La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme

Jean-Pierre Marguénaud

Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, membre de l'Institut de droit européen des droits de l'Homme (IDEDH), Université de Montpellier – France

Résumé : La jurisprudence européenne intervient abondamment en matière de sexualité ; La Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas à un seul aspect de la sexualité, c'est-à-dire au volet liberté, mais elle s'intéresse également à la protection des personnes sexuellement vulnérables. Au titre de la liberté sexuelle, le juge européen a eu, en effet, l'opportunité d'étudier la question de la majorité sexuelle, ainsi que celle des éventuelles limites à l'activité sexuelle librement consentie. Ne se prononçant ni sur la fixation d'un âge, ni sur des relations entre mineur, la question de la majorité sexuelle a préoccupé la Cour européenne sous l'angle de la discrimination, notamment un âge minimum différent selon si c'est une relation hétérosexuelle, homosexuelle, hommes ou femmes. De l'orientation sexuelle du mineur à celle du majeur, la Cour aura joué un véritable rôle dans l'abolition des lois édictant encore, à la fin du XX^{e} siècle, de lourdes sanctions pénales pour stigmatiser les relations homosexuelles entre adultes consentants. L'émergence de l'autonomie personnelle en matière de sexualité n'intervient, néanmoins, qu'à partir du célèbre *arrêt K.A et A.D c/ Belgique* en février 2015, car il offre à chacun le droit de vivre la sexualité qu'il a librement choisie sans pour autant s'exposer à des discriminations ou sanctions pénales. Rempart contre la justification du sadisme, il n'est possible qu'à la stricte condition de respecter l'autonomie personnelle, c'est-à-dire le consentement, de sa ou son partenaire. En parallèle de cette autonomie personnelle en matière de sexualité, pilier européen, la Cour joue également un rôle dans la protection des personnes sexuellement vulnérables, que ce soit une vulnérabilité personnelle (il est fait référence au viol d'une mineure et handicapée, mais aussi aux femmes majeures soumises au devoir conjugal et aux violences domestiques), ou encore une vulnérabilité sociale (la stérilisation médicales forcées des femmes handicapées ou encore la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle). De la jurisprudence européenne transparaît une volonté d'établir un juste équilibre entre extension de la liberté sexuelle et protection de la vulnérabilité sexuelle.

Mots-clés : exploitation sexuelle, handicap, homosexualité, liberté sexuelle, majorité sexuelle, prostitution, sadomasochisme, vulnérabilité sexuelle

Introduction

Il y a pléthore d'arrêts et de décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme toujours debout contre vents et marées ou de la Commission européenne des droits de l'Homme aujourd'hui disparue ayant quelque chose à voir avec le sexe et la sexualité. En faire un inventaire raisonné serait donc aussi épuisant que fastidieux. Il faut donc élaguer et synthétiser le sujet. Pour ce faire, on peut tout d'abord observer que le

service de presse de la Cour de Strasbourg qui rédige de précises fiches thématiques lui en a consacré quatre qui semblent en décliner les principaux aspects sous les intitulés suivants : « Égalité entre les femmes et les hommes » reflétant « la progression vers l'égalité des sexes [qui est] aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe » ; « Homosexualité : aspects pénaux » ; « Identité de genre » et « Orientation sexuelle ». Destinées d'abord à permettre aux médias d'accéder le plus vite possible aux principaux arrêts et aux principales décisions rendues sur des thèmes qui ont déjà retenus leur versatile attention, ces fiches thématiques sont également un précieux outil de travail pour le chercheur qui y trouvera notamment les premières traces des affaires qui pour l'heure sont seulement communiquées. Cependant, la démarche dans laquelle elles s'inscrivent n'est pas toujours très scientifique et d'ailleurs, elles n'ont pas pour mission de l'être. Aussi, pour mieux approcher le sujet, il sera prudent de prendre congé du service de presse pour s'adresser directement à la Cour. Par bonheur, elle vient de rendre un important arrêt *A.P., Garçon et Nicot c/ France* du 6 avril 2017 [1] relatif à la modification de l'indication du sexe sur l'état civil des personnes transgenres qui propose une distinction plus précise ramenée à trois têtes de chapitres : l'identité ou l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle.

Par les temps qui courent, il serait dangereux d'adopter le plan en trois parties que cet arrêt suggère. On serait, en effet, vite empêtré dans la confusion, devenue en quelques années péché scientifique capital, entre le sexe et le genre exposant à un pesant rappel de la jurisprudence qui de l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 [2] à l'arrêt *Y.Y. c / Turquie* du 10 mars 2015 [3] en passant, notamment, par les arrêts *Cossey c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 [4], *B. c/ France* du 25 mars 1992 [5], *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* du 30 juillet 1998 [6], *I. et Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 [7], *Van Kück c/ Allemagne* du 12 juin 2003 [8], *L.c / Lituanie* du 11 septembre 2007 ou *Hämäläinen c/ Finlande* du 16 juillet 2014 [9] qui a façonné l'histoire du droit du transsexualisme. On pourrait, par ailleurs, se laisser entraîner à traiter en détail et par le menu de retentissants arrêts qui ont stigmatisé des discriminations fondées davantage sur le sexe que sur la sexualité frappant aussi bien les femmes dans les hypothèses d'usage du nom patronymique après le mariage [10] ou de calcul de rente d'indemnité [11], que les hommes par exemple en matière de congé parental [12], de versement de cotisations au régime général de sécurité sociale [13], de contestation de paternité [14], d'obligation d'accomplir un service de

1. CEDH, 6 avr. 2017, *A.P., Garçon et Nicot c/ France,* req. n° 79885/12, n° 52471/13 et n° 52596/13, § 92.
2. CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81.
3. CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c / Turquie*, req. n° 14793/08.
4. CEDH, 27 sept. 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84.
5. CEDH, 25 mars 1992, *B c/ France,* req. n° 13343/87.
6. CEDH, 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, req. n° 22985/93.
7. CEDH, 11 juill. 2002, *I. et Christine Goodwin c/ Royaume-Uni,* req. n° 28957/87.
8. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* req. n° 35968/97.
9. CEDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, req. n° req. n° 37359/09.
10. Dans l'arrêt *Ünal Tekeli c/ Turquie* du 16 novembre 2004, req. n° 29865/96.
11. Dans l'arrêt *Di Trizio c/ Suisse* du 2 février 2016 req. n° 7186/09.
12. CEDH, gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/Russie*, req. n° 30078/06.
13. CEDH, 21 fé. 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas,* req. n° 20060/92.
14. CEDH, 12 jan. 2006, *Mizzi c/ Malte*, req. n° 26111/02.

sapeur-pompier [15]... voire les hommes – parfois [16] – et les femmes – souvent [17] – dans le cas du nom de famille et de sa transmission aux enfants ou des arrêts tout aussi spectaculaires qui ont délivré un brevet de conventionnalité à des discriminations atteignant les hommes [18]. En réalité, c'est le volet vie sexuelle qui est au cœur de la sexualité proprement dite, en droit européen des droits de l'Homme comme ailleurs. C'est donc celui qui sera privilégié avec d'autant moins d'hésitations qu'il permettra d'aborder nombre de difficultés relevant des deux autres car, à l'évidence, l'épanouissement de la vie sexuelle dépend souvent de la reconnaissance de l'identité sexuelle et toujours de la levée des interdictions tenant à l'orientation sexuelle. Ainsi délimité en fonction de la vie sexuelle, le sujet ayant pour intitulé « la sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme » pourrait, dans le prolongement de l'emblématique arrêt *K.A. et A.D.c/ Belgique* du 17 février 2005 [19], être traité en forme d'hymne à la liberté sexuelle. Cette approche ne devra pas être écartée car elle est nécessaire pour montrer pourquoi, sur des questions de la plus haute gravité qui se posent dans tous les États, la Cour de Strasbourg peut être prise en exemple dans le monde entier. Il ne faudra pas, cependant, lui réserver l'exclusivité car elle masquerait la partie la plus abondante et la plus régulièrement amplifiée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de sexualité : celle, souvent occultée par ses détracteurs, qui consiste à voler au secours des personnes sexuellement vulnérables. Liberté sexuelle (1.) et vulnérabilité sexuelle (2.) seront donc successivement étudiées.

1 Liberté sexuelle

La sexualité qui relève de l'intimité ne se vit pas nécessairement en établissant des relations avec autrui mais la masturbation, à moins qu'elle ne soit mutuelle [20], ne tient pas beaucoup de place dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. On notera néanmoins qu'il en était fortement question dans « le petit livre rouge à l'usage des écoliers » dont la mise au pilon de la version anglaise avait été absoute par l'arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 [21] qui est pourtant un des plus grands arrêts jamais rendus en matière de liberté d'expression relevant de l'article 10 et qu'elle était au programme des cours d'éducation sexuelle dont le caractère obligatoire a été jugé conforme aux exigences de l'article 2 du protocole additionnel n° 1 par le tout aussi grand arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* du même jour [22]. En ces deux remarquables occasions, c'était cependant la liberté de la pensée qui était en jeu plutôt que la liberté sexuelle. C'est seulement avec

15. CEDH, 18 juill. 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, req. n° 13580/88.

16. CEDH, 22 fév. 1994, *Burghartz c/ Suisse,* req. n° 16213/90.

17. CEDH, 7 jan. 2014, Cusan et *Fazzo c/ Italie*, req. n° 77/07.

18. CEDH, gde ch., 12 avr. 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 relatif à l'âge légal de départ à la retraite CEDH, gde ch., 24 jan. 2017, *Khamtokhou et Aksenchik c/ Russie*, req. n° 60367/08 se rapportant à la réclusion à perpétuité CEDH, 3 oct. 2017, *Alexandru Enache c/ Roumanie*, req. n° 16986/12, réservant aux femmes condamnées le report de l'exécution de leur peine de prison jusqu'à ce que leur enfant ait atteint l'âge de un an.

19. CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D.c/ Belgique*, req. n° 42758/98 et n° 45558/98.

20. *cf.* CEDH, 31 juill. 2000, *A.D.T.c/ Royaume -Uni,* req. n° 35765/97.

21. *cf.* Sudre, F. (dir.) (2017), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 8e éd., PUF, coll. « Thémis », n° 7.

22. *cf.* Sudre, F. (dir.) (2017), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 8e éd., PUF, coll. « Thémis », n° 58.

l'arrêt *Dvoracek c/ République tchèque* du 6 novembre 2014 [23] que la masturbation a été directement abordée sur le plan de la liberté sexuelle à la requête d'un malade atteint de troubles psychiatriques se plaignant de l'administration d'un traitement qui l'avait empêché de se soulager par ce moyen généralement manuel. Selon la Cour, cette conséquence n'avait pas suffi à rendre le traitement, qui avait eu bien d'autres effets intempestifs, inhumains ou dégradants au sens de l'article 3...

La liberté sexuelle à laquelle la Cour de Strasbourg consacre le plus d'attention est donc celle qui suppose l'établissement de relations avec autrui. Étant précisé qu'autrui renvoie exclusivement aux êtres humains en sorte que seront résolument tenues en dehors du champ de l'étude les relations sexuelles avec les animaux [24], ou celles que des cinéastes montrent entre des êtres humains et des dieux [25], la liberté sexuelle ne saurait se concevoir sans majorité sexuelle (1.1.). Quand elle est atteinte, il faut encore savoir s'il y a des limites à l'activité sexuelle librement consentie (1.2.).

1.1 La majorité sexuelle

Distincte de la majorité civile, la majorité sexuelle qui, en France notamment, n'est pas désignée en ces termes, renvoie, en droit pénal, à un âge en dessous duquel une personne est supposée ne pas consentir librement à des relations sexuelles. En conséquence, un majeur qui, sans violence, contrainte, menace ni surprise entretient une relation sexuelle avec une personne n'ayant pas atteint l'âge minimum – 14, 15, ou 16 ans selon les pays – commet une infraction qui, en France, est le délit d'atteinte sexuelle exposant à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende [26]. Il s'agit donc d'un volet essentiel de la liberté sexuelle qui détermine à la fois l'âge à partir duquel on peut vivre librement sa sexualité sans exposer son partenaire à des sanctions pénales systématiques et les limites fixées à la liberté sexuelle de l'adulte exposé au risque d'une discordance entre le développement physiologique et l'état civil de l'autre. La Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas encore avoir eu d'occasions de dire si une détermination progressive de la majorité sexuelle en fonction des caractéristiques propres à chaque individu ne correspondrait pas mieux aux exigences du respect du droit à la vie privée que la fixation d'un âge fixe ou si tel ou tel État ne plaçait pas trop bas ou trop haut l'âge de la majorité sexuelle. Elle ne semble pas non plus s'être prononcée sur la question ambiguë de savoir si des mineurs n'ayant atteint ni l'un ni l'autre l'âge légal peuvent tomber sous le coup de la prohibition pénale lorsqu'ils s'adonnent entre eux à des relations sexuelles. En revanche, la question de la majorité sexuelle l'a beaucoup préoccupée sous l'angle de la discrimination et de l'article 14 de la Convention.

En la matière, on peut s'attendre à des discriminations fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle. Il ne semble pas s'être rencontré de cas dans lesquels il aurait fallu dénoncer l'inconventionnalité d'une législation nationale qui aurait fixé un âge de la majorité sexuelle différent pour les hommes et pour les femmes. C'est l'hypothèse

23. CEDH, 6 nov. 2014, *Dvoracek c/ République tchèque,* req. n° 12927/13.

24. Elles sont évoquées dans les arrêts *Müller c/Suisse* du 24 mai 1988, req. n° 10737/84, *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000, req. n° 39221/98- ou *Jurjevs c/Lettonie*, req. n° 70923/01.

25. CEDH, 25 nov. 1996, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, req. n° 17419/90.

26. C. pén., art. 227-25.

d'une double discrimination fondée et sur le sexe et sur l'orientation sexuelle qui a retenu l'attention la plus soutenue des juges européens.

À la fin du XX^e siècle, il se trouvait encore des législateurs d'États membres du Conseil de l'Europe pour décider que l'âge minimum requis pour entretenir des relations homosexuelles devait être plus élevé que celui fixé pour les relations homosexuelles et qu'il convenait même de prévoir un âge différent selon qu'il s'agissait d'homosexualité masculine ou féminine. Ainsi au Royaume-Uni l'âge de la majorité sexuelle a été longtemps fixé à 21 ans pour les relations homosexuelles masculines alors qu'il était de 16 ans pour les relations homosexuelles féminines et hétérosexuelles. Dans les années 1970-1980, la Commission européenne des droits de l'Homme avait jugé qu'une telle discrimination trouvait une justification objective et raisonnable dans le critère de protection sociale de l'époque [27]. Entre 1994 et 2001, s'est déroulé outre-Manche une rude bataille parlementaire dont s'est fait l'écho une décision de la Commission européenne des droits de l'Homme *Sutherland c/ Royaume-Uni* du 27 mars 2001 [28] sur le point de savoir si l'âge minimal du consentement aux actes homosexuels masculins descendu entre temps à 18 ans, devait encore être abaissé à 16 ans pour correspondre à celui fixé pour le consentement au relations homosexuelles féminines. L'affaire ayant été rayée du rôle parce que la loi prévoyant le même âge de consentement pour les deux sexes était entrée en vigueur depuis l'introduction de la requête, la difficulté discriminatoire n'a été abordée au fond par la Cour de Strasbourg que dans deux arrêts du 9 janvier 2003 concernant l'Autriche : *L et V.* [29] et *S. L.* [30] En l'occurrence, un article du Code pénal autrichien disposait que « tout individu de sexe masculin ayant atteint l'âge de dix-neuf ans qui se livre à la fornication avec une personne de même sexe âgée de plus de quatorze ans et n'ayant pas atteint celui de dix-huit ans est passible d'une peine allant de six mois à cinq ans d'emprisonnement ». La Cour constitutionnelle ayant estimé en 1989 que cet article se conciliait avec le principe constitutionnel d'égalité et, en particulier, avec l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe notamment parce que l'influence de la communauté homosexuelle exposait les jeunes hommes n'ayant pas atteint leur pleine maturité sexuelle à un risque beaucoup plus grand que les filles du même âge, son maintien dans l'arsenal répressif autrichien a donc attiré devant la Cour européenne des droits de l'Homme trois requêtes introduites par des majeurs condamnés à plusieurs mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir eu des relations homosexuelles avec des adolescents consentants de plus de 14 ans et de moins de 19 ans [31] et par un adolescent se plaignant de n'avoir pas pu vivre ouvertement sa sexualité de peur d'exposer un partenaire adulte à des poursuites pénales [32]. Dans les trois affaires, les homosexuels invoquaient une violation de l'article 8 combinée avec l'article 14 parce que des relations homosexuelles et lesbiennes entre des adultes et des adolescentes appartenant à la même tranche d'âge n'étaient pas passibles de

27. *cf.* CEDH, 7 juill. 1977, *X. c/ Royaume-Uni* du 7 juillet, req. n° 7215/75, CEDH, 17 juill. 1986, *Martin Johnson c/ Royaume-Uni*, req. n° 10389/83 voir aussi : CEDH, 30 sept. 1975, *X.c /Allemagne,* req. n° 5935/72 admettant le même point de vue face à une discrimination du même ordre.

28. Req. n° 25186/94.

29. CEDH, 9 jan. 2003, *L et V. c/ Autriche,* req. n° 39392/98 et n° 39829/98.

30. CEDH, 9 jan. 2003, *S. L.*, req. n° 45330/99.

31. Arrêt *L. et V. c/ Autriche* précité.

32. Arrêt *S. L. c/ Autriche* précité.

sanctions. Dans les trois cas, la Cour a dressé un constat de violation des deux articles combinés parce qu'il existait :

> « [...] un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines et parce que la théorie suivant laquelle les adolescents de sexe masculin pouvaient être "embrigadés" par la communauté homosexuelle avait été démentie par les expertises scientifiques. »

Cette solution a été consolidée dans un reliquat d'affaires autrichiennes [33] ou, plus récemment *E.B et autres* du 7 novembre 2013 dans l'hypothèse particulière où des homosexuels déjà condamnés au moment où, en 2002, l'article discriminatoire du code pénal autrichien avait été déclaré contraire à la Constitution et abrogé, n'avaient pas pu faire supprimer les traces de leurs condamnations du casier judiciaire. Elle a été étendue au Royaume-Uni dans une affaire *B.B* du 10 février 2004 [34] qui, du point de vue du droit transitoire, ne se prêtait pas à une radiation comme dans l'affaire *Sutherland* [35] ou dans l'affaire *Connel* [36] ayant donné lieu à une décision du 8 janvier 2002. Un arrêt *Santos Couto c/ Portugal* du 21 septembre 2010 [37] achève, pour le moment, cette série relative à la majorité sexuelle ou plutôt à la majorité homosexuelle sur une note d'ambiguïté. En cette lusitanienne occurrence, la discrimination ne tenait qu'à l'orientation sexuelle : le requérant avait été condamné, en tant que client présumé d'un groupe de prostitués mineurs de sexe masculin à un an et six mois d'emprisonnement avec sursis sur le fondement d'un article du Code pénal qui punissait les relations homosexuelles avec un mineur ayant entre 14 et 16 ans alors que pour exposer aux mêmes peines les auteurs de relations hétérosexuelles avec des mineurs de la même tranche d'âge, un autre article exigeait la preuve d'un abus de l'inexpérience de l'adolescent. Il y avait donc bien une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle puisque, en définitive, l'adulte homosexuel ne pouvait, lui, pas échapper à la sanction pénale en établissant que l'apparence physique de son partenaire l'avait trompé sur son âge véritable. La Cour n'a pourtant pas dressé de constat de violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. Cette solution s'explique sûrement un peu parce que l'affaire s'inscrivait dans un contexte d'exploitation de mineurs pour la prostitution. Elle est surtout justifiée parce que, en l'espèce, les juridictions nationales avaient prononcé la sanction pénale après avoir expressément relevé que le client n'avait pas pu ignorer que l'adolescent ne pouvait pas avoir beaucoup plus de 14 ans en sorte que l'abus de l'inexpérience était tout autant constitué qu'il aurait dû l'être pour pouvoir condamner un client hétérosexuel. Peut-être aussi n'y avait-il pas lieu de stigmatiser, dans l'abstrait, l'inconventionnalité du texte ayant servi de fondement à la condamnation puisque le législateur portugais venait de fondre les deux articles en un texte unique prévoyant une seule infraction pour les activités sexuelles avec les

33. CEDH, 21 oct. 2004, *Woditschka et Wilfling c/ Autriche,* req. n° 69756/02 et n° 6306/02, CEDH, 3 fév. 2005, *Ladner c/ Autriche,* req. n° 18297/03, CEDH, 26 mai 2005, *Wolfmeyer c/ Autriche,* req. n° 5263/03, CEDH, 19 jan. 2006, *R.H* c/ Autrhiche, req. n° 7336/03.

34. CEDH, 10 fév. 2004, *B.B c/ Royaume-Uni*, req. n° 53760/00.

35. Précitée.

36. req. n° 43495/98.

37. CEDH, 21 sept. 2010, *Santos Couto c/ Portugal,* req. n° 31874/07.

adolescents qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles. Même lorsqu'elles sont librement consenties entre adultes ayant pleinement atteint l'âge de la majorité civile, et *a fortiori* sexuelle, ce sont évidemment les activités homosexuelles qui se sont le plus souvent heurtées à des limites légales sur l'anachronisme desquelles la Cour européenne des droits de l'Homme s'est inlassablement et courageusement – le plus souvent – prononcée depuis bientôt un demi-siècle.

1.2 Les limites à l'activité sexuelle librement consentie

La Cour européenne des droits de l'Homme aura joué un rôle que l'on pourrait qualifier d'historique pour avoir entraîné – et en tout cas accéléré – en Europe et au-delà, l'abolition des lois édictant encore, à la fin du XX^{e} siècle, de lourdes sanctions pénales pour stigmatiser les relations homosexuelles entre adultes consentants. Sept arrêts essentiels ont contribué à faire souffler ce grand vent de liberté homosexuelle.

Le premier et le plus connu est l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 [38]. Il a été rendu à la requête de M. Jeffrey Dudgeon, homosexuel alors âgé de 35 ans qui vivait à Belfast, en Irlande du Nord, province où étaient encore en vigueur des lois de 1861 et de 1885 érigeant en infraction certains actes homosexuels entre hommes adultes et consentants. Il y a longtemps que ces lois, ayant valu à Oscar Wilde une condamnation à deux ans de travaux forcés en 1895, n'étaient plus appliquées même en Irlande du Nord et M. Dudgeon n'avait jamais vraiment été menacé de poursuites sur leur fondement même s'il avait fait l'objet d'une enquête de police. Il devait néanmoins introduire une requête devant les organes strasbourgeois de contrôle de l'application de la CEDH parce que leur existence même continuait 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.Le 22 octobre 1981, la Cour de Strasbourg, à la majorité a effectivement dressé un constat de violation de l'article 8 et l'arrêt *Dudgeon* a eu un retentissement si considérable que la Cour suprême des États-Unis d'Amérique allait, vingt ans plus tard, s'y référer expressément dans son arrêt du 26 juin 2003 *Lawrence et autres v/Texas* [39] pour justifier l'abandon de sa jurisprudence traditionnelle qui admettait la compatibilité avec les exigences du 14^{e} amendement de la Constitution fédérale de la loi texane réprimant la sodomie. Même s'il est devenu historique, l'arrêt *Dudgeon* ne peut pas être tout à fait qualifié d'exemplaire. On remarque, en effet, que la courageuse solution qu'il consacre est équilibrée par une révérence douteuse envers les convictions des adversaires de la dépénalisation de l'homosexualité. Ainsi, les juges européens y admettent-ils que, à l'époque, la forte opposition à un amendement de la législation procédait d'une conviction authentique et sincère, partagée par nombre d'esprits réfléchis de la province et que, fondée ou non, cette opinion existant dans de larges milieux de la société nord-irlandaise était assurément pertinente sous l'angle de l'article 8. Sans doute pour pouvoir constater une violation de cet article, les juges affirment-ils que ni les attitudes morales envers l'homosexualité masculine en Irlande du Nord ni la crainte que l'atténuation des règles n'aboutisse à miner les valeurs morales existantes ne sauraient permettre en soi une ingérence si étendue dans la vie privée et qu'elles ne pouvaient justifier le maintien d'une prohibition générale des

38. CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76.
39. n° 539 US 538.

rapports homosexuels auxquels se livrent en privé des hommes adultes capables d'y consentir, mais ils prennent bien soin de préciser que « dépénaliser », vers quoi tend à l'évidence la solution de l'arrêt Dudgeon, « ne veut pas dire approuver »...

L'arrêt *Norris c/ Irlande* du 26 octobre 1988 [40] qui consolide la jurisprudence Dudgeon déclarant contraire à l'article 8 les lois réprimant encore les relations homosexuelles entre des hommes majeurs capables de consentir fait moins de concession aux idées homophobes. Rendu à la requête d'un maître de conférences de Dublin qui, n'ayant même pas fait l'objet d'une enquête de police, n'avait jamais été lui non plus menacé de poursuites pour s'être livré à des relations sexuelles avec d'autres hommes majeurs, mais qui se plaignait aussi des répercussions de l'existence de la législation répressive sur sa vie privée, cet arrêt ne fait, en effet, aucune allusion à la pertinence au regard de l'article 8 de convictions authentiques et sincères d'esprits réfléchis attachés au maintien de l'incrimination de l'homosexualité masculine pour ne pas détruire l'ordre moral. Sept ans plus tard, l'arrêt Norris ne reprend au contraire de l'arrêt Dudgeon que le passage constatant que, dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on avait cessé de croire que les pratiques homosexuelles appelaient par elles-mêmes une répression pénale et affirmant que la Cour ne pouvait pas négliger cette nette évolution.

Avec l'arrêt *Modinos c/ Chypre* du 22 avril 1993 [41] constatant à nouveau une violation de l'article 8 à la requête d'un homosexuel entretenant une relation charnelle avec un autre adulte de sexe masculin qui avait fait valoir que les textes législatifs incriminant certains actes homosexuels était pour lui source de grande tension, d'appréhension et de crainte de poursuites, la Cour de Strasbourg se montre encore plus intransigeante dans la défense de la liberté sexuelle des hommes adultes adeptes de l'homosexualité. Sans même se référer à l'évolution toujours plus nette au sein du Conseil de l'Europe vers la dépénalisation, elle saisit l'occasion pour affirmer l'autorité interprétative de ses propres arrêts en reprochant sèchement à la Cour suprême de Malte d'avoir, « malgré, l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* rendu le 22 octobre 1981 », continué à affirmer que les articles du Code pénal incriminant encore l'homosexualité entre hommes adultes consentants ne violaient ni la Constitution ni la Convention. Il ne fait donc plus de doute aujourd'hui que, en dépit des objections des défenseurs des valeurs morales et indépendamment du point de savoir si la dépénalisation revient ou non à approuver cette orientation sexuelle, une législation qui incriminerait encore les relations homosexuelles entre adultes consentants est contraire à l'article 8 de la CEDH, en quelque État membre du Conseil de l'Europe que ce soit [42].

Même s'il ne se rapportaient pas directement à l'activité sexuelle mais à l'activité professionnelle des homosexuels, en l'occurrence des militaires révoqués après la découverte de leur orientation sexuelle dont la connaissance aurait pesé sur le moral des troupes majoritairement composées d'hétérosexuels, il faut souligner à quel point ont été utiles aux progrès de la cause homosexuelle les arrêts du 27 septembre 1999 *Smith*

40. CEDH, 26 oct. 1988, *Norris c/ Irlande*, req. n° 8225/78.
41. CEDH, 22 avr. 1993, *Modinos c/ Chypre,* req. n° 15070/89.
42. *cf.* la décision de radiation du rôle *H.Ç c/ Turquie* du 3 juin 2014, req. n° 6428/12.

et Grady c/ Royaume-Uni[43] et *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*[44] qui, pour mieux justifier des constats de violation de l'article 8, ont 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. Dans le même ordre d'idées mais sur le plan familial, il faut signaler aussi l'important arrêt *Salguiero Da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999[45] qui pour dresser un constat de violation de l'article 8 combiné avec l'article 14, a vertement reproché aux juridictions nationales d'avoir refusé d'accorder à un père homosexuel l'autorité parentale sur sa fille parce que l'homosexualité étant une anomalie, un enfant ne doit pas grandir à l'ombre des situations anormales.

La liberté des homosexuels majeurs et consentants a encore été étendue par l'arrêt *A.D.T. c/ Royaume-Uni* du 31 juillet 2000[46].

Cet arrêt a été rendu à la requête d'un homosexuel qui avait été poursuivi et pénalement condamné pour indécence grave parce qu'il s'était livré à des activités sexuelles commises avec plusieurs autres hommes en application d'une loi incriminant l'homosexualité de groupe qui serait, elle, potentiellement publique et potentiellement inacceptable. La Cour a estimé que l'application de cette législation érigeant en infraction les actes homosexuels commis en privé entre hommes constituaient une violation du droit au respect de la vie privée des intéressés parce qu'il était très peu probable que d'autres personnes prennent connaissance des épisodes de sexualité masculine de groupe. La Cour a strictement maintenu le caractère « véritablement privé » des actes reprochés au requérant alors même qu'ils avaient été enregistrés sur une cassette vidéo. Elle a en effet considéré que le requérant avait été poursuivi en raison des actes eux-mêmes et non de l'enregistrement ou d'un risque quelconque qu'il soit répandu dans le public.

Il n'en demeure pas moins que, d'une manière générale, les « *sextapes* » ne sont pas toujours limitées au visionnage privé auquel on les destinait. Comme on le sait, elles ont une tendance assez marquée à se répandre dans le public. Lorsque tel est le cas, les protagonistes qui n'ont pas consenti à leur diffusion subissent une violation de leur droit au respect de la vie privée que les États concernés doivent sanctionner et faire cesser pourvu qu'elles ne révèlent pas des comportements sexuels illicites. On se reportera, à cet égard à l'intéressant arrêt *Mosley c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2011[47]. Elle concerne une personnalité mondialement connue pour avoir présidé pendant des années aux destinées de la F1 qui en 2008 avait été victime de la publication dans la presse dite *people* d'un article accompagné de photographies extraites d'une vidéo enregistrée en secret qui tendait à établir sa participation à une orgie à connotation nazie avec cinq prostituées. M. Mosley ayant réussi à faire condamner le journal à des dommages-intérêts en raison de l'atteinte au droit au respect de la vie privée qui lui avait été infligée, il avait néanmoins introduit une requête devant la Cour

43. CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni,* req. n° 33 985/96 et n° 33986/96.
44. CEDH, 27 sept. 1999, *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni,* req. n° 31417/96 et n° 32377/96.
45. CEDH, 21 déc. 1999, *Salguiero Da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n° 32990/96.
46. Précité.
47. CEDH, 10 mai 2011, *Mosley c/ Royaume-Uni*, req. n° 48009/08.

européenne des droits de l'Homme dans l'espoir, finalement déçu, de faire admettre, pour mieux pouvoir protéger le droit garanti par l'article 8, l'exigence conventionnelle d'un avertissement préalable par les médias des personnes au sujet desquelles ils entendent publier des informations. Ce qui est intéressant, à l'arrière-plan national de cette affaire, c'est qu'elle a été cantonnée à une question de vie privée parce que la connotation nazie de l'activité sexuelle en cause n'avait pas été établie par les photographies. Dans l'hypothèse inverse, le droit au respect de la vie privée aurait-il dû, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme, s'effacer devant l'intérêt public de dénoncer de telles pratiques ? En tout cas l'affaire Mosley montre que l'intrusion de la vidéo dans les ébats sexuels peut conduire à apprécier officiellement la légalité et la moralité de pratiques dont l'existence concrète échappait jusqu'alors à la connaissance publique. C'est bien pourquoi les juges en général et le juge européen des droits de l'Homme en particulier n'ont eu à se prononcer que tardivement sur la question du sadomasochisme.

Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la première expérience sadomasochiste remonte à l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* du 19 février 1997 [48]. En l'espèce plusieurs vidéocassettes enregistrées lors de réunions à caractère sadomasochiste impliquant les trois requérants et quarante-quatre autres homosexuels tombèrent entre les mains de la police à l'occasion d'enquêtes de routine. Elles montraient des activités librement consenties et menées en privé, n'ayant apparemment d'autre but que la recherche du plaisir sexuel, qui consistaient à infliger des souffrances par tout un attirail de moyens au nombre desquels figuraient de la cire chaude, le papier de verre, les hameçons, les aiguilles, les orties, les ceintures à pointes, les martinets ou le fer rouge. Administrées suivant les règles d'un code permettant à la victime consentante de les faire cesser à tout moment, ces pratiques sexuelles qui avaient été répétées pendant une dizaine d'années n'avaient jamais provoqué d'infections ou de lésions permanentes ni nécessité l'assistance du moindre médecin. Trois des participants furent néanmoins condamnés à plusieurs années d'emprisonnement pour coups et blessures volontaires. Devant la Cour européenne des droits de l'Homme ils firent valoir que d'aussi rudes sanctions avaient enfreint l'article 8 de la CEDH en tant qu'il consacre le droit au respect de la vie privée. Or, le 19 février 1997 elle a rendu à l'unanimité un arrêt qui était lourd de menace pour la liberté sexuelle. Elle a commencé, peut-être pour détendre l'atmosphère sur une petite note d'humour de sa façon, par se demander si des pratiques sexuelles réunissant, même à huis clos, un aussi grand nombre de participants relevaient bien toujours du domaine de la vie privée... Elle a surtout admis que les raisons avancées pour engager les poursuites et prononcer les condamnations étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé au sens de l'article 8 § 2 de la Convention. En outre, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de vérifier si elles auraient pu aussi être justifiées par l'objectif de protection de la morale au sens du même article mais elle s'est bien gardée d'exclure qu'elles puissent l'être.

48. CEDH, 19 fév. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, req. n° 21974/93.

Compte tenu de ce précédent inquiétant pour la liberté sexuelle des majeurs libres et consentants, adeptes du sadomasochisme, le changement de cap réalisé par l'arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique* du 17 février 2005 [49] est spectaculaire.

Les protagonistes de cette affaire sont un magistrat et un médecin belges, adeptes du sadomasochisme qu'ils pratiquaient avec l'épouse de l'un d'entre eux. Bientôt lassés de s'y adonner de manière inoffensive au domicile conjugal puis dans des clubs, ils se livrèrent à des actes plus violents dans des locaux loués et aménagés à cet effet. Ils avaient jugé encore plus stimulant d'enregistrer ces pratiques sur des vidéocassettes, saisies en cours d'instruction. On y voyait qu'ils s'affranchissaient de « la norme en ce domaine », puisque, buvant toujours de grandes quantités d'alcoolisé, ils ne cessaient pas les opérations en cours lorsque la femme du magistrat, hissée par les seins au moyen d'une poulie, soumise à des chocs électriques par le relais de pinces attachées aux mamelons et aux lèvres vulvaires, marquée au fer rouge, lacérée de dizaines de coups de fouet, la vulve inondée de cire chaude, les seins transpercés d'aiguilles... criait pitié. Leurs pratiques s'étaient donc manifestement éloignées du sadomasochisme pour se rapprocher dangereusement du sadisme. Aussi les juridictions belges, qui n'avaient jamais été confrontées à pareils comportements, n'avaient-elle pas hésité à leur infliger de lourdes peines d'amende et même d'emprisonnement pour coups et blessures volontaires. Ils s'en étaient montrés fort vexés car c'était la première fois que des belges tombaient sous le coup de telles condamnations pour de tels faits et fort surpris car ils estimaient que la libéralisation des mœurs les avait rendus admissibles et les faisaient échapper à une application inédite de la loi pénale qui ne les avait jamais particulièrement visés. Dès lors ils s'étaient plaints devant la Cour européenne des droits de l'Homme de violations de l'article 7 de la CEDH qui consacre le principe « pas de peine sans loi » et de l'article 8. Or, les juges européens ont estimé que leurs condamnations n'avaient enfreint ni l'un ni l'autre article. La solution retenue au titre de l'article 7 s'inscrit dans une démarche particulièrement répressive. Dans la mesure où le droit de ne pas être puni pour des faits qui n'étaient pas incriminés qu'il consacre est un des rares droits qui, au terme de l'article 15, ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation même en cas d'état d'urgence, l'argument suivant lequel les requérants étaient des professionnels du droit et de l'art de guérir qui s'étaient résolument placés sous le coup de la loi pénale en agissant en dehors des règlements en vigueur dans les clubs sadomasochiste est sans doute un peu approximatif. Quant à l'argumentation déployée au regard de l'article 8, du § 83 au § 85 de l'arrêt du 17 février 2005, elle est à maints égards, admirable. Organisée à partir du principe d'autonomie personnelle et purgée de toute référence à la protection de la morale, elle mérite d'être entièrement reportée car elle est désormais le pilier européen de la liberté sexuelle :

> « 83. L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres

49. Précité.

> humains et le monde extérieur [...], en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition [...]. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. À cet égard, "la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps" [...].
>
> « 84. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité.
>
> « 85. En l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas.

En effet, à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la "victime" n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroît, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée.

La Cour de Strasbourg a donc rendu un grand et bel arrêt qui place la liberté sexuelle sous l'égide de l'autonomie personnelle devant être strictement respectée en chacun des partenaires et qui approuve sans ambiguïté la condamnation des deux notables belges par les juridictions nationales parce que l'on se trouvait en présence de « raisons particulièrement graves » tenant justement à la négation éhontée de l'autonomie personnelle de la femme placée dans des conditions telles que sa volonté n'était pas prise en compte. En somme, la Cour de Strasbourg, au nom de l'autonomie personnelle et de la liberté sexuelle a stigmatisé le sadisme qui nie la volonté de l'autre tout aussi clairement qu'elle a admis le sadomasochisme qui la respecte. Ce n'est pourtant pas ce qu'a compris une partie de la doctrine, délaissant très curieusement le volet relatif à l'article 7 et soumettant le volet concernant l'article 8 à une interprétation *a contrario* si vertigineuse qu'elle en viendrait à faire croire que la Cour européenne des droits de l'Homme se prête à l'encouragement des plus abjectes des barbaries sexuelles. Ces critiques semblent avoir nui davantage à la réputation de ceux qui les ont formulées

qu'à celle de la juridiction internationale qu'elles visaient. C'est heureux car émanant d'auteurs prétendant juger de l'ensemble de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'Homme à partir de la lecture particulièrement rapide du premier arrêt qui, dans la plupart des cas, leur tombait sous la main, la mise au pilori de l'arrêt *K.A et A.D* oubliait notamment la particulière attention que porte la Cour de Strasbourg à empêcher que la liberté sexuelle des uns n'aboutisse à infliger des traitements inhumains aux autres. Quoi qu'il en soit les principes de liberté sexuelle mis en place par l'arrêt *K.A et A.D.* ne semblent guère se trouver en porte à faux que vis-à-vis de l'inceste et des parloirs sexuels. La Cour, qui avait pourtant fait scandale par son arrêt *B.et L. c/ Royaume-Uni* du 13 septembre 2005[50] en dressant un constat de violation de l'article 12 parce que le mariage d'un homme avec l'ex-épouse de son fils avait été empêché, a en effet estimé, par son arrêt *Stübing c/ Allemagne* du 12 avril 2012[51] qu'un homme, condamné à plusieurs mois d'emprisonnement pour avoir eu plusieurs enfants au cours de sept années de vie commune avec sa sœur biologique dont il fait la connaissance qu'à l'adolescence ne pouvait pas se plaindre d'une violation de l'article 8. L'affaire était cependant atypique car il y avait de très sérieux doutes quant à l'équilibre mental de la sœur incestueuse et à son autonomie personnelle. Si le frère et la sœur avaient été tous les deux en pleine jouissance de leur autonomie personnelle, nul ne peut dire si alors les principes de la jurisprudence K.A. et A.D. n'auraient pas prévalu. Depuis que par l'arrêt *Frasik c/ Pologne* du 5 janvier 2010[52] la Cour a approuvé la tendance actuelle de plusieurs États européens à favoriser les visites conjugales, il est à prévoir qu'ils finiront par l'emporter sur ceux qui ont été retenus par l'arrêt *Aliev c/ Ukraine* du 29 avril 2003[53] pour juger que le refus de permettre aux détenus des rencontres intimes avec leur conjoint ne constituait pas une violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8[54]. Les principes de l'arrêt K.A.et A.D. ont eu, en tout cas un puissant écho sur le terrain du droit à la liberté de réunion pacifique consacré par l'article 11 de la Convention grâce à l'arrêt *Alexeïev c/ Russie* du 21 octobre 2010[55].Observant que le fait de reconnaître aux personnes homosexuelles des droits matériels est fondamentalement différent du fait de leur reconnaître la liberté de militer pour ces droits et rappelant qu'il est incompatible avec les valeurs sous-jacente à la Convention qu'un groupe minoritaire ne puisse exercer les droits qu'elle garantit qu'à condition que cela soit accepté par la majorité, cet arrêt a estimé que l'interdiction d'une Marche des fiertés parce que la promotion de l'homosexualité serait incompatible avec les doctrines religieuses de la majorité de la population ne répondait pas à un besoin social impérieux et portait atteinte au droit à la liberté de réunion pacifique. Du point de vue de l'article 8, les principes de la jurisprudence K.A. et A.D. ont en outre été confortés par l'importante décision *Pay c/ Royaume-Uni* du 16 septembre 2008[56]. Même si le contexte professionnel très particulier dans lequel elle s'inscrivait a conduit à déclarer irrecevable

50. CEDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni,* req. n° 36536/02.
51. CEDH, 12 avr. 2012, *Stübing c/ Allemagne*, req. n° 43507/08.
52. CEDH, 5 jan. 2010, *Frasik c/ Pologne*, req. n° 22933/02.
53. CEDH, 29 avril 2003, *Aliev c/ Ukraine*, req. n° 41220/98.
54. Sudre, F. (dir.) (2017), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 8e éd., PUF, coll. « Thémis », p. 599.
55. CEDH, 21 oct. 2010, *Alexeïev c/ Russie*, req. n° 4916/07.
56. CEDH, 16 sept. 2008, *Pay c/ Royaume-Uni,* req. n° 32792/05.

la requête d'un employé d'un service de probation spécialisé dans le traitement des délinquants sexuels, licencié pour avoir révélé qu'il s'adonnait dans l'intimité de sa vie privée à des activités sadomasochistes, cette affaire a contribué au renforcement européen de la liberté sexuelle en permettant à la Cour de Strasbourg d'affirmer que les activités sexuelles marginales regroupées sous le sigle BDSM (*Bondage Domination Sado-Masochisme*) relèvent de la protection de la vie privée au sens de l'article 8 dans la stricte mesure où elles sont librement consenties. L'absence de consentement libre et éclairé à une activité sexuelle est, en effet, comme on l'aura compris, un fort indice de vulnérabilité sexuelle face à laquelle la Cour de Strasbourg a multiplié les audaces interprétatives progressistes et protectrices des plus faibles.

2 Vulnérabilité sexuelle

En la matière comme en bien d'autres, la vulnérabilité résulte de la combinaison de multiples facteurs d'ordre physiologique, psychologique, économique, culturel ou social qu'il est toujours un peu artificiel de séparer les uns des autres. Il sera cependant plus commode de retenir une distinction, qui reflète d'ailleurs à peu près l'ordre chronologique dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme s'est emparée des, entre la vulnérabilité personnelle (2.1.) et la vulnérabilité sociale (2.2.).

2.1 Vulnérabilité personnelle

C'est la vulnérabilité d'une personne à la fois mineure et handicapée qui est à l'origine de l'un des plus grands arrêts jamais rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière sexuelle et de manière générale : l'arrêt *X.et Y. c/ Pays-Bas* du 26 mars 1985 [57].

En l'espèce, une jeune fille qui vivait dans un foyer privé pour enfants atteints de déficience mentale avait été contrainte à des relations sexuelles le lendemain de son seizième anniversaire par le fils de la directrice. Ce douloureux événement ayant provoqué chez elle de graves perturbations psychiques, son père se rendit à la police locale, où, faisant valoir que sa fille était encore psychiquement et intellectuellement une enfant, il signa lui-même une demande d'ouverture de poursuites pénales contre celui qui avait imposé des relations sexuelles à cette personne doublement vulnérable. Or, par une bizarrerie du droit néerlandais de l'époque, l'action publique pour abus d'influence ayant incité un mineur à subir des actes immoraux ne pouvait être déclenchée que sur plainte de la victime elle-même éventuellement représentée par son administrateur légal si elle avait moins de 16 ans ou par un curateur ne pouvant lui être adjoint qu'à partir de l'âge de 21 ans. En l'espèce, on se trouvait donc dans une situation intermédiaire où personne ne pouvait agir : ni la jeune fille parce que son état mental l'empêchait de le faire par elle-même, ni un représentant parce qu'elle avait plus de 16 ans et moins de 21 ans. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à prononcer qu'une telle lacune constituait une violation de l'article 8 de la CEDH. Cet arrêt aura marqué l'histoire du droit européen des droits de l'Homme pour avoir été l'un des premiers à avoir admis l'effet dit horizontal de la Convention obligeant l'État à faire respecter la plupart des droits qu'elle garantit jusque dans

57. CEDH, 26 mars 1985, *X.et Y. c/ Pays-Bas*, req. n° 8978/80.

les relations interindividuelles. L'arrêt *I.C.c / Roumanie* du 24 mai 2016 [58] marque le franchissement d'un nouveau pallier dans la protection des personnes sexuellement vulnérables en constatant une violation de l'article 3 prohibant les traitements inhumains ou dégradants dans une affaire ou une mineure affectée d'un léger handicap mental et violée par une triste nuit d'hiver n'avait pas pleinement bénéficié du dispositif pénal permettant de réprimer toute forme de viol et d'abus sexuel parce que, à défaut de preuves physiques de l'agression, les autorités avaient privilégié la version des hommes impliqués dans « l'incident ». Un arrêt plus ancien rendu à propos d'une mineure qui n'était pas atteinte de handicap mental doit être mis en exergue pour avoir apporté un élément essentiel au renforcement de la protection des personnes vulnérables contre le viol. Il s'agit de l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003 [59] qui, par une combinaison originale des articles 8 et 3 a condamné un État parce que, retenant une conception classique du viol, il avait manqué à l'obligation positive commandant la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique. S'agissant toujours des personnes qui ne sont sexuellement vulnérables qu'en raison de leur âge, il faut encore signaler deux arrêts particulièrement importants. Il s'agit de l'arrêt *K.U c/Finlande* du 2 décembre 2008 [60] et de l'arrêt de de Grande chambre *Söderman c/ Suède* du 12 novembre 2013 [61]. Dans le premier la Cour a constaté une violation de l'article 8 après avoir fortement affirmé qu'un État ne pouvait se retrancher derrière la nécessité de protéger la confidentialité et la liberté d'expression sur Internet pour refuser d'obliger un fournisseur d'accès de révéler l'identité du détenteur de l'adresse dynamique IP qui diffusait des annonces à caractère pédophile. Quant au second, de portée moins générale, il a constaté une violation de l'article 8 parce que l'État défendeur n'avait rien prévu dans sa législation qui puisse permettre de poursuivre le beau-père d'une jeune fille mineure qui avait installé dans la panière à linges un ingénieux système permettant de la filmer en secret quand elle prenait une douche.

La femme, même majeure, vivant avec un homme est potentiellement vulnérable sur le plan sexuel mais pas seulement. Il faut donc dire quelques mots de la jurisprudence, qui de l'arrêt *Opüz c/ Turquie* du 9 juin 2009 [62] à l'arrêt *Balsam c/ Roumanie* du 23 mai 2017 [63] a multiplié les constats de violation des articles 2 et 3 pour stigmatiser l'insuffisance des mesures prises par les États pour lutter contre le fléau des violences domestiques, il est vrai, peuvent frapper, quelquefois les hommes. La vulnérabilité sexuelle proprement dite se traduit par le viol que les hommes peuvent aussi subir quelquefois mais auxquelles les femmes mariées, tenues au devoir conjugal, sont plus particulièrement exposées. Or, la question du viol entre époux a inspiré à la Cour de Strasbourg deux de ses arrêts les plus progressistes : les arrêt *C.R et S.W.c./Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 [64]. Au nom d'une notion civilisée du mariage et surtout des objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de

58. CEDH, 24 mai 2016, *I.C.c / Roumanie,* req. n° 36964/08.
59. CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c/ Bulgarie*, req. n° 39272/98.
60. CEDH, 2 déc. 2008, *K.U c/Finlande*, req. n° 2872/02.
61. CEDH, gde ch., 12 nov. 2013, *Söderman c/ Suède*, req. n° 5786/08.
62. CEDH, 9 juin 2009, *Opüz c/ Turquie*, req. n° 33401/02.
63. CEDH, 23 mai 2017, *Balsam c/ Roumanie*, req. n° 49645/09.
64. CEDH, 22 nov. 1995, *C.R. c./Royaume-Uni,* req. n° 20190/92 et CEDH, 22 nov. 1995, *S.W c/ Royaume-Uni*, req. n° 20166/92.

la dignité – mobilisée pour la première fois alors que, comme on le sait, il n'y en avait pas la moindre trace dans le texte conventionnel – et de la liberté humaine, elle audacieusement et courageusement répondu à deux maris que leurs condamnations inédites pour viols de leurs épouses respectives n'avaient pas enfreint leurs droits au titre de l'article 7 § 1.

La Cour européenne des droits de l'Homme a donc déployé de louables efforts pour combiner liberté sexuelle et liberté sexuelle. Il lui reste cependant à approfondir davantage qu'elle n'a eu l'occasion de le faire dans l'affaire *Dvoracek c/ République tchèque* du 6 novembre 2014 [65] la question éminemment complexe et courageusement explorée dans une thèse récente, de la sexualité des personnes handicapées [66] qui ne peut pas se résoudre exclusivement en termes de vulnérabilité de la personne concernée qui peut commettre elle aussi de graves abus sexuels et à qui il est difficile de dénier tout droit à l'épanouissement sexuel parce qu'elle n'aurait jamais toute la lucidité nécessaire pour y consentir. En outre, la sexualité des personnes handicapées alimente de très forts préjugés qui se traduisent par une vulnérabilité d'un autre ordre...

2.2 Vulnérabilité sociale

L'activité sexuelle des femmes handicapées fait naître la hantise de grossesse encore moins désirée que le rapport sexuel lui-même. Aussi une forte pression médico-sociale s'exerce-t-elle pour qu'elles soient stérilisées contre leur volonté. Ainsi, à la fin du siècle dernier, le Centre d'aide par le travail de Sens faisait-il pratiquer de manière systématique des stérilisations médicales forcées sur les jeunes femmes handicapées qui leur étaient confiées. Cinq d'entre elles, par elles-mêmes ou par l'intermédiaire de leurs parents ou tuteurs, ont eu le courage d'aller s'en plaindre devant la Cour de Strasbourg pour essayer de faire juger qu'elles avaient été victimes de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 et de violations de leurs droits au respect de la vie privée. Malheureusement, dans l'affaire *Joëlle Gauer et autres c/ France* [67], une décision d'irrecevabilité a été rendue le 23 octobre 2012 en raison de la tardiveté de la requête ; ce qui a permis à la Cour d'esquiver la redoutable difficulté de fond qui était soulevée. Il ne reste plus qu'à attendre une affaire plus diligemment menée pour savoir si les juges européens auront le courage de transposer aux femmes handicapées la jurisprudence fermement établie depuis l'arrêt *V. C. c /Slovaquie* du 8 novembre 2011 [68] pour stigmatiser, sur le double fondement des articles 3 et 8, la stérilisation forcée des femmes non handicapées d'origine rom.

La pression sociale et le poids des traditions font que de nombreuses femmes sont encore soumises à des mutilations sexuelles. La Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas avoir été confrontée à des excisions qui, sous couvert de communautarisme, seraient exécutées sur le territoire d'États membres du Conseil de l'Europe. En revanche, la question lui a été posée à plusieurs reprises de savoir si, au titre de l'effet dit extra-territorial de la Convention, un État membre du Conseil de l'Europe com-

65. Précité.
66. Sellami, S., *La sexualité des personnes handicapées*, thèse soutenue le 23 mars 2017 à l'Université de Limoges, à paraître aux PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».
67. CEDH, 23 oct. 2012, *Joëlle Gauer et autres c/ France*, req. n° 61521/08.
68. CEDH, 8 nov. 2011, *C. c /Slovaquie*, req. n° 61521/08.

mettrait une violation de l'article 3 s'il procédait à l'expulsion d'une jeune femme non excisée vers un État où elle serait gravement menacée de l'être. De ses décisions *Izevbekhai c/ Irlande* du 17 mai 2011 [69], *Collins et Akaziebie c/ Suède* du 8 mars 2007 [70], *Omeredo c/ Autriche* du 20 septembre 2011 [71] et de son arrêt *Sow c/ Belgique* du 19 janvier 2016 [72], il ressort que les mutilations génitales féminines comprenant, au sens de l'Organisation mondiale de la santé, non seulement l'excision proprement dite encore appelée circoncision pharaonique qui consiste en une infibulation pratiquée en cousant les lèvres de façon à ce que la vulve soit remplacée par une barrière de chair ne laissant passer que l'urine et le sang menstruel par un orifice du diamètre d'un crayon, mais également la clitoridectomie se traduisant par le retrait total ou partiel de la partie externe du clitoris et la clitoridotomie ayant pour conséquence le retrait ou l'incision du capuchon clitoridien, sont, indiscutablement, des traitements inhumains et dégradants au regard de l'article 3 de la Convention. Si l'affirmation des principes est louable, leur mise en application est, en revanche, discutable car la Cour s'est toujours débrouillée pour arriver à dire que, avec la maturité acquise pendant quelques années passées dans l'hémisphère nord, la jeune femme ne serait plus vulnérable et pourrait donc sans coup férir se soustraire dans son pays d'origine à la pression sociale et familiale travaillant à la traîner chez l'exciseuse [73]. On peut également relever une pareille discordance entre les principes et leur application en matière de prostitution.

C'est, curieusement sur le terrain du droit à la liberté d'expression que la Cour de Strasbourg a commencé à s'intéresser au métier qui passe pour être le plus vieux du monde. Ainsi dans une décision d'irrecevabilité *S.B et D.B. c/Belgique* du 15 juin 2006 [74], elle a estimé qu'une loi punissant la provocation publique à la débauche portait atteinte au droit à la liberté d'expression d'une prostituée mais qu'elle n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif légitime de protection des mineurs et de la morale puisqu'elle n'interdisait que le racolage actif. Plus fondamentalement, dans un arrêt Tremblay c/ France (devenu officiellement l'arrêt *V.T.)* du 11 septembre 2007 [75], elle a souligné « avec la plus grande fermeté… qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte ». Ici aussi, l'affirmation des principes qui marie la fermeté et le respect de l'autonomie personnelle en réservant l'hypothèse, théorique pour beaucoup, selon laquelle des personnes pourraient se livrer à la prostitution en pleine conscience et en toute liberté, est séduisante. En revanche leur application est, en l'espèce, désastreuse. En effet, la Cour estime que la requérante ne pouvait pas se dire contrainte de continuer à se prostituer alors que, engagée sur la voie d'une difficile reconversion, elle avait repris son activité pour pouvoir acquitter des cotisations arriérées que lui réclamait l'URSSAF. Autrement dit la Cour de Strasbourg n'abhorre rien tant que le proxénétisme, à moins que le proxénète ne soit l'État ou une de ses ramifications…

69. CEDH, 17 mai 2011, *Izevbekhai c/ Irlande*, req. n° 43408/08.
70. CEDH, 8 mars 2007, *Collins et Akaziebie c/ Suède*, req. n° 23944/05.
71. CEDH, 20 sept. 2011, *Omeredo c/ Autriche*, req. n° 8969/10.
72. CEDH, 19 jan. 2016, *Sow c/ Belgique*, req. n° 27081/13.
73. Voir plus particulièrement l'arrêt *Sow* § 68.
74. CEDH, 15 juin 2006, *S.B et D.B. c/Belgique,* req. n° 63403/00.
75. Req. n° 37194/02.

Elle ne va donc pas jusqu'au bout des exigences de la protection de la vulnérabilité sexuelle due à des raisons sociales.

Il est cependant un domaine où ce reproche ne peut plus lui être adressé : c'est celui de la traite des êtres humains qui, de manière non exclusive mais prédominante, se manifeste par l'exploitation sexuelle. Ainsi faut-il terminer cette présentation par un des plus beaux arrêts jamais rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme : l'arrêt *Rantsev c/Chypre et Russie* du 7 janvier 2010 [76]. En l'espèce, une jeune danseuse russe d'une vingtaine d'années s'était laissée tenter par une invitation à se rendre à Chypre pour travailler dans un cabaret où il lui fallut vite se rendre compte qu'elle ne devait pas s'en tenir à exercer ses talents chorégraphiques. Face à ses réticences, son employeur entreprit auprès de la police les démarches nécessaires pour qu'elle soit renvoyée en Russie. Cependant les autorités ne voulurent pas garder la jeune fille en détention pendant la durée de leurs vérifications si biens que l'employeur l'hébergea dans un appartement sous la vigilance d'un couple travaillant pour son compte. Or, Melle Rantseva leur faussa compagnie et au petit matin on retrouva son cadavre dans la rue. Son père introduisit devant la Cour de Strasbourg une requête contre Chypre et contre la Russie responsables selon lui d'avoir laissé sa fille terminer si brutalement sa vie dans un contexte de traite des êtres humains. À l'unanimité, les sept juges ont estimé que les autorités chypriotes avaient violé leur obligation positive de mener une enquête effective sur le décès découlant du volet procédural de l'article 2. Surtout, ils ont constaté que Chypre et la Russie avaient l'une et l'autre violé l'article 4 § 1 de la Convention pour avoir manqué d'enquêter sur la traite alléguée et de protéger la jeune danseuse contre le risque d'y être soumise. L'arrêt *Rantsev* est spectaculaire par sa justification de l'applicabilité de l'article 4 § 1 suivant lequel « nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude ». La traite des êtres humains, phénomène international d'exploitation de la misère et de la naïveté humaine qui s'est développé après la chute du Mur de Berlin, n'ayant pas pu entrer dans les vues des rédacteurs de la Convention en 1950, il y avait à débattre sur le point de savoir si elle relevait de la notion de servitude ou de celle d'esclavage, classique ou moderne. Or, compte tenu de la gravité et de l'ampleur du phénomène révélées par la conclusion d'importantes conventions internationales en 2000 et 2005, la Cour ne s'est pas embarrassée de tant de subtilités : au § 282 de l'arrêt elle affirme, en effet :

> « Il ne peut y avoir aucun doute quant au fait que la traite porte atteinte à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de ses victimes et qu'elle ne peut être considérée comme compatible avec une société démocratique ni avec les valeurs consacrées dans la Convention. Eu égard à l'obligation qui est la sienne d'interpréter la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si les traitements qui font l'objet des griefs du requérant constituent de l'"esclavage", de la "servitude" ou un "travail forcé ou obligatoire". Elle conclut purement et simplement qu'en elle-même, la traite d'êtres humains, au sens de l'article 3a du Protocole de Palerme et de

76. CEDH, 7 jan. 2010, *Rantsev c/Chypre et Russie*, req. n° 25965/04.

> l'article 4a de la convention anti-traite du Conseil de l'Europe, relève de la portée de l'article 4 de la Convention. »

Autrement dit, face à l'impérieuse nécessité d'endiguer de nouveaux risques d'exploitation de la vulnérabilité sexuelle, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à réécrire elle-même un article de la Convention. Cette audace interprétative peut heurter, choquer ou inquiéter une partie importante de la communauté juridique et politique. Elle n'en est pas moins révélatrice d'une volonté presque exemplaire des juges européens d'établir un juste équilibre entre extension de la liberté sexuelle et protection de la vulnérabilité sexuelle qui, quoi que l'on en dise et comme on l'a vu, est en voie d'être trouvé...

3 La notion de droits sexuels

Du point de vue du droit européen des droits européens de l'homme, on peut structurer la notion de droits sexuels, à partir du célèbre arrêt *K. A et A.D c/ Belgique* du 17 février 2015.

Victime, en France, de « l'abus de déductions » que René Demogue a identifié depuis longtemps comme la principale cause des dérives de la pensée juridique classique, cet arrêt est, en effet, un grand et bel arrêt qui mobilise la notion d'autonomie personnelle pour l'entendre au sens de droit, et pas seulement de faculté, d'opérer des choix concernant son propre corps y compris dans le domaine des relations sexuelles.

Il offre donc à chacun le droit de vivre la sexualité qu'il a librement choisie sans risquer de sanctions pénales ni s'exposer à des discriminations. Rempart contre la justification du sadisme, il ne le fait cependant qu'à la stricte condition de respecter l'autonomie personnelle de son ou de sa partenaire à qui aucune relation sexuelle de quelque modalité que ce soit ne peut être imposée contre sa volonté particulièrement éclairée. Ainsi encadrés, les droits sexuels se déclineraient suivant un volet positif et un volet négatif.

Le volet positif serait constitué d'un droit à l'épanouissement sexuel faisant écho au droit au bonheur bien connu outre-Atlantique. Il pourrait être accordé, suivant des modalités que les juristes commencent à esquisser, aux personnes handicapées. Il n'irait pas, cependant, jusqu'à se transformer en droit au sexe puisque que nul ne peut obliger quelqu'un d'autre à l'aimer ce qui explique d'ailleurs que, comme l'a admis la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *C.R et S.W c/ Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, le viol soit désormais punissable même entre époux

Le volet négatif, particulièrement précieux pour les personnes physiquement, psychologiquement, moralement, socialement, ou économiquement vulnérables, se présenterait sous la forme d'un droit à ne pas subir de contact sexuel contre son gré. Il se prêterait ainsi à une extension des droits de la femme dans la vie courante. Il en résulterait surtout une protection intransigeante contre la traite des êtres humains et une plus forte stigmatisation des formes les plus insidieuses de proxénétisme.

La reconnaissance de droits sexuels sous l'égide de l'arrêt *K.A et A.D.* pourrait donc faire tomber des interdits de tous les ordres en justifiant l'assistance sexuelle aux

personnes handicapées d'un côté, tout en appelant à mettre fin au proxénétisme d'État de l'autre. . .