 46.
CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727, *Lebon*, p. 22.
CE, 13 mai 1996, n°152271, *T. Lebon*, p. 149.
CE, ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049, *Lebon*, p. 74.
CE, 18 juin 1997, *GISTI-France terre d'asile*, n°162517 et n°162518, *T. Lebon*, p. 48.
CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, n°200286, *Lebon*, p. 76.
CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Lebon*, p. 113.
CE, ass., 30 novembre 2001, *M. D.*, n°212179, *Lebon*, p. 77, p. 81.
CE, 15 avril 2005, n°269855, *Inédit*, p. 147.
CE, 20 avril 2005, *Union familles en Europe*, n°266572, *T. Lebon*, p. 74.
CE, ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, n° 281084, *T. Lebon*, p. 22.
CE, sect., 26 juillet 2006, n°284513, *T. Lebon*, p. 139.
CE, 23 août 2006, *OFPPA c/ Mme S.*, n° 272679, *T. Lebon*, p. 125.
CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*, n°287110, *Lebon*, p. 76.
CE, avis, 19 octobre 2007, n°30821, *Lebon*, p. 148, p. 149.
CE, 16 novembre 2007, n°297519, *Inédit*, p. 146.
CE, 19 mars 2008, *M. G.*, n°296984, *T. Lebon*, p. 46.
CE, ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, n°298348, *Lebon*, p. 80, p. 97, p. 102.
CE, 14 juin 2010, *OFPPA c/ A.*, n° 323669, *Lebon*, p. 126.
CE, 14 juin 2010, *OFPPA c/ M. H.*, n°323671, *Inédit*, p. 126.
CE, 7 juillet 2011, n°350369, *Inédit*, p. 147.
CE, 1 juin 2011, n°342419, *T. Lebon*, p. 139.
CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI-FAPIL*, n°322326, *Lebon*, p. 77.
CE, avis, 4 juin 2012, *M. A.*, n°356505, p. 149.
CE, 22 juin 2012, n°351079, *Inédit*, p. 147.
CE, 27 juillet 2012, n°349824, *Lebon*, p. 126, p. 127.
CE, 4 juin 2014, n°370515, *Lebon*, p. 149.
CE, 11 juin 2014, n°369994, *Inédit*, p. 92.
CE, 15 octobre 2014, n°369965, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *T. Lebon*, p. 40.
CE, 26 janvier 2015, n°373746, *T. Lebon*, p. 97.
CE, 15 avril 2015, *Mme B.A.*, n°373893, *Lebon*, p. 91.
CE, 22 juillet 2015, n°375630, *Inédit*, p. 128.
CE, avis, 14 décembre 2015, n°393591, p. 146.
CE, 18 décembre 2015, n°369834, *T. Lebon*, p. 39.

CE, 17 juin 2016, n°391534, *Inédit*, p. 128.
CE, 8 février 2017, n°379378, *Inédit*, p. 128.
CE, 8 mars 2017, *Association Juristes pour l'enfance*, n°406387, *Lebon*, p. 24.
CE, 21 avril 2017, n°399780, *Inédit*, p. 127, p. 128.
CE, ord., 1^{er} septembre 2017, *Cne de Dannemarie*, n°413607, *T. Lebon*, p. 102.
CE, 28 décembre 2017, n°400580, *T. Lebon*, p. 86.
CE, 18 juin 2018, n°414532, *T. Lebon*, p. 111.
CE, 11 juillet 2018, n°414819, *Inédit*, p. 2.
CE, 26 juillet 2018, n°414333, *Inédit*, p. 112.
CE, 22 mai 2019, n°414410, *T. Lebon*, p. 115.
CE, 8 juillet 2020, n°425926, *T. Lebon*, p. 41.
CE, 16 novembre 2020, n°446464, *Inédit*, p. 147.
CE, 15 juin 2021, n°435467, *Inédit*, p. 131.
CE, 8 février 2023, n°462120, *Inédit*, p. 92.

2. Cours administratives d'appel

CAA Versailles, 3 février 2022, n°21VE01677, p. 147.
CAA Bordeaux, 7 février 2023, n°20BX04222, p. 40.
CAA Paris, 3 mars 2023, n°PA05811, p. 40.
CAA Toulouse, 28 mars 2023, n°21TL04860 et n°21TL04824, p. 40.

3. Tribunal administratif

TA Rennes, 18 avril 2023, n°2301298, p. 148 et p. 152.

4. Commission des recours des réfugiés et Cour nationale du droit d'asile

CRR, 17 décembre 1993, *M. K.*, n°229428, p. 127 et p. 123.
CRR, 12 mai 1999, *M. D.*, n° 98006017/328310, p. 119, p. 125.
CRR, 21 octobre 2005, *M. K.* n° 04020851/495394, p. 125.
CNDA, 7 juillet 2009, n°379319, p. 126.
CNDA, 4 novembre 2014, *M. S.*, n°13021072, p. 128.
CNDA, 7 mars 2018, *M. K.*, n°17052507, p. 128.
CNDA, 16 février 2021, *Mme T.*, n°19017666, p. 128.
CNDA, 13 décembre 2021, *M.G.*, n°210365532C, p. 128.
CNDA, 3 janvier 2022, *M. A.*, n°21035853C, p. 128.
CNDA, 2 novembre 2022, *M. F.*, n°22034674, p. 128.

C. Juridictions judiciaires

Cass., ch. Réunies, 18 juin 1840, *Arnaud*, B, 178, p. 28.
Cass., ch. Réunies, 1^{er} mai 1854, *Thierrée*, D, 54.1.262, p. 28.
Cass. crim., 4 mars 1880, *D.*, 1880.1.433, p. 27.
Cass. crim., 9 mars 1905, *Simonin*, B, 112, p. 29.
Cass. crim., 30 janv. 1937, *Parrini*, *Gaz. Pal.* 1937.1.721, p. 29.

Cass. crim., 24 juill. 1937, *Revardeau*, *Gaz. Pal.* 1937.2.761, p. 29.
Cass., mixte., 24 mai 1975, *Scté des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556, *Bulletin*, p. 81.
Cass., soc., 24 mars 1998, n°95-44.738, p. 74.
Cass., soc., 17 octobre 2006, n°05-40.393, p. 72.
Cass. crim., 12 novembre 2008, n° 07-83.398, p. 43.f
Cour d'appel Angers, 1^{er} septembre 1851, D, 54.1.54, p. 28.
Cour d'appel de Bourges, 26 janvier 1905, *Simonin, D.*, 1906.2.31, p. 28, p. 30.
Cour d'appel de Pau, 1^{er} août 1908, *Droit pénal*, 1909, p. 21.
Tribunal correctionnel de Lyon, 25 juin 1943, *min. pub. c. Alphonse B.*, p. 37.
Tribunal correctionnel d'Orange, 19 avril 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, p. 21.

II. JURIDICTIONS EUROPÉENNES

A. Commission européenne des droits de l'Homme

Commission EDH, 4 août 1960, n°704/60, p. 52, p. 53.
Commission EDH, 26 mai 1961, *P. c/ Belgique*, n°984/61, p. 140.
Commission EDH, 15 décembre 1969, *X. c/ Allemagne*, n°3566/68, p. 52.
Commission EDH, 30 septembre 1975, *X. c/ Allemagne*, n°5935/73, p. 53.
Commission EDH, 7 juillet 1977, *X. c/ Royaume-Uni*, n°7215/75, p. 53.
Commission EDH, 3 mai 1983, *X. Y. c/ Royaume-Uni*, n°9369/81, p. 58.
Commission EDH, 12 octobre 1983, *B. c/ Royaume-Uni*, n°9237/81, p. 55.
Commission EDH, 27 mars 2001, *S. c/ Royaume-Uni*, n°2518/6/94, p. 56.

B. Cour européenne des droits de l'Homme

Cour EDH, 23 juillet 1968, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, p. 65.
Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n°5493/72, p. 54.
Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76, p. 54, p. 55.
Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, n°10581/83, p. 56.
Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88, p. 140.
Cour EDH, 30 octobre 1991, *V. et a. c/ Royaume-Uni*, n°13163/87 et 13164/87, p. 140.
Cour EDH, 23 avril 1992, *C. c/ Espagne*, n° 11798/85, p. 43.
Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, n°15070/89, p. 56.
Cour EDH, 17 décembre 1996, *A. c/ Autriche*, n°25964/94, p. 141.
Cour EDH, 29 avril 1997, *H. L. R. c/ France*, n°24573/94, p. 141.
Cour EDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 31471/96 et n° 32377/96, p. 56.
Cour EDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et n° 33986/96, p. 56.
Cour EDH, 21 décembre 1999, *Da Silva Mouta c/ Portugal*, n°33290/96, p. 59, p. 65.

Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 3469/97, p. 74.

Cour EDH, 31 octobre 2000, *A. D. T c/ RU*, n°35765/97, p. 56.

Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n°35515/96, p. 59.

Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n°2346/02, p. 57.

Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95, p. 57.

Cour EDH, 24 octobre 2003, *K. c/ Autriche*, n°40016/98, p. 58.

Cour EDH, 9 décembre 2004, *I. I. N. c/ Pays Bas*, n°203504/04, p. 142.

Cour EDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n°42758/98 et n°45558/99, p. 57.

Cour EDH, 3 mai 2007, *B. et a. c/ Pologne*, n°1543/06, p. 66.

Cour EDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, n° 43546/02, p. 59, p. 65.

Cour EDH, 28 février 2008, *S. c/ Italie*, n°37201/06, p. 140.

Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04, p. 58, p. 59.

Cour EDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c/ Russie*, n°4916/07, 25924/08 et 14599/09, p. 66.

Cour EDH, 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, n°30696/09, p. 141.

Cour EDH, 23 février 2012, *H. J. et a. c/ Italie*, n°27765/06, p. 140.

Cour EDH, 12 juin 2012, *Genderdoc-M c/ Moldavie*, n°9106/06, p. 66.

Cour EDH, 9 octobre 2012, *X. c/ Turquie*, n°24626/09, p. 66.

Cour EDH, 18 avril 2013, *M. C. c/ France*, n°18372/10, p. 140.

Cour EDH, 27 juin 2013, *M. K. N. c/ Suède*, n°72413/10, p. 142.

Cour EDH, 26 juin 2014, *M. E. c/ Suède*, n°71398/12, p. 142.

Cour EDH, 12 mai 2015, *I. et a. c/ Géorgie*, n°73235/12, p. 66.

Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et a. c/ Italie*, n°18766/11 et n°36030/11, p. 59.

Cour EDH, 12 avril 2016, *M. C. et C. A., c/ Roumanie*, n°12060/12, p. 66.

Cour EDH, 19 avril 2016, *A. N. c/ France*, n°12956/15, p. 142.

Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c/ Italie*, n°51362/09, p. 74.

Cour EDH, 7 février 2017, *L. et a. c/ Russie*, n°57818/09, p. 66.

Cour EDH, 20 juin 2017, *B. et a. c/ Russie*, n°67667/06, 44092/12 et 56717/12, p. 66.

Cour EDH, 13 novembre 2017, *D. H et a. c/ République Tchèque*, n°57325/00, p. 101.

Cour EDH, 27 novembre 2017, *Alekseyev et a. c/ Russie*, n°14988/09, p. 66.

Cour EDH, 14 décembre 2017, *O. et a. c/ Italie*, n°44057/12 et n°60088/12, p. 59.

Cour EDH, 19 décembre 2017, *I. K. c/ Suisse*, n°21417/17, p. 142.

Cour EDH, 17 novembre 2020, *B. et C. c/ Suisse*, n°889/19 et 43987/16, p. 143.

Cour EDH, 1^{er} décembre 2020, *B. c/ Russie*, n°46712/15, p. 66.

Cour EDH, 14 janvier 2021, *S. c/ Croatie*, n°50231/13, p. 66.

Cour EDH, 16 décembre 2021, *Women's Initiatives Supporting Group et a. c/ Géorgie*, n°73204/13 et 74959/13, p. 66.

Cour EDH, 17 mai 2022, *O. c/ Arménie*, n°71367/12 et 72961/12, p. 66.

Cour EDH, 14 juin 2022, *S. c/ Bulgarie*, n°56070/18, p. 66.

Cour EDH, 8 septembre 2022, *D. c/ France*, n°3153/16, p. 86.

Cour EDH, 22 novembre 2022, *D. B. et a. c/ Suisse*, n°58817/15 et n°58252/15, p. 60.

Cour EDH, 17 janvier 2023, *Fedotova et a. c/ Russie*, n°40792/10, n°30538/14 et n°43439/14, p. 59.

Cour EDH, 1^{er} juin 2023, *M. et M. c/ Ukraine*, n°75135/14, p. 59.

C. Cour de Justice des Communautés européennes et de l'Union européenne

CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, C-16/59, p. 60.

CJCE, 26 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, p. 76.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, C-6/64., p. 76.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, p. 60.

CJCE, 8 avril 1976, *D.*, C-43/75, p. 61.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77, p. 76.

CJCE, 30 avril 1996, *P. c/ S. et Cornwall County Council*, C-13/94, p. 62.

CJCE, 17 février 1998, *L. J. G.*, C-249/96, p. 62.

CJCE, 30 juin 1998, *B. c/ Rentokil Ltd*, C 394/96, p. 74.

CJCE, 1^{er} avril 2008, *Maruko*, C-267/06, p. 63.

CJUE, 10 mai 2011, *M. R.*, C-147/08, p. 63.

CJUE, 7 novembre 2013, *X. Y. Z.*, C-199/12, p. 126.

CJUE, 12 décembre 2013, *F. H.*, C-267/12, p. 63.

CJUE, 29 avril 2015, *L. c/ ministre de la Santé*, C-528/13, p. 62, p. 86.

CJUE, 25 janvier 2018, C- 473/ 16, p. 130.

CJUE, 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, p. 63.

CJUE, 12 janvier 2023, *J. K.*, C-356/21, p. 63.

III. COMITÉS INTERNATIONAUX

A. Comité des droits de l'Homme

CDH, 25 juillet 2013, *M. I c/ Suède*, n°2149/2012, p. 138.

CDH, 12 juillet 2017, *M.K. H. c/ Danemark*, n°2462/2014, p. 138.

CDH, 17 janvier 2021, *X. c/ Suède*, n°1833/2008, p. 138.

B. Comité contre la torture

CCT, 23 mai 2011, *M. c/ Suède*, n°338/2008, p. 139.

CCT, 23 novembre 2015, *J. K c/ Canada*, n°562/2013, p. 139.

TABLES DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	II
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	IV
SOMMAIRE	VI
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
TITRE 1. L'IMMIXTION DU DROIT PUBLIC DANS L'ORIENTATION SEXUELLE DES INDIVIDUS	
Chapitre 1. La perméabilité du droit à la morale, vectrice d'intrusion dans l'intimité ..	17
Section 1. La promotion historique des « bonnes » mœurs sexuelles par le droit	17
I. Les rapports ordinaires entre le droit et la morale	17
A. Le rejet d'un droit épuré de considérations morales	17
B. L'acceptation d'un droit de la sexualité empreint de morale	20
1. L'admission pragmatique de la polysémie du terme « morale »	20
2. L'omniprésence historique de la morale sexuelle dans le droit	22
II. Les rapports particuliers entre le droit et l'homosexualité	25
A. La répression indirecte de l'homosexualité au XIX ^{ème} siècle	25
1. L'indifférence textuelle à la répression de l'homosexualité	25
2. L'engagement prétorien à la répression de l'homosexualité	27
B. La répression directe de l'homosexualité au XX ^{ème} siècle	29
1. La forte pénalisation de l'homosexualité sous Vichy	30
2. Les oscillations postérieures jusqu'à la rupture de 1982	32
Section 2. Les vestiges contemporains des « bonnes » mœurs sexuelles au sein du droit	33
I. L'éloignement explicite des mœurs sexuelles de la sphère juridique	34
A. Une norme pénale tolérante à l'égard de la liberté sexuelle	34
1. La rénovation du Code pénal à la faveur de la liberté sexuelle	34
2. La protection par le Code pénal des orientations sexuelles	36
B. Un État neutre à l'égard de l'orientation sexuelle	38
II. L'ancrage implicite des mœurs sexuelles dans la sphère juridique	41
A. L'emprise des mœurs sexuelles sur les débats juridiques	41

1. Un législateur ouvertement moralisateur en matière d'orientation sexuelle	41
2. Une doctrine subtilement moralisatrice en matière d'orientation sexuelle	44
B. L'emprise des mœurs sexuelles sur le corpus juridique	46
1. La promotion intrinsèque au droit de la sexualité majoritaire	46
2. Les limites parcimonieuses posées par le droit à la liberté sexuelle	47
Conclusion chapitre 1	50
Chapitre 2. La perméabilité des systèmes juridiques, vectrice de préservation de l'intimité	51
Section 1. La construction d'un arsenal juridique européen relatif à l'orientation sexuelle	51
I. Les fondations d'un régime protecteur au sein de la Cour EDH	51
A. L'invitation à la tolérance des orientations sexuelles	52
1. L'ombre de la morale sur la jurisprudence européenne entre 1950 et 1980	52
2. La clarté de l'engagement jurisprudentiel à la dépenalisation à partir des années 1980	54
B. L'invitation à la reconnaissance des orientations sexuelles	55
1. Une reconnaissance engagée <i>via</i> le droit au respect de la vie privée	56
2. Une reconnaissance fragmentée <i>via</i> le droit au respect de la vie familiale	57
II. L'édification des droits européens de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle	60
A. La prégnance communautaire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	60
B. La sensibilité de la Cour EDH à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	64
Section 2. La résonance progressive sur le droit interne relatif à la discrimination	66
I. Les implications conceptuelles des droits européens sur le principe d'égalité	67
A. La conception classique du principe d'égalité, source paradoxale de discriminations	67
1. La conception classique de l'égalité française	67
2. Les conséquences néfastes de l'égalité abstraite sur l'orientation sexuelle	69
B. L'intégration de la non-discrimination, source d'égalité réelle	71
1. L'émergence ambivalente de la non-discrimination en droit interne	71
2. L'herméticité des prétoires internes au droit à la différence	73
II. Les implications matérielles des droits européens sur le droit français de la non-discriminations	75

A. L'enchevêtrement des systèmes juridiques interne et européens	75
B. L'empreinte européenne sur le droit interne de la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle	77
1. La réception parcimonieuse du droit communautaire par la loi française ..	77
2. L'invocabilité limitée des dispositions européennes devant les prétoires ..	80
Conclusion chapitre 2	82

TITRE 2. LA PROTECTION DE L'ORIENTATION SEXUELLE DES INDIVIDUS PAR LE DROIT PUBLIC

Chapitre 1. Un droit public engagé contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle

Section 1. Un critère de discrimination imprégnant le droit public traditionnel

I. La consécration par le droit public antidiscriminatoire du critère de l'orientation sexuelle	84
A. Des textes parsemés d'interdictions de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	84
1. La prévention administrative des discriminations	85
2. La répression administrative des discriminations	88
B. Un juge rarement saisi de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ..	90
II. L'inadéquation du droit public aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	92
A. Les défaillances du droit public de la non-discrimination	93
1. Les obstacles tenant à la lisibilité du droit de la non-discrimination	93
2. Les obstacles tenant au fonctionnement du contentieux de la non-discrimination	95
B. Les perspectives d'amélioration du droit public de la non-discrimination	97
1. Une cohérence textuelle à renforcer	98
2. Une effectivité contentieuse à accroître	100

Section 2. Un critère de discrimination nécessitant un droit public renouvelé

I. L'investissement administratif et institutionnel contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	102
A. L'engagement institutionnel dans la lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle	103
B. L'instauration de mécanismes d'alerte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle	106

II.	L'investissement des autorités indépendantes contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	109
A.	La pluralité des autorités indépendantes luttant contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	109
1.	Des autorités armées pour agir contre les discriminations	109
2.	Des autorités limitées par leurs moyens d'actions	112
B.	La singularité du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	114
	Conclusion chapitre 1	118
	Chapitre 2. Un droit des étrangers érigé contre les persécutions liées à l'orientation sexuelle	119
	Section 1. L'accueil de l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle	119
I.	L'octroi d'une protection internationale fondée sur l'orientation sexuelle	119
A.	L'exclusion originelle des demandes de protection liées à l'orientation sexuelle	119
B.	L'inclusion tardive des demandes de protection liées à l'orientation sexuelle	123
1.	Les balbutiements d'une protection propre à l'orientation sexuelle	123
2.	L'éclosion d'un groupe social à raison de l'orientation sexuelle	126
II.	Le désarroi de la protection internationale fondée sur l'orientation sexuelle	128
A.	Les écueils de la demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle	128
1.	Les écueils perceptibles de la procédure de demande d'asile	128
2.	Les écueils imperceptibles de la procédure de demande d'asile	131
B.	Les remèdes à la demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle	134
	Section 2. L'éloignement de l'étranger persécuté à raison de son orientation sexuelle	136
I.	L'origine de l'interdiction d'éloigner un étranger risquant des persécutions	136
A.	Le principe de non-refoulement, fondement de l'interdiction en droit international	136
B.	L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, fondement de l'interdiction en droit européen	139
1.	Une interdiction forgée par le mécanisme de la protection par ricochet ..	139
2.	Une interdiction modérément appliquée à l'orientation sexuelle	141

II.	L’ancrage de l’interdiction d’écloigner un étranger risquant des persécutions	143
A.	La résonnance décevante des droits supranationaux sur le droit interne	143
1.	La reconnaissance de l’interdiction en droit interne	144
2.	L’écvacuation des requêtes fondées sur un risque lié à l’orientation sexuelle	146
B.	Les carences à contenir du droit interne de l’écloignement des étrangers	148
1.	Des carences administratives à tempérer	148
2.	Des carences contentieuses à tempérer	151
	Conclusion chapitre 2	154
	CONCLUSION GÉNÉRALE	157
	BIBLIOGRAPHIE	161
	INDEX JURISPRUDENTIEL	171
	TABLES DES MATIÈRES	179

