

Discours et discrimination homophobes au regard des droits fondamentaux

par Frédéric BOUHON, professeur à l'Université de Liège

Intervention dans le cadre du colloque « Discours et crime de haine : quel droit ? »

organisé par la *Fondation Ihsane Jarfi*

30 novembre 2022

Le présent est intitulé « Discours et crime de haine : quel droit ? ». La question aurait aussi pu être formulées au pluriel : « quels droits ? ». On peut notamment se demander quels droits fondamentaux sont pertinents pour le sujet étudié et surtout examiner leur portée. Que peuvent apporter les droits fondamentaux à la lutte contre l'homophobie. Telle est la question que je propose de traiter sommairement ici.

Les droits fondamentaux constituent à la fois des bornes et des incitations à l'action des États. Les règles qui les consacrent, par exemple la Constitution belge ou la Convention européenne des droits de l'homme, servent tant à refréner les États dans leur tentation de porter atteinte aux libertés des individus, qu'à les pousser à prendre des mesures concrètes pour assurer à chacune et à chacun la jouissance effective des libertés.

L'idée que je viens d'exprimer est générale. Elle vaut pour tout sujet à propos duquel l'État est susceptible d'intervenir. Elle vaut par exemple pour l'attitude que l'État a – ou pourrait avoir – envers les personnes dont l'orientation sexuelle n'est pas celle de la majorité de la population.

La Convention européenne des droits de l'homme, en particulier, impose donc ce qu'on appelle dans le langage juridique des obligations négatives et des obligations positives. D'une part, les États ne peuvent pas adopter certaines normes ou poser certains actes qui portent excessivement atteinte aux droits ou aux intérêts des personnes concernées, par exemple les personnes homosexuelles. D'autre part, les États doivent – au titre des obligations positives – agir proactivement pour garantir à ces personnes la jouissance de leurs droits, notamment dans leurs rapports avec d'autres individus, qui pourraient être tentés de les discriminer ou de se montrer haineux, voire violents, à leur égard.

Avant d'aller plus loin, il est indispensable de préciser que les droits fondamentaux se bornent à fixer un cadre à l'intérieur duquel les États disposent d'une marge d'appréciation importante. Entre ce que les États ne peuvent pas faire et ce qu'ils doivent faire, il existe un champ relativement vaste d'actions que les États peuvent décider d'entreprendre ou d'ignorer sans pour autant violer les droits fondamentaux.

En s'écartant un instant du sujet pour évoquer un autre domaine important et actuel, on peut remarquer que la Cour européenne des droits de l'homme laisse une marge d'appréciation très large pour ce qui concerne la fin de vie des personnes gravement malades : elle considère que le droit à la vie ne comprend pas le droit de mourir comme on l'entend, ce qui la conduit à juger que les États qui interdisent et punissent l'euthanasie ou le suicide assisté ne violent pas la Convention (les moins jeunes se souviennent peut-être de l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* que la Cour européenne des droits de l'homme a tranché il y a vingt ans¹) ; mais la Cour estime aussi que le droit à la vie ne s'oppose pas à ce que des États permettent et organisent l'euthanasie, comme en témoigne le très récent arrêt *Mortier c. Belgique*². Le principe selon lequel les États ont une liberté décisionnelle importante encadrée par des limites est donc essentiel.

Autrement dit, et pour revenir au sujet qui nous intéresse aujourd'hui, les droits fondamentaux créent trois dimensions distinctes : ce que les États ne peuvent pas faire à l'égard des personnes qui ne sont pas hétérosexuelles (obligations négatives / interdictions), ce que les États doivent faire à leur égard (obligations positives / devoirs) et, enfin, entre ces deux pôles, ce que les États peuvent faire à leur sujet (marge d'appréciation / pouvoirs).

Ce sont ces trois dimensions qui constitueront les étapes successives de l'intervention que je vous propose aujourd'hui. En quinze minutes, je ne pourrai forcément pas être exhaustif : pour chaque étape, j'évoquerai deux thèmes choisis et quelques décisions-phares de la Cour européenne des droits de l'homme, afin d'être le plus concret possible dans le temps imparti.

I. Des obligations négatives à la charge des États

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme interdit aux États certaines mesures qui touchent les personnes en raison de leur orientation sexuelle. À cet égard, on doit d'abord rappeler l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* qui a condamné, au tout début des années 1980, la pénalisation (c'était en Irlande du Nord) de certains actes homosexuels³. On en déduit que les États ne peuvent en principe pas considérer que des relations sexuelles entre adultes consentants constituent des infractions, et ce quelle que soit la forme que prennent ces relations⁴.

¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Mortier c. Belgique*, 4 octobre 2022.

³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981.

⁴ Ce principe a notamment été confirmé dans Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005.

Il s'agit aujourd'hui d'un acquis évident, en Europe du moins, car on sait que le fait d'être homosexuel ou d'avoir des relations homosexuelles demeure une infraction dans plusieurs dizaines d'États à travers le monde et est même punissable de la peine de mort dans certains d'entre eux.

Si un État ne peut pas sanctionner l'homosexualité, il ne peut pas non plus interdire d'en faire la promotion auprès des mineurs. La Cour considère qu'une telle mesure renforce la stigmatisation et les préjugés et encourage l'homophobie. Dans cette optique, elle a jugé en 2017 que la Russie, qui avait développé de telles règles restrictives, avait violé le droit à la liberté d'expression et le principe de non-discrimination⁵.

II. Des obligations positives à la charge des États

Les droits fondamentaux n'impliquent pas seulement des devoirs d'abstention à la charge des États. Ces droits créent aussi des obligations positives, qui impliquent que les États doivent agir et prendre des mesures adéquates dans certaines circonstances.

De façon générale, les États doivent assurer une certaine protection aux individus. Ils doivent prendre des mesures raisonnables pour gérer les risques qui pèsent sur les personnes et essayer d'empêcher les décès prévisibles. Cette obligation positive se fonde en particulier sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui concerne le droit à la vie, mais elle repose aussi sur les articles 3 et 8 qui concernent respectivement l'interdiction des mauvais traitements et la protection de la vie privée.

Dans cette perspective, les États sont tenus d'être attentifs aux menaces qui pèsent sur les personnes, notamment en raison de leur orientation sexuelle. Je prends deux exemples qui me semblent complémentaires.

Premièrement, les autorités ne peuvent pas rester indifférentes face à de graves commentaires homophobes qui comprennent des appels explicites à la violence. Une affaire lituanienne offre une malheureuse illustration. Il s'agit de commentaires sur Facebook à la suite de la diffusion d'une photographie de deux hommes qui s'embrassent. On y trouve des incitations à brûler ces personnes ou à recourir à d'autres procédés extrêmement violents à leur égard, à leur offrir une « lune de miel au crématorium » ; certains vont jusqu'à affirmer qu'ils regrettent qu'Hitler n'ait brûlé que des Juifs, *etc*⁶.

Le refus des autorités lituanienes de poursuivre les auteurs de tels propos sans avoir procédé à une enquête préalable constitue une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour estime que les personnes visées par ces propos ont été discriminées dans la jouissance de leur droit à la vie privée dès lors qu'il est

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017.

⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, 14 janvier 2020, § 10.

vraisemblable que des propos similaires adressés à des individus appartenant à d'autres catégories de la population auraient été poursuivis.

On verra, un peu plus loin, que les États disposent d'une marge d'appréciation pour rechercher un équilibre entre la liberté d'expression des personnes, même lorsqu'elles expriment des propos choquants, et la protection de la vie privée des personnes affectées par ces discours. Mais l'inaction des autorités face à des discours aussi extrême que celui que nous venons d'évoquer se heurte aux obligations positives de protection qu'impose la Convention : face à des appels explicites à porter atteinte à l'intégrité physique ou morale d'autres personnes, les États doivent accorder de façon effective la protection du droit pénal à ces personnes⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a abouti à des conclusions similaires dans d'autres affaires⁸.

Cette jurisprudence pourrait poser des difficultés particulières en Belgique, dans la mesure où certaines expressions homophobes peuvent être en pratique très difficiles à poursuivre. En effet, l'article 150 de la Constitution prévoit que ce qu'on appelle les délits de presse ne peuvent être poursuivis que devant une cour d'assise. Les délits de presse, ce sont les infractions qui sont commises par la voie de la presse, et les réseaux sociaux y sont assimilés par la jurisprudence dominante. Cela veut dire que si les propos tenus sur Facebook par les homophobes lituaniens dont je viens de parler venaient à être exprimés par des internautes en Belgique, il faudrait réunir une cour d'assise pour les poursuivre. Or, organiser une cour d'assise représente un coût considérable et la poursuite des délits de presse est presque toujours abandonnée pour éviter ce coût, ainsi que la médiatisation qui est presque inhérente au procès d'assise.

En 1999, l'article 150 de la Constitution a été modifié pour exclure les délits de presse à caractères raciste ou xénophobe de la compétence de la cour d'assise et donc faciliter leur poursuite. On s'interroge depuis longtemps sur l'opportunité de faire de même pour d'autres délits de presse qui concernent des incitations à la haine ou à la violence, par exemple à l'égard des homosexuels.

Je propose un deuxième exemple sur le terrain des obligations positives, en présentant un cas de figure typique où les États sont tenus d'évaluer correctement les risques qui pèsent sur les individus, notamment en raison de leur orientation sexuelle. Cela se produit notamment lorsque les autorités envisagent d'éloigner une personne du territoire, par exemple parce qu'elle ne dispose pas d'un titre de séjour valable.

En 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les autorités suisses avaient insuffisamment évalué les risques qu'une personne homosexuelle subisse des mauvais traitements en Gambie, où on entendait la renvoyer. Elle a estimé, par conséquent, que le renvoi de cette personne vers la Gambie emporterait une violation de l'article 3 de la Convention qui interdit les traitements inhumains et dégradants⁹.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, 14 janvier 2020, § 128.

⁸ Voy. not. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Sabalić c. Croatie*, 14 janvier 2021.

⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *B et C. c. Suisse*, 17 novembre 2020.

Cette conclusion s'impose même si ce ne sont pas les autorités gambiennes, mais de simples citoyens de ce pays, qui sont les plus susceptibles d'infliger ces mauvais traitements, dès lors qu'il apparaît peu probable que les autorités gambiennes offrent une protection adéquate.

III. La marge d'appréciation dont disposent les États

Sur d'autres questions en lien avec l'orientation sexuelle des personnes, on peut constater que les États disposent d'une marge de manœuvre relativement large. Je n'évoquerai pas le sujet intéressant mais trop compliqué à résumer de l'adoption par les personnes homosexuelles¹⁰. Parmi de nombreux autres sujets qui pourraient être abordés, je propose de dire quelques mots sur l'officialisation des relations au sein d'un couple homosexuel (c'est notamment la question du mariage), puis d'évoquer les aménagements entre la protection des personnes en raison de leur orientation sexuelle et les libertés des autres individus.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Rédigé en 1950, comme les autres articles de la Convention, ce texte est imprégné de la vision traditionnelle selon laquelle le mariage unit une femme et un homme.

De façon générale, la Cour européenne des droits de l'homme développe une interprétation évolutive de la Convention, c'est-à-dire qu'elle prend en compte l'évolution de la société, spécialement de ses mœurs, pour déterminer la portée des obligations qui s'imposent aux États. Je crois que certaines des affaires que j'ai déjà évoquées en témoignent. Qu'en est-il en ce qui concerne le mariage ? Les États qui le réservent aux couples hétérosexuels commettent-ils une violation de l'article 12 précité, si on l'interprète à la lumière des mœurs du 21^e siècle ?

Aux États-Unis, la Cour suprême a jugé en 2015 dans son célèbre arrêt *Obergefell v. Hodges* que la Constitution américaine, en particulier son 14^e amendement, fonde un droit au mariage pour les personnes homosexuelles, de sorte que tous les États qui composent les États-Unis sont tenus de le permettre.

La Cour européenne des droits de l'homme reste quant à elle très réservée à ce sujet et n'a pas prononcé l'équivalent européen de cet arrêt *Obergefell*.

Au contraire, en 2010, dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, elle a jugé que l'impossibilité d'épouser une personne du même sexe n'emportait pas de violation de l'article 12 de la Convention et ne constituait pas non plus une discrimination¹¹. L'idée que les États disposent d'une marge d'appréciation dans ce domaine est bien claire, puisque la Cour souligne que les autorités nationales sont mieux placées pour apprécier

¹⁰ Voy. not. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, et Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), arrêt *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013.

¹¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010.

les besoins sociaux en la matière et pour y répondre, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre.

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite, par exemple avec l'arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016. On remarque toutefois dans cet arrêt l'idée que l'article 12 ne saurait pas *actuellement* être compris comme imposant aux États de permettre le mariage homosexuel¹². Il n'est pas déraisonnable de penser que la Cour pourrait faire évoluer sa jurisprudence en la matière, mais il est improbable que cela survienne tant que la majorité des États du Conseil de l'Europe n'ont pas décidé par eux-mêmes de procéder à cette évolution.

Si les États peuvent traiter différemment les couples homosexuels en ce qui concerne l'accès au mariage, ils ne peuvent désormais plus leur interdire toute possibilité de faire acter officiellement leur relation. À défaut de permettre le mariage, tout État européen doit offrir un mode alternatif d'union, c'est-à-dire un régime qui pourrait ressembler à celui de la cohabitation légale qu'on connaît en Belgique. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé récemment que la Russie avait manqué à son obligation positive d'assurer le respect de la vie privée et familiale des personnes homosexuelles en s'abstenant de mettre en place une telle alternative au mariage¹³.

Inversement, lorsque le mariage est ouvert aux personnes de même sexe, mais qu'on leur refuse l'enregistrement d'un partenariat qui n'est accessible qu'aux couples mixtes, la Convention n'est pas nécessairement violée¹⁴. L'idée générale semble être que les États doivent assurer un régime qui protège officiellement les couples homosexuels, mais qu'ils peuvent continuer à traiter différemment ces couples en ne leur offrant pas toute la panoplie des régimes disponibles pour les hétérosexuels. On voit donc qu'une marge d'appréciation subsiste dans le chef des États.

Pour illustrer autrement l'existence de cette marge d'appréciation, je reviens à une autre dimension qui nous intéresse cet après-midi : ce sont les discours qui visent, plus ou moins virulemment, les personnes homosexuelles en général ou certaines d'entre elles en particulier. Nous avons déjà vu que face à des discours qui incitent explicitement à la haine ou à la violence homophobes, il existe une obligation positive de réagir à la charge des États. Par conséquent, les personnes condamnées pour avoir tenu des propos homophobes violents n'ont aucune chance de l'emporter si elles se plaignent d'une violation de leur liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé récemment dans une affaire qui concernait l'Islande¹⁵.

Mais qu'en est-il des discours qui ciblent les personnes homosexuelles d'une manière qui peut être choquante, sans toutefois atteindre le même degré de virulence ? On se

¹² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, voy. en particulier les §§ 36 à 39.

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, 13 juillet 2021.

¹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, 26 octobre 2017.

¹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, décision *Lilliendahl c. Islande*, 12 mai 2020.

doit de rappeler que la liberté d'expression a une portée large et qu'elle protège notamment – spécialement même – les discours qui heurtent, choquent ou inquiètent les autorités ou une partie de la population¹⁶. Dès lors, même si on veut lutter contre l'intolérance, par exemple à l'égard de l'homosexualité, on doit aussi retenir que la liberté d'expression couvre les discours des moins tolérants aussi. Dans cette mesure, les États peuvent y réagir, mais par des mesures qui doivent rester modérées.

L'affaire *Vejdeland c. Suède* offre une bonne illustration. Plusieurs personnes avaient pénétré par effraction dans un lycée pour glisser des tracts homophobes dans les casiers des élèves. Ces tracts n'incitaient pas directement à la violence, mais ils portaient des allégations graves. Ils présentaient notamment l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle » et comme ayant un « effet moralement destructeur » sur la société et comme étant à l'origine de l'extension du sida¹⁷. Ce n'est certainement pas anodin, mais ce n'est pas comparable aux propos très violents de l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie* que j'ai évoqués il y a quelques minutes et pour lesquels l'absence de poursuites violait la Convention.

Dans l'affaire suédoise, les autorités ont poursuivi les responsables et les ont condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis et à des amendes de 200 à 2000 euros. Les personnes condamnées ont estimé que leur droit à la liberté d'expression avait été violé et s'en sont plaint devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé que leur requête n'était pas fondée. La Suède n'a donc pas violé la liberté d'expression en sanctionnant les auteurs des propos homophobes.

La Cour explique cependant qu'elle n'aurait pas admis n'importe quelle sanction en toute circonstance face à ce type de discours ; elle tient en effet compte de plusieurs éléments pour conclure que la sanction est admissible. Deux d'entre eux méritent d'être mis en évidence : la sanction est acceptable parce que les tracts ont été distribués à des élèves influençables dans leur école (dans d'autres circonstances, les mêmes propos auraient peut-être dû être tolérés) et parce que personne n'a été condamné à un emprisonnement ferme (une condamnation plus sévère des mêmes propos aurait vraisemblablement violé la liberté d'expression).

Le tableau qui suit vise à offrir une synthétique des principaux éléments de l'exposé qui précède :

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Vejdeland c. Suède*, 9 février 2012.

Obligations négatives <i>Interdictions</i>	Marge d'appréciation <i>Pouvoirs</i>	Obligations positives <i>Devoirs</i>
Pénaliser l'homosexualité <i>Dudgeon c. Royaume-Uni (1981)</i>	Régir le mariage et d'autres unions <i>Schalk et Kopf c. Autriche (2010)</i> <i>Chapin et Charpentier c. France (2016)</i> <i>Fedotova et autres c. Russie (2021)</i> <i>Ratzenböck et Seydl c. Autriche (2017)</i>	Poursuivre et condamner les incitations explicites à la haine ou à la violence <i>Beizaras et Levickas c. Lituanie (2020)</i>
Interdire la promotion de l'homosexualité <i>Bayev et autres c. Russie (2017)</i>	Réagir aux discours qui ne sont pas des incitations explicites à la haine ou à la violence <i>Vejdeland c. Suède (2012)</i>	Évaluer adéquatement le risque avant d'expulser une personne vers l'étranger <i>B. et C. c. Suisse (2020)</i>

Conclusion

Cette brève intervention visait à montrer que les droits fondamentaux sont la source d'obligations négatives et positives qui fournissent des ressources solides et effectives pour lutter contre les discours homophobes ou contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle. Depuis l'arrêt *Dudgeon* qui a interdit la pénalisation de l'homosexualité en 1981, la jurisprudence a largement suivi l'évolution des mœurs pour construire un régime qui protège de mieux en mieux les personnes homosexuelles, dans de multiples aspects de leurs vies.

Cette progression se heurte certes à des limites. La Cour européenne des droits de l'homme se montre très réservée à l'idée d'imposer le mariage entre personnes de même sexe à tous les États membres du Conseil de l'Europe, sans doute parce qu'elle mesure qu'une telle décision serait inacceptable dans de nombreux pays et qu'elle risquerait d'y perdre trop de son crédit de juridiction internationale. La Cour doit aussi ménager la volonté de lutter contre les discours homophobes avec la liberté d'expression qui comprend un droit de choquer et de s'exprimer de façon peu tolérante à propos de tout sujet, notamment à l'encontre de l'homosexualité ou des homosexuels. La jurisprudence oblige ainsi les États à poursuivre et à sanctionner les propos les plus graves, mais les incite à une certaine modération dans leurs réactions aux discours moins virulents, tout en leur laissant une marge d'appréciation.

Ceci est le fruit de la cristallisation complexe de diverses valeurs européennes, qui sont reflétées dans les droits fondamentaux et toute la relativité qui les caractérise. La qualité de ce fruit est toujours discutable. Il est trop mûr pour certains, pas assez pour

d'autres. Je crois pour ma part que c'est un fruit nourrissant, au goût sophistiqué, dont il faut veiller à extraire soigneusement les graines pour faire germer d'autres plants.