

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

MASTER II Droits de l'Homme
Année Universitaire 2007-2008

Mémoire de Recherche

**LES « DROITS SEXUELS » : UN NOUVEAU
PARADIGME DANS LE SYSTEME DE PROTECTION
DES DROITS HUMAINS ?**

Soutenu par Elise PETITPAS

Sous la direction de Mme Florence BENOIT-ROHMER

Human rights are about saving the innocent. As soon as you sexualise them, everyone has a problem. – (Kate Shiell, Amnesty International, UK)

Abréviations

CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies
CEDEF	Convention sur l'Élimination de toutes formes de Discrimination l'Égare des Femmes (ou CEDAW)
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Cour.EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
DIDH	Droit International des Droits de l'Homme ou des Droits Humains
IPPF	International Planned Parenthood Federation
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations unies
LGBTQ	Lesbiennes, Gays, Bisexuel(le)s, Transgenres, Queer
OMD	Objectifs du Millénaire pour le Développement
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations unies
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PoA	Programme of Action [Programme d'Action]

INTRODUCTION _____ 5

I- Le « paradoxe sexuel » dans le système de garantie des droits humains _____ 15

A- La reconnaissance en demi-teinte d'un cadre de protection pour les « droits sexuels » _____ 15

1- La sexualité et le droit avant 1993 : une protection se limitant à l'ordre public, la santé et la morale _____ 15

a. La Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles _____ 15

b. La législation sur la traite et l'abolition de l'esclavage _____ 16

c. La Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes _____ 16

2- Le sexe et le droit après 1993 : vers la reconnaissance d'un « droit au bien-être » en matière de sexualité _____ 17

a. La Déclaration de Vienne (1993) _____ 18

b. La Conférence Internationale sur la Population et le Développement du Caire _____ 18

c. La Déclaration de Beijing _____ 20

3- Evolutions et mise en perspective _____ 21

B. L'articulation entre une acception partielle des « droits sexuels » et leur proclamation dans le cadre de garanties du DIDH _____ 25

1- Une reconnaissance dans des textes de *soft law* fondée sur des principes de *hard law* _____ 26

a. La valeur juridique du cadre formel de protection des « *droits sexuels* » _____ 26

b. Les « *droits sexuels* » : des droits s'intégrant au cadre des droits fondamentaux universellement reconnus _____ 27

2- La défense du cadre des « *droits sexuels* » comme moyen d'une protection cohérente des droits fondamentaux relatifs à la sexualité _____ 30

a. L'affirmation des « *droits sexuels* » : la prochaine étape de la lutte en faveur des droits des femmes _____ 30

b. Etat des lieux de la protection des droits des personnes LGBTQ _____ 31

c. La nécessité de détacher la notion de « *droits sexuels* » du cadre de la santé sexuelle _____ 33

3. Le paradigme des droits humains : un modèle nécessaire à l'optimisation de la protection des droits en matière de sexualité _____ 33

a. La particularité du modèle des obligations étatiques en matière de droits humains _____ 34

b. Quelles conséquences pour le respect des « *droits sexuels* » ? _____ 36

II- « L'exception sexuelle » dans le système de garantie des droits humains _____ 38

A- Respecter, Protéger, Instaurer « les droits sexuels ». Une jurisprudence européenne s'équilibrant entre application du modèle et interprétation dynamique _____ 39

1- De l'atteinte à l'intégrité sexuelle à la protection de l'autonomie sexuelle : la protection du corps sexuel 39

a. L'intégrité sexuelle composante de la vie privée _____ 39

b. La reconnaissance du lien existant entre intégrité sexuelle et traitement inhumain et dégradant _____ 40

c. La nécessité de reconnaître le principe d'autonomie sexuelle pour rendre optimale la protection de l'intégrité sexuelle _____ 41

d. Autonomie sexuelle et droit à l'avortement _____ 42

2- De l'application du principe de « non-ingérence » dans la vie privée à la nécessité de prendre en compte les choix des individus en matière de sexualité : la protection des « hors-la-loi sexuels » _____ 43

a. La protection d'un droit à être libre dans sa vie privée sexuelle _____ 44

b. Un processus en marche : de la simple obligation de respecter à la nécessité de protéger et instaurer _____ 46

B. Le cadre des « droits sexuels » : un outil conceptuel intégrant et permettant de repenser la positivité et l'universalité des droits humains relatifs à la sexualité _____ 51

1- Des insuffisances de la méthode de l'interprétation dynamique à la nécessité de repenser le droit _____ 51

a. Les limites d'une vision de la protection de la sexualité centrée sur la vie privée, l'intégrité physique et la non discrimination en raison du sexe _____ 51

b. Des stratégies pour le développement d'un cadre autonome des « *droits sexuels* » _____ 53

2- Les « *droits sexuels* » : un concept réalisant la promesse d'universalité des droits humains _____ 56

a. Confronter universalité et sexualité _____ 56

b. Vers une objectivisation de l'ordre de protection de la sexualité : théoriser le « sujet sexuel universel » _____ 58

c. Des « *droits sexuels* » universels pour le « sujet sexuel universel » _____ 61

CONCLUSION _____ 63

BIBLIOGRAPHIE _____ 64

INTRODUCTION

Plus habitué aux termes de « liberté sexuelle » c'est légitimement que le juriste (francophone) se posera la question de la signification et de l'intérêt qu'il faut attribuer à l'expression « *droits sexuels* »¹. Bien que largement usitée par les organisations inter- ou non- gouvernementales², et plus souvent dans la littérature anglophone (« *sexual rights* ») que francophone³, la notion n'en semble pas moins floue. Cette recherche tentera de rendre compte de la compréhension juridique dont bénéficient ces « *droits* » aujourd'hui. Pour ce faire, cherchons à établir une première définition.

Les droits peuvent-ils être sexuels ? Selon le Lexique des termes juridique Dalloz⁴, « les droits » correspondent à ce qui est « exigible ou à ce qui est permis dans une collectivité humaine ». Selon le Dictionnaire Petit Robert, est sexuel, « ce qui se rapporte au sexe et à la sexualité ». De sorte que mis bout à bout les mots droits-sexuels peuvent se définir comme étant « ce qui est exigible ou ce qui est permis dans une collectivité humaine en matière de sexe et de sexualité ».

Il ne semble pas exister de définition proprement juridique des mots « sexe » et « sexualité ». Cependant, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a élaboré des définitions de travail⁵ qui bien que ne liant pas officiellement l'Institution, sont fortement utiles à la détermination du champ du sexe et de la sexualité :

« Sex refers to the biological characteristics that define humans as female or male. While these sets of biological characteristics are not mutually exclusive, as there are individuals who possess both, they tend to differentiate humans as males and females. In general use in many languages, the term sex is often used to mean « sexual activity », but for technical purposes in the context of sexuality and sexual health discussions, the above definition is preferred ».

« Sexuality is a central aspect of being human throughout life and encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values,

¹ Tout le long de notre démonstration, nous utiliserons cette expression entre guillemets, car ces termes restent encore controversés et ne sont admis comme tels par aucun texte du corpus universel des droits humains. De même un droit ne pouvant être, en tant que tel « sexuel », l'expression est à comprendre comme signifiant « droits en matière de sexualité ».

² Voir sur le site d'AMNESTY INTERNATIONAL, de HUMAN RIGHTS WATCH, WOMEN HUMAN RIGHTS (<http://www.whrnet.org/docs/enjeux-droitssexuels.html>) ou encore sur celui de l'UNION EUROPEENNE.

³ On peut légitimement se demander si l'utilisation qu'en fait Amnesty International par exemple ne correspondrait pas à une simple traduction de l'expression « *sexual rights* » anglaise. La traduction de ces termes dans les documents de l'Union Européenne nous laisse penser qu'il s'agit d'une référence pouvant à juste titre être utilisée par le juriste francophone.

http://74.125.39.104/search?q=cache:qOFNNasvELAJ:eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/ce271/ce2712_0031112fr03690374.pdf+droits+sexuels&hl=fr&ct=clnk&cd=1&gl=fr +

⁴ R. GUILLIEN, *Lexique des termes juridiques*, Ed. Dalloz-Sirey, 2001.

⁵ Organisation Mondiale de la Santé, Définitions de travail, http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexual_health.html#2. Ces définitions de travail ont été élaborées suite à une consultation technique sur la santé sexuelle en Janvier 2002 convoquée par l'OMS, et revue ensuite par un groupe d'experts originaires de différentes parties du monde. Elle ne représente pas la position officielle de l'OMS. Néanmoins, à notre avis, cette définition de la sexualité dépasse le seul cadre de la santé sexuelle. Voir F. GIRARD, « Do we need sexual rights? », *Choices*, IPPF European Network, Autumn 2003, p.8.

behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, ethical, legal, historical, religious and spiritual factors ».

La sexualité intègre la référence au sexe. Ceci nous amène à reconsidérer notre première définition et à simplement définir les « *droits sexuels* » comme correspondant à « ce qui est exigible ou ce qui est permis dans une collectivité humaine en matière de sexualité ». On comprendra alors pourquoi l'expression n'est connue que sous une forme plurielle : la sexualité se rapportant à plusieurs types de situations de la vie de l'individu, il semble difficile de parler d'un « *droit sexuel* », ou faudrait-il plutôt parler d'un Droit de la sexualité. Dans cette perspective les « *droits sexuels* », peuvent être compris comme regroupant plusieurs droits.

Comprendre les notions de sexualité, genre, rapports sociaux de sexe. Les définitions de travail de l'OMS se rapportent à une distinction très utilisée au sein des sciences sociales : celle de « sexe » et de « genre ». La distinction nous vient des anglo-saxons et de ce que la signification anglaise du mot « sexe » renvoie beaucoup plus strictement qu'en français à une définition biologique du masculin et du féminin. A priori, la langue française n'aurait donc pas besoin d'effectuer une telle distinction et c'est le parti que semble prendre la Commission Générale de Terminologie et de Néologie⁶.

Néanmoins, pour les sociologues A.REVILLARD et L.VERDALE, le concept de *genre* comporte une réelle utilité scientifique. Pour défendre ce point de vue elles entendent définir le *genre* comme « la construction sociale de la différence des sexes » et ajoute que « l'emploi d'un terme spécifique distinct de « sexe » permet de souligner le caractère social des comportements et des significations associés à la différence des sexes, voire de cette différence elle-même »⁷. La construction sociale comporte à leur sens deux dimensions : une dimension matérielle et une dimension symbolique. La première « s'incarne dans des comportements, des statuts différenciés selon le sexe et une distribution inégale des ressources et des espaces sociaux entre hommes et femmes ». Dans la seconde, « le *genre* renvoie aux significations et aux valeurs socialement rattachées au féminin et au masculin. (...) Dans cette optique, le *genre* constitue un principe structurant d'organisation de la société »⁸.

De sorte que, si le *genre* est accepté en tant que « rapport social construit sur la différence », il emporte nécessairement l'existence d'un rapport de pouvoir. Rapport que les sociologues analysent en termes de hiérarchie et en termes de normes. En termes de hiérarchie : il s'agira d'un rapport de pouvoir inégalitaire reposant sur « une supériorité sociale des significations et

⁶« L'utilisation croissante du mot "genre" dans les médias et même les documents administratifs, lorsqu'il est question de l'égalité entre les hommes et les femmes, appelle une mise au point sur le plan terminologique. On constate en effet, notamment dans les ouvrages et articles de sociologie, un usage abusif du mot "genre", emprunté à l'anglais "gender" [...]. [E]n français, le mot sexe et ses dérivés sexiste et sexuel s'avèrent parfaitement adaptés dans la plupart des cas pour exprimer la différence entre hommes et femmes, y compris dans sa dimension culturelle, avec les implications économiques, sociales et politiques que cela suppose. La substitution de "genre" à sexe ne répond donc pas à un besoin linguistique et l'extension de sens du mot "genre" ne se justifie pas en français. Dans cette acception particulière, des expressions utilisant les mots "genre" et a fortiori l'adjectif "genré", ou encore le terme "sexospécificité", sont à déconseiller. » (Commission générale de terminologie et de néologie, 2005).

Extrait cité par A. REVILLARD et L. VERDALE in *Dynamiques de Genre*, Terrains et Travaux (revue de sciences sociales), n°10, 2006, p.3. http://www.genreenaction.net/IMG/pdf/tt10_introduction.pdf

⁷ A. REVILLARD et L. VERDALE, *Op.cit.*, p.3. (http://www.genreenaction.net/IMG/pdf/tt10_introduction.pdf) .

⁸ A. REVILLARD et L. VERDALE, *Op.Cit.*, p.4.

des valeurs associées au masculin sur celles associées au féminin » (c'est sur la dénonciation de ce rapport que se base la doctrine féministe qui se réfère au patriarcat par exemple). En termes de normes : il s'agira de s'intéresser au fait que « chaque individu, quel que soit son sexe, subit une contrainte à se conformer à une norme de *genre*, c'est-à-dire aux comportements et aux attitudes qui sont socialement attendus des personnes de son sexe. En tant que sa transgression implique une sanction, cette norme traduit un rapport de pouvoir »⁹.

Ainsi, pour ces sociologues, le concept de « rapport de pouvoir » permet non seulement d'inclure le caractère structurel du rapport de domination « homme/femme » ainsi que « la force d'imposition de la norme de *genre* » ; mais il permet aussi de prendre en compte les résistances à ces dimensions du pouvoir (mouvements des femmes, des personnes LGBTQ¹⁰) et, de fait, pose le concept de *genre* au croisement d'autres rapports de pouvoir « fondés sur d'autres constructions de la différence (race, classe, sexualité, âge, handicap, etc) »¹¹.

En bref, il semble que l'enjeu principal de cette distinction entre « sexe » et « *genre* » soit de montrer que la notion de sexe n'est pas aussi explicative qu'on peut le penser et qu'il est plus valable d'avoir une approche de la réalité en termes de rapports sociaux de sexes qu'en termes d'une présumée « nature ».

Cette différence entre « sexe » et « *genre* », se rapproche du raisonnement différenciant l'approche biologique ou *essentialiste* de la sexualité et l'approche *constructionniste*. La première tend à démontrer que seules les formes approuvées de sexualité sont « naturelles ». De sorte que ce qui sera considéré comme tolérable, acceptable différera d'une société à l'autre et au sein de la société elle-même. La seconde décrit la sexualité comme un phénomène socialement et culturellement construit, « les relations de pouvoir, et notamment celles qui sont basées sur le genre, influencent la façon dont la sexualité s'exprime et cela peut engendrer une exclusion ou une discrimination des personnes ayant des pratiques sexuelles moins approuvées socialement »¹².

Aussi, si l'on admet l'utilité scientifique qu'il y a, en français, à reconnaître le concept de *genre* en tant que « rapports de pouvoir », on comprendra parfaitement quelle place peut avoir le Droit dans la construction de ces rapports. Puisque l'une des fonctions principales du Droit est de réguler la vie en société, de la manière dont ces règles seront définies dépendra la place que l'individu aura ou parviendra à avoir au sein de cette société.

Tandis qu'une approche se basant seulement sur la notion de « sexe » (ne prenant pas en compte les rapports sociaux de sexes) , pourra apporter une justification « naturelle », donc quasi incontestable (parce que « biologique ») à une controverse sur l'ordonnement de la société reconnu par le Droit, une approche intégrant les notions de sexe et de *genre* semble *a priori* plus à même de prendre en compte les réalités sociales et à inciter le Droit à prendre acte et/ou provoquer des évolutions sociétales nécessaires à la protection de tous les individus.

⁹ Cette dimension de « norme de genre » a été particulièrement développée par la philosophe Judith BUTLER et par la théorie *Queer* qu'elle a inspirée. Ce courant étudie les normes de genre et l'hétérosexualité en tant que constructions sociales mais aussi « travaille à leur déconstruction à partir des pratiques qui les remettent en question, comme les pratiques transgenres ou les sexualités gaies et lesbiennes ».

¹⁰ Lesbiennes, Bisexuels, Gays, Transsexuel, Queer.

¹¹ On peut donc valablement avancer que c'est dans cette perspective , que les organisations internationales ont toutes dans leur cahier des charges des politiques de « *gender mainstreaming* » autrement traduite par *approche intégrée de genre*.

¹² E. ESPLÉN, *Genre et Sexualité : Boîte à Outils*, Document BRIDGE (Gender&Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007.

Pourquoi ne pas alors utiliser les termes « *droits genrés* » ? D'autant que certaines organisations non-gouvernementales anglo-saxonnes, semblent avoir fait leur, ce vocable de « *gender rights* »¹³... Nous pouvons néanmoins tenter d'apporter un premier élément de réponse, en rappelant que le mot « *genre* » ne fait pas encore l'unanimité et que la notion a pu être critiquée pour ce que son utilisation en tant que concept autonome (à savoir sans un rapport au sens biologique du sexe) risquait de faire « oublier » le corps et la sexualité¹⁴.

A contrario, s'intéresser à la sexualité sans prendre en compte des dimensions de « genre », n'apporterait qu'une compréhension partielle des enjeux politiques (au sens de la vie dans la cité) et donc des implications juridiques attachées à ce sujet.

La sexualité : un droit ou une liberté ? Quelles sont ces implications ? Nous interrogeons plus haut, la validité du concept de « *droits sexuels* » à la lumière de celui de « liberté sexuelle » qui, *a priori*, emporte plus facilement la compréhension du juriste francophone. Or, l'objet de notre étude étant d'examiner en quoi la sexualité peut être pensée en termes de droits et de voir dans quelle mesure la sexualité telle que nous venons de la définir, est considérée comme un aspect fondamental de la personne humaine et peut bénéficier à ce titre d'une protection dans le cadre du droit international des droits humains¹⁵ (DIDH), il s'agira de seulement revenir sur ce qu'induit l'expression liberté sexuelle et sur les différences susceptibles d'exister entre une « liberté » et un « droit ».

Essayons, tout comme avec l'expression « *droits sexuels* » de comprendre ce qui pourrait être entendu par « liberté sexuelle ». Selon le Lexique Dalloz, la liberté juridique est « le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Elle se présente comme une prérogative ouvrant à son bénéficiaire, lorsqu'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se situent dans le cadre de cette liberté ». Si l'on reprend le sens que nous avons donné à l'adjectif « sexuel », dans ce cadre, la liberté sexuelle consiste « dans le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi en matière de sexualité ».

Il semble *a priori* que les définitions de « *droits sexuels* » et « *liberté sexuelle* » ne se situent pas tout à fait sur le même plan. La différence principale étant la manière dont le sujet de droits peut se placer face à ces définitions. Le cadre de la *liberté* paraît être plus général que celui des *droits*, semblant lui correspondre au contenu conditionnant l'exercice de cette liberté.

Analysons cette hypothèse à la lumière de la compréhension de la notion de liberté sexuelle développée par certains auteurs

En préalable, notons que la nature et le traitement juridique de ces libertés varieront inévitablement selon le lieu ou l'époque car « le régime des libertés (publiques) plus encore

¹³ Pour exemple la Saint Louis Gender Foundation a adopté une *Bill of Gender Rights*. <http://www.transgender.org/stlgf/gender.html>

¹⁴ Un compte rendu de colloque : (*Sexe et genre - De la hiérarchie entre les sexes*, Editions du CNRS, 1991) s'est proposé de faire le tour de ces questions, en faisant bien ressortir à quel point chacun de ces concepts avait des limites et notamment pour le « genre », le risque de faire « oublier » le corps et la sexualité. <http://www.genreenaction.net/spip.php?article3705>

¹⁵ Nous préférons les dénominations *droits humains* ou *droits de la personne* (celle-ci est plus usitée au Canada) à celle de droits de l'Homme, parce qu'étant trop souvent utilisée sans sa majuscule, l'expression droits de l'homme vient, en termes de genre, à voiler la neutralité que l'on retrouve dans les termes *humains* et *personne*. En outre, ces nouvelles « appellations » semblent emporter l'adhésion des organisations non-gouvernementales et inter-gouvernementales. Cependant, cette position peut être critiquée. Voir P. WACHSMANN, entrée Droits de l'Homme, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2004, p.541 ; Commission française consultative des droits de l'homme, *Sur la dénomination "Droits de l'Homme"*, Novembre 1998.

que tout autre état de l'organisation sociale, est étroitement dépendant de l'évolution des mœurs »¹⁶.

Pour D. LOCHAK¹⁷, le contenu de la liberté sexuelle semble *a priori* assez divers : *droit* d'avoir des relations sexuelles mais aussi de les refuser, *droit* d'en choisir la nature (hétéro- ou homosexuelles, rétribuées, sadomasochistes), etc. Or, cette diversité de contenu conduit à une diversité de statuts juridiques. Ainsi, le *droit* d'entretenir des relations sexuelles et de choisir sa sexualité sera protégé comme élément de la vie privée à l'abri des ingérences de l'Etat ; tandis que la violation du *droit* de refuser une relation sexuelle relèvera de la sanction pénale. Reste que le droit d'*avoir* des relations sexuelles n'est pas garanti sous la forme d'un '*droit à*'.

De façon générale, les Etats n'ont donc pas l'obligation de garantir à l'individu, la simple possibilité d'*avoir*, au sens propre, des relations sexuelles. De sorte que, la *liberté sexuelle* semble bénéficier d'un régime de garantie moins efficace que celui d'autres libertés dont la protection implique l'existence d'obligations positives à l'égard de l'Etat¹⁸.

Néanmoins, la liberté sexuelle doit-elle seulement être comprise comme la liberté d'*avoir* des relations sexuelles- une compréhension qui évidemment empêcherait la reconnaissance de son corollaire : le *droit à avoir* des relations sexuelles ? Ne s'agirait-il pas plutôt d'un concept plus englobant- à savoir la Liberté dans le domaine de la sexualité incluant les « libertés liées à la sexualité »¹⁹, qui permettrait alors de reconnaître l'existence de véritables *droits* dans le domaine sexuel.

Ces interrogations pointent les difficultés à appréhender les distinctions et jonctions existant entre les concepts de « liberté » et de « droit » et plus précisément entre une « liberté » et un « droit subjectif ». Soit qu'il y a confusion entre liberté publique et droit subjectif soit qu'ils sont, comme dans les textes internationaux, proclamés indistinctement, soit encore que les libertés sont intégrées à l'ensemble des droits humains et appréhendées comme une catégorie de droits.

Selon la présentation adoptée par G. LEBRETON :

« Les 'droits' recouvrent sous une même appellation deux types de pouvoirs très différents l'un de l'autre. Tantôt ils désignent des pouvoirs d'autodétermination, et apparaissent comme des libertés. 'Droits' et 'Libertés' sont alors synonymes [*Droit de ou Droits-libertés*] (...). Tantôt les 'droits' désignent des pouvoirs que l'Homme n'exerce pas sur lui-même, mais sur autrui. Ils se différencient alors des libertés, car sous ce second sens, ils se rapportent à des pouvoirs d'exiger d'autrui un comportement positif, et non pas simplement une abstention [*Droit à ou Droits-créances*]»²⁰.

Ensuite, G. LEBRETON analyse la Liberté, « comme un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'Homme choisit lui-même son comportement personnel(...) »²¹. En ce sens, les libertés acquièrent en quelque sorte un statut « d'indépendance » et « n'exigent d'autrui qu'une

¹⁶ S. REGOURD, « Sexualité et Libertés publiques », in J. POUMAREDE & J.P ROYER, *Droit, Histoire et Sexualité*, Publications de l'espace juridique, 1987, p.312.

¹⁷ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORILLO et D. LOCHAK, *la Liberté sexuelle*, Presse Universitaire de France, 2005, p.12.

¹⁸ Néanmoins, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour.EDH), a pu montrer que la liberté de ne pas avoir des relations sexuelles était quant à elle protégée. Voir Cour.EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985.

¹⁹ S. REGOURD, *Op. Cit.*, p.312.

²⁰ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Ed. Armand Colin, 2003, p.11-12.

²¹ *Ibid*

attitude d'abstention, de non-entrave, pour s'accomplir »²². D'un point de vue juridique, ce pouvoir d'autodétermination peut se traduire comme une « possibilité d'accomplir- ou de ne pas accomplir- un acte qui n'est ni interdit ni imposé par les règles en vigueur : c'est la sphère d'autonomie laissée par l'ordonnement juridique »²³. La liberté sexuelle, telle que définie plus haut, entre *a priori* dans ce cadre.

Les droits subjectifs se définissent comme « une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation »²⁴, en ce sens ils sont une manière de penser les droits humains de façon concrète. Ils sont encore définis comme « les prérogatives que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit »²⁵, autrement dit, ils sont une garantie d'opposabilité au sein du Droit.

Ainsi, alors que la liberté relèverait pour le sujet, d'un choix d'agir, le droit subjectif serait une prérogative précise, c'est-à-dire la possibilité d'avoir accès à des instruments de réalisation de cette liberté. De sorte que, si « la liberté désigne la possibilité même d'agir, avec ou sans le tiers, avec ou sans extériorisation de l'action. Le droit subjectif (...) présuppose un tiers auquel il est opposable : c'est le droit de faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui »²⁶. Dans cette perspective, « la liberté sexuelle s'accompagnerait d'un droit subjectif lorsque l'individu a les moyens²⁷ de faire reconnaître le caractère illégitime des empiètements sur cette liberté et de les faire cesser »²⁸.

C'est de ces droits subjectifs nécessaires à la mise en œuvre effective de la liberté sexuelle, que l'on pourrait en partie tirer la raison d'être du cadre des « *droits sexuels* ». En adoptant, une conception large du mot « liberté » (à savoir-lorsque « l'individu se voit reconnaître par l'Etat, le droit d'exercer une activité déterminée à l'abri des pressions extérieures »²⁹) et suivant la logique d'une « liberté de... » se prolongeant dans un « droit à... », le cadre des « *droits sexuels* » seraient ce qui protège juridiquement, en tant qu'offre d'opposabilité, la Liberté sexuelle. Il s'agirait alors de distinguer la Liberté sexuelle³⁰ en tant que principe englobant, des *droits-libertés* et *droits-créances* qui la composent, les « *droits sexuels* ».

Ce raisonnement peut paraître simpliste voire inutile lorsqu'on regarde les contradicteurs du concept de droits subjectifs et notamment la thèse défendue par G.DE LA PRADELLE³¹. Ce dernier conteste la notion de droit subjectif et estime que les droits comme les libertés contiennent des éléments de subjectivité. Ainsi, pour lui, les droits comme les libertés protègent l'individu contre les tiers et ont donc un caractère opposable. Ainsi ce qui viendrait distinguer un droit d'une liberté ne serait pas tant leur opposabilité que « le mode de détermination de leurs contenus respectifs ». Le contenu du droit est défini de façon précise tandis que la liberté reste relativement indéterminée et « les dispositions qui consacrent une liberté se contentent d'en tracer les bornes et d'en prévoir la protection ». Pour d'autres,

²² *Ibid*

²³ D.LOCHAK, *Op. Cit.*, p.15.

²⁴ R. GUILLIEN, *Op.Cit.*

²⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Précis Dalloz, 5^eéd, 2000, p.283.

²⁶ D. GUTMANN, « Entrée Droits subjectifs », D. ALLAND & S. RIALS, *Dictionnaire de la Culture Juridique*, coll. Quadriga Dicos Poche, Presse Universitaire de France, 1^{ère} ed., 2004, p.530.

²⁷ Nous soulignons.

²⁸ D. LOCHAK, *Op. Cit.*, p.15

²⁹ *Dictionnaire de la Culture Juridique, Op. Cit.*, p.946.

³⁰ En apposant une majuscule aux termes Liberté sexuelle, nous souhaitons insister sur le caractère englobant de la notion : ainsi la Liberté sexuelle, notion alors « quasi-juridique » serait composée des « droits sexuels » composés eux-mêmes du droit à la liberté sexuelle au sens où l'entend D.LOCHAK.

³¹ G. DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français*, Paris, Ed. Erasme, 1990, p.228 sq. Cité par D. LOCHAK p.16

comme D. GUTMANN, les difficultés persistant à définir la notion de droit subjectif, rend le concept quasiment caduc : « Plutôt que de définir a priori le droit subjectif pour arriver à une formule plus ou moins esthétique, plus ou moins conforme à l'idée qu'on se fait de la place de l'individu dans le droit, il paraît de meilleure méthode de se demander si la notion de droit subjectif sert à quelque chose d'autre qu'à alimenter la spéculation théorique ».

Reste qu'au-delà de ces critiques, nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de D. LOCHAK, qui estime qu'à partir du moment où une liberté est consacrée par le droit positif, il y a production d'effet juridique et donc conséquences à l'égard d'autrui. Ainsi, le droit subjectif, compris en tant que « droit juridiquement protégé, est inséparable de la liberté, il en est la condition d'existence »³². L'auteure, continue en considérant que « s'agissant de la liberté sexuelle (...) fait défaut la possibilité d'exiger d'autrui un comportement positif pour rendre cette liberté effective ». Elle poursuit son raisonnement en déduisant l'impossibilité de proclamer un *droit à* des relations sexuelles en tant que droit-créance car il s'agirait de « reconnaître aux prestations sexuelles un caractère d'intérêt général ». Si nous ne pouvons qu'approuver cette argumentation, nous souhaitons néanmoins apporter une nuance à cette vision de la Liberté sexuelle.

En effet, elle semble confondre la sexualité et l'acte sexuel en tant que tel : il ne s'agirait donc pas d'une référence à la Liberté sexuelle en tant que « liberté dans le domaine de la sexualité » mais à la « liberté en matière d'acte sexuel ». Or, la liberté en matière d'acte sexuel suppose par avance la capacité « sociale » de l'individu à prendre des décisions concernant sa propre sexualité. Cette approche présume donc que lorsqu'il dénoncera une atteinte à cette Liberté sexuelle, l'individu soit déjà parvenu à se positionner par rapport à la loi, à assumer son identité de genre et/ou la place qu'il peut tenir dans la société pour en arriver à revendiquer sa liberté de choisir ses pratiques sexuelles.

Ceci est donc oublier que, comme l'avance D. BORILLO « la liberté sexuelle consiste [essentiellement] en la *capacité* de l'individu à agir érotiquement sans contraintes »³³. Autrement dit, être libre en matière de sexualité, c'est avant tout être *en mesure* d'avoir et de développer la *vie sentimentale et sexuelle* de son choix en dehors de toutes contraintes.

A cet égard, rappelons que la notion de liberté doit être interprétée à la lumière de la définition énoncée à l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »³⁴, autrement dit, liberté n'est pas licence. Ainsi « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droit » précise l'article 4³⁵. De même, comme le rappelle justement D. BORILLO, « la liberté, c'est la liberté et non pas l'exploitation qui est, en fait, son opposé. Ainsi, comme l'on s'interdit de considérer que la liberté religieuse est à l'origine du développement des sectes (...) ou encore que la liberté de travail mène à l'esclavage, de même, la liberté sexuelle ne doit pas se confondre avec le mauvais usage qu'abusivement on fait d'elle ».

Ainsi, l'emploi des termes « sans contraintes », ne doit pas être compris comme niant la liberté des « autres » mais comme la possibilité d'exercer sa liberté en dehors de toutes contraintes.

³² D. LOCHAK, *Op. Cit.*, p.17. C'est également, en ce qui concerne la vie privée, la thèse défendue par O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, p.827-863.

³³ D. BORILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle », in D. BORILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Presse Universitaire de France, 2005, p.38.

³⁴ Nous soulignons.

³⁵ *Dictionnaire de Culture juridique, Op. Cit.*, p.947.

Contraintes, qui, au regard de la définition de la sexualité que nous utilisons dans ce papier, pourraient donc être en lien avec le sexe (la biologie, la santé), l'identité et les rôles des genres, l'orientation sexuelle, l'intimité, la reproduction et en relation à ce qui s'entend de l'érotisme et du plaisir.

De sorte que, si l'argument selon lequel il est difficile d'exiger un *droit à avoir des relations sexuelles*, parce qu'il serait en pratique difficile de mettre en œuvre un système de « prestations sexuelles » est fondé, ne pourrait-on pas, en revanche, déduire de la définition de D. BORILLO, que la Liberté sexuelle, avant d'être la liberté en matière d'acte sexuel, touche avant tout aux questions de l'épanouissement personnel³⁶? Cette approche de la Liberté sexuelle viendrait fonder l'existence des « *droits sexuels* » en tant que pendant « subjectif » de la liberté. Les aspects créanciers porteraient sur les conditions sociales permettant le développement et la mise en œuvre de cette *capacité*³⁷ désignée par D.BORILLO, c'est-à-dire sur les conditions sociales conduisant à l'*empowerment*, préalable nécessaire à l'épanouissement de la personne.

Pourquoi chercher ainsi à justifier l'existence juridique du cadre des « *droits sexuels* » tandis que D.LOCHAK tout comme D.BORILLO insistent sur les réticences subsistant à admettre la Liberté sexuelle comme une véritable liberté- elle n'est en effet proclamée comme telle par aucun texte contraignant- ? Pour pouvoir parler de droits subjectifs, ne faut-il pas d'abord que la liberté qu'ils doivent « concrétiser » soit véritablement reconnue et définie ? Inversement -et peut-être plus pragmatiquement- on peut penser que la Liberté sexuelle ne sera véritablement consacrée que lorsque les droits subjectifs permettant son exercice auront acquis une véritable consécration...

Le champ des « *droits sexuels* » Ainsi, pour saisir le cadre dans lequel les « *droits sexuels* » sont consacrés, il s'agira dans cette étude, de comprendre la manière dont la notion de sexualité, en tant qu'élément déterminant de la personne humaine, s'articule avec le DIDH.

Des organisations intergouvernementales telles que l'OMS ont déjà cherché à encadrer la notion :

« Les droits sexuels font partie des droits de la personne qui sont d'ores et déjà reconnus dans les lois nationales, les documents internationaux relatifs aux droits de la personne et d'autres documents adoptés par consensus. Ils incluent le droit de tous d'accéder, sans être en butte à la coercition, à la discrimination ou à la violence, 1) à la meilleure santé possible en matière de sexualité, y compris l'accès à des services de santé sexuelle et génésique, 2) à chercher, à recevoir et à diffuser des informations en

³⁶ Cette notion est utilisée par la Cour.EDH et a notamment été consacrée dans l'affaire *K.A et A.D c. Belgique* (17.02.2005) dans laquelle la Cour rappelle que « *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. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* » (§83)

³⁷ Ce développement des « capacités » correspond à la notion anglo-saxonne d'*empowerment*. Il n'est pas aisé de trouver un équivalent français englobant les différents sens attribués en anglais à cette notion. Le concept d'*empowerment* implique en effet que « les personnes prennent en main leur propre vie : elles établissent leur agenda personnel, acquièrent des compétences (ou obtiennent que leurs compétences et leurs connaissances soient reconnues), améliorent leur confiance en elles-mêmes, trouvent une solution à leurs problèmes et développent leur autonomie. Il s'agit à la fois d'un processus et d'un résultat ». (<http://www.uninstraw.org/fr/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76#Sex>) Il s'agit donc du développement de la capacité des individus à faire des choix stratégiques à propos de leur vie (Pour plus de détails : <http://www.genreenaction.net/spip.php?article3237>). Alors que le terme a pu être traduit par « renforcement des capacités », « renforcement des pouvoirs », « habilitation », « autonomisation », nous préférons garder le vocable anglais, qui, à notre sens, regroupe toutes ces traductions aux implications différentes.

matière de sexualité, 3) à l'éducation sexuelle, 4) au respect de l'intégrité de leur corps, 5) à choisir leur partenaire, 6) à décider d'avoir une vie sexuelle active ou non, 7) à des rapports sexuels librement consentis, 8) à un mariage librement consenti, 9) à décider d'avoir ou non des enfants et à choisir le moment de leur naissance et 10) à rechercher une vie sexuelle satisfaisante, sûre et agréable. L'exercice responsable des droits humains veut que toute personne se doit de respecter les droits d'autrui »³⁸.

On le voit cette définition cherche donc à englober tous les aspects des questions liées à la sexualité et peut être considérée comme une *manière de voir*, un *langage propre* à la défense des droits en matière de sexualité.

Comme a pu le relever A.MILLER³⁹, les revendications en matière de « *droits sexuels* » peuvent être très variées. C'est parce qu'elles sont connectées aux divers mouvements politiques utilisant leur langage pour plaider en faveur des droits dont ils se font les défenseurs et pour mettre les Etats face à leurs responsabilités. Ainsi, selon la compréhension de la société civile et de certains universitaires, appliquer le paradigme des droits humains à la défense des « *droits sexuels* » induit : - un travail visant spécifiquement la sexualité des femmes (avec une attention portée aux droits reproductifs/généralistes, à la lutte contre le viol, la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, la santé sexuelle, les mutilations génitales féminines, les droits des femmes à l'autonomie sexuelle et la sexualité des femmes lesbiennes) - un travail en matière de lutte contre le SIDA et le VIH , ou encore un travail relatif -aux questions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre (droits des LGBTQ), - aux droits des enfants et enfin – suite à l'émergence d'un mouvement international dans ce domaine, les « *droits sexuels* » peuvent également concerner les droits des travailleurs du sexe⁴⁰. Nombre de personnes seraient donc susceptibles de bénéficier de ce cadre général.

Dans notre analyse, nous ne chercherons pas à étudier chacun de ces aspects de façon détaillée mais nous essayerons plutôt de voir comment le DIDH aborde, de façon générale, la protection de la sexualité. Il s'agira donc de saisir le cadre de défense de la Liberté sexuelle et des droits en matière de sexualité dont peuvent aujourd'hui se prévaloir les individus au sein du DIDH. Les progrès en faveur des « *droits sexuels* »⁴¹ ayant principalement été réalisés au sein du

³⁸ Il s'agit d'une définition de travail non officielle de l'OMS. Sa traduction française engage la responsabilité d'une autre institution onusienne : UN-INSTRAW (United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women).

<http://www.un-instraw.org/fr/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76#Sexual>

³⁹ A. MILLER, *Sexual Rights-where do we stand today?* , Seminar arranged by the Swedish Foundation for Human Rights, 2005.

<http://www.humanrights.se/upload/files/2/Rapporter%20och%20seminariedok/Report%20Sem%20Sexual%20rights%20050404.pdf>, ou A. MILLER, "Human Rights and Sexuality: first step toward articulating a rights framework for claims to sexual rights and freedoms", *American Society of International Law*, 1999, pp.288-303.

Voir aussi: O. PHILLIPS, « A brief introduction to the relationship between sexuality and rights », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 33, 2005, p.451-466 ; K. WALKER, "Evolving Human Rights Norms Around Sexuality", *International Law Students Association Journal of International and Comparative Law*, Spring 2000, p.351.

⁴⁰ K. L WALKER, *Op. Cit.*, p.351. Relevons que la question des droits des travailleurs du sexe, notamment en ce qui concerne la prostitution volontaire, reste encore très controversée au sein même du monde non-gouvernemental. En ce sens, elle n'est pas encore réellement intégrée au mouvement de défense des droits humains.

⁴¹ Notons néanmoins que l'expression " *droits sexuels*" n'est jamais en tant que telle utilisée dans les traductions françaises des instruments du DIDH que nous allons étudier. Elle l'est en revanche, par différents Rapporteurs Spéciaux des Nations Unies.

système onusien et du système de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour.EDH), nous concentrerons notre étude sur les modèles développés par ces institutions⁴².

La définition de l'OMS n'a toujours pas obtenu de reconnaissance officielle alors qu'elle affirme se baser sur des instruments de droits humains déjà existants et « unanimement reconnus ». Peut-être est-ce parce qu'elle englobe à la fois les aspects liés au sexe et au genre ? En effet, l'intégration de ces deux faces de la sexualité revient, à assumer une certaine vision de la société⁴³ et des rapports des individus entre eux. Or, si chaque droit pris séparément fait, nous le verrons, globalement l'unanimité, on peut se demander si intégrés à un cadre indépendant des « *droits sexuels* », leur portée serait autrement entendue. C'est le pari relevé par les défenseurs du concept de « *droits sexuels* » : chercher à faire reconnaître au sein d'un seul ensemble de droits, d'une catégorie singulière, des droits reconnus de façon disparate⁴⁴ et intégrer de façon explicite cet ensemble au système de protection des droits humains ; ceci afin de mieux cerner les enjeux liés à la sexualité humaine et ainsi offrir aux individus une protection universelle optimale en la matière.

Les « *droits sexuels* » pourraient-ils constituer un nouveau paradigme dans le système actuel de protection des droits humains ou ce système constitue-t-il lui-même un paradigme efficace à la protection de la sexualité de la personne humaine ? Pour répondre, il s'agira de voir dans quelle mesure la sexualité est, dans le cadre universel, reconnue comme une dimension essentielle de la personne humaine (I) pour ensuite interroger l'efficacité de cette reconnaissance à la lumière du principe d'universalité des droits humains (II).

⁴² Point de vue confirmé par A. MILLER, *Sexual Rights-where do we stand today?*, *Op.Cit.* Il faut tout de même relever que le système de la Charte Africaine, en ce qu'il a institué un Protocole relatif aux droits des femmes qui intègre dans son article 14 la protection des droits en matière de reproduction ou qui fait plusieurs fois à la lutte contre les violences sexuelles, présenterait aussi un intérêt pour ces travaux. De même, nombres ONG d'Amérique Latine sont très actives dans le domaine des « *droits sexuels* », de sorte qu'une étude du système interaméricain aurait également pu trouver toute sa pertinence dans ce papier. Mais pour des raisons de temps et d'espace nous ne pourrions les aborder.

⁴³ Il s'agirait de sortir du cadre de l'hétéronormativité ou encore de chercher à construire un modèle sociétal libéré de tous les tabous relatifs à la sexualité.

⁴⁴ K. L WALKER, *Op. Cit.*, p.351.

I- Le « paradoxe sexuel » dans le système de garantie des droits humains

Tout comme la liberté de conscience ou la santé, parce qu'elle conditionne nombre d'aspects de notre vie privée et sociale, la sexualité est une dimension essentielle de la personne humaine. En ce sens, elle devrait donc bénéficier d'une reconnaissance aussi solennelle que les autres droits fondamentaux. Or, tandis que son respect dépend totalement du schéma de protection des droits humains (B), *paradoxalement*, « c'est à la surface du droit »⁴⁵ que la Liberté sexuelle est reconnue dans le cadre universel (A).

A- La reconnaissance en demi-teinte d'un cadre de protection pour les « droits sexuels »

Les « *droits sexuels* » sont ce qui permet de protéger la Liberté sexuelle. Ainsi, leur mise en œuvre dépend de la portée de la reconnaissance formelle de cette Liberté. N'étant prononcée, en tant que telle, par aucun texte fondamental du DIDH, il s'agit donc d'adopter la démarche d'une étude historique des sources internationales s'intéressant aux questions sexuelles : parce que le développement des « tolérances » dans le domaine de la sexualité dépend du principe des évolutions sociétales et sociales, il a fallu attendre les années 90 pour qu'on admette que la sexualité était une composante essentielle de la personne humaine (2) qui nécessitait que l'on dépasse la vision selon laquelle l'Etat ne pouvait y intervenir de façon positive (1). Néanmoins, s'il est indéniable qu'un processus a été lancé, celui souffre encore de quelques travers (3).

1- La sexualité et le droit avant 1993⁴⁶ : une protection se limitant à l'ordre public, la santé et la morale

Si l'expression « droits sexuels » reste relativement récente, le lien existant entre la sexualité et le corpus des droits humains bénéficie lui d'une certaine ancienneté.

Dans le passé, les normes internationales liant le « droit » à la « sexualité » (des femmes pour l'essentiel) se sont concentrées sur le contrôle et la protection de l'activité sexuelle. Comme le note A. MILLER⁴⁷, l'idée prédominante était celle que les droits seraient mieux protégés si l'on soutenait les normes sociales de l'honneur et de la chasteté.

a. La Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles

La défense de l'honneur. Le droit humanitaire fournit un exemple de la manière dont le domaine sexuel et les droits en la matière pouvaient être pensés. En effet, *La Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949)*, dispose en

⁴⁵ D. BORILLO, *Op. Cit.*, p.38.

⁴⁶ Lorsque nous différencions la protection d'avant et d'après 1993, il ne s'agit évidemment pas de dire que cette année fut l'année de tous les changements. Le processus initié en 1993 est bien entendu le fruit d'une évolution.

⁴⁷ A. MILLER, "Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights", *Health and Human Rights: An International Journal*, Vol. 4 No., 2, p.78.

son article 27 que « les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur ». Ainsi, lutter contre les atteintes à l'intégrité physique relevait d'une question d'honneur.

b. La législation sur la traite et l'abolition de l'esclavage

La défense de la morale et de l'ordre public. Pendant longtemps la législation luttant contre la traite⁴⁸ (au début appelée la traite des blanches) s'est focalisée sur la protection de personnes (femmes et enfants principalement) se déplaçant ou étant déplacées dans le but « immoral » de « satisfaire les passions d'autrui »⁴⁹ et qui, pour ce faire, aurait été « embauché[es], entraîné[es] Jou détourné[es], même avec [leur]/son consentement, (...) » « [par] fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus d'autorité, ou tout autre moyen de contrainte (...) en vue de la débauche »⁵⁰.

D'autres standards, telle que la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956)* se réfère aux formes « serviles » du mariage⁵¹, que beaucoup voient aujourd'hui comme étant des « droits sexuels »⁵² : le choix du partenaire, le choix de se marier et d'avoir un partenaire sexuel.

Cependant comme le souligne A. MILLER⁵³, ces textes ne peuvent être considérés autrement que comme de simples *déclarations de liberté et d'égalité* pour les hommes et les femmes car ils ne traitent pas des hypothèses de la nature du mariage, de l'activité sexuelle hors du mariage ou encore des aspects implicites d'inégalité entre les genres⁵⁴.

c. La Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

La *Convention des Nations Unies relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)*⁵⁵ (ci-après CEDEF) se veut plus concrète en ce qu'elle contient à la fois des mesures de protection et de renforcement des capacités (*empowerment*) des personnes dans le domaine de la sexualité. Les articles 6 et 16 de la Convention en sont une bonne illustration.

La défense de l'ordre public et de l'atteinte à la morale nécessite une protection la femme.

D'une part, l'article 6 exige que les « Etats parties prennent toutes les mesures appropriées, y

⁴⁸1) Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches 2) Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches, 3) Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la répression de la traite des femmes et des enfants 4) Convention internationale du 11 octobre 1933 pour la répression de la traite des femmes majeures, 5) Convention des Nations Unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (1949).

⁴⁹ Nous soulignons.

⁵⁰ Articles 1 et 2 de la Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches.

⁵¹ Article 1 c).

⁵² Voir pour exemple : IPPF, Charter on Sexual and Reproductive Rights and Guidelines, Londres, IPPF 1996.

⁵³ A. MILLER, *Op.Cit.*, p.78.

⁵⁴ Tout comme la Convention sur l'abolition de l'esclavage de 1956, la *Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages (1964)* déclare que le mariage et donc l'activité sexuelle, ne peuvent être basés que sur un « libre et plein consentement ». Ces textes échouent cependant à intégrer la problématique des rapports sociaux de genre au sein du droit.

⁵⁵ Convention relative à l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes. Entrée en vigueur le 3 septembre, 1981, U.N. Doc. A/34/46.

compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes ».

L'égalité entre les hommes et les femmes. D'autre part, l'article 16 impose que les femmes aient « les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits. »

Des modèles de protection et d'égalité conditionnés au respect du modèle traditionnel de la famille. Néanmoins, il semble qu'au sein de ce document, la sexualité soit étroitement complémentaire de la maternité puisque l'article 4 §2 précise que « l'adoption par les Etats parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ». C'est le même esprit qui se dégage du Préambule de la Convention :

« Ayant à l'esprit l'importance de la contribution des femmes au bien-être de la famille et au progrès de la société, qui jusqu'à présent n'a pas été pleinement reconnue, de l'importance sociale de la maternité et du rôle des parents dans la famille et dans l'éducation des enfants, et conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation⁵⁶ ne doit pas être une cause de discrimination et que l'éducation des enfants exige le partage des responsabilités entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble. »

Ainsi, cette Convention ne semble pas envisager la sexualité de la femme hors du cadre de la procréation.

2- Le sexe et le droit après 1993 : vers la reconnaissance d'un « droit au bien-être » en matière de sexualité

Avant la *Déclaration de Vienne* en 1993⁵⁷, aucun des standards internationaux de droits humains que nous avons étudiés ne faisait de référence explicite à la sexualité, entendue rappelons-le « *comme un aspect central, constitutif de la personne humaine tout au long de la vie* »⁵⁸ »

Cette absence de référence s'explique très certainement par la division entre sphère publique et sphère privée qui peut exister dans la mise en œuvre et l'exécution des mécanismes de droits humains⁵⁹. Pourtant, même en cherchant à limiter la protection des droits humains à la responsabilité des Etats (en excluant par conséquent celle des institutions ou personnes privées), on remarque que cette division privée/publique n'existe pas clairement au sein des principes du DIDH. En effet, tous les textes majeurs relatifs aux droits humains depuis la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme de 1948 (DUDH) font référence aux droits des personnes dans leur vie privée et personnelle : droit de se marier et de fonder une famille ;

⁵⁶ Nous soulignons.

⁵⁷ ONU, Déclaration et Programme d'Action de Vienne, *Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme*, Vienne 14-24 juin 1993, A/CONF.157/23, 1993.

⁵⁸ Voir la définition de l'OMS citée en introduction.

⁵⁹ Rappelons à cet égard, comme le dit D. BORILLO, que « pour les sociétés démocratiques, l'impartialité morale de l'Etat constitue la garantie de la liberté des individus. Ce principe se fonde sur l'idée que la société et (le droit) doit s'abstenir de dire du bien aux membres qui la composent ; elle doit simplement se limiter à énoncer le juste (...) et à garantir (...) l'équilibre dans les relations contractuelles. Contrairement à l'Etat paternaliste l'Etat démocratique ne se substitue pas aux choix des individus. C'est à eux seuls de déterminer ce qui est bon ou mauvais pour la réalisation de leurs objectifs vitaux. » D. BORILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle », *Op.Cit.*, p.44.

liberté de pensée, de conscience et de religion ; droit d'éduquer ses enfants ; droit de voir respecter sa vie privée et familiale etc.

a. La Déclaration de Vienne (1993)

Il faut lier sexe, violence et protection de la personne. En 1993, s'est tenue à Vienne une *Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme*. Elle a donné naissance aux *Déclaration et Programme d'Action de Vienne* appelant les Etats à éliminer « les violences qui s'exercent en fonction du sexe⁶⁰ et toutes les formes de harcèlement et d'exploitation sexuels » (§18) ainsi que la traite dont les femmes peuvent être victimes. Ces violations incluent également « le viol systématique, l'esclavage sexuel et la grossesse forcée » (§38)

La même année, fut adoptée la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes* (20.12.1993). Cette Déclaration fait suite à la *Recommandation Générale 19*⁶¹ qui intègre la violence à l'égard des femmes aux dispositions de la *CEDEF* (« la violence fondée sur le sexe est une forme de discrimination qui empêche sérieusement les femmes de jouir des droits et libertés au même titre que les hommes »). Les deux textes viennent préciser les formes que peut revêtir cette violence : elle peut être « d'ordre physique, mental ou sexuel » (art. 2⁶²). Ainsi, la sexualité de la personne devient clairement un domaine à protéger contre d'éventuelles atteintes ou violences.

Les violences sexuelles sont des violations des droits humains. La *Déclaration de Vienne* et la *Déclaration contre les violences faites aux femmes* ont marqué une étape importante dans l'histoire de la prise en compte de la sexualité par le droit. En effet, elles ont permis de faire reconnaître les violences sexuelles en tant que violation des droits humains. En ce sens, on peut dire qu'elles ont en quelque sorte initié la « langue » des droits humains à ce qui relève de la sexualité et dépassé vision de la « différence des sexe » qui dominait au sein de la *CEDEF*.

b. La Conférence Internationale sur la Population et le Développement du Caire⁶³

Au-delà d'une protection de la sexualité contre la violence. Il a fallu attendre la *Conférence Internationale sur la Population et le Développement* (CIPD) du Caire en 1994, pour commencer à intégrer la sexualité dans les documents internationaux en la percevant autrement que comme un fait violent, abusif et caché à l'intérieur du mariage hétérosexuel et de la maternité. En effet, on a compris que la santé sexuelle devait être intégrée au rang des droits que les programmes sur la population et le développement se devaient de protéger.

Comme a pu le relever Y. TAMBIAH⁶⁴ « *The Cairo Document is indisputably one of the most progressive statements acknowledging sexual activity as a positive aspect of human society to emerge recently through global consensus* ».

⁶⁰ Remarquons que la forme anglaise du texte utilise le terme de « gender-based violence ». Le concept de genre émergeait à peine à l'époque de la traduction du texte.

⁶¹ ONU, Recommandation Générale 19, UN DOC A/47/38 (1992)

⁶² ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, A/RES/48/104 1994.

⁶³ ONU, « Programme relatif à la population et au développement », *Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement (Ci-après PoA et CIPD DU CAIRE DU CAIRE DU CAIRE)*, Le Caire 5-13 septembre 1994, New-York, ONU, Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques, ST/ESA/SER.A/149, 1994.

⁶⁴ Y.TAMBIAH, "Sexuality and Human Rights", in Schuler, M.A, *From Basic Needs to Basic Rights : Women's Claim to Human Rights*, Ed. Institute for Women, Law and Development, 1995, p. 369.

A la recherche d'une définition consensuelle du champ de la sexualité. Selon R. PETCHESKY⁶⁵, beaucoup de délégations gouvernementales à la Conférence du Caire (en particulier celles des pays islamiques ou catholiques où les fondamentalistes ont une grande influence politique) n'ont pas caché leur aversion pour l'apparition du mot « sexualité » au sein du Programme d'Action final (ci-après PoA). Jusqu'au dernier moment le mot est resté entre parenthèses. Néanmoins, la version finale du document laisse apparaître nombre de références à la sexualité et au genre, et reconnaît les liens existant entre les deux notions : « La sexualité et les relations entre les sexes sont interdépendantes et, ensemble, influent sur la capacité qu'ont les hommes et les femmes d'avoir une vie saine et de maîtriser leur destin en matière de procréation » (§7.34). Cet article paraît reconnaître que la violence basée sur le genre et les efforts pour contrôler la sexualité des femmes ont des conséquences à la fois sur leur santé et sur leur statut au sein de la société.

Une définition reliant sexualité et bien-être. Une autre avancée importante concerne la mention (et ce pour la première fois) du fait que la sexualité soit non seulement liée à la sécurité, la santé et l'égalité mais aussi que le sexe puisse donner des satisfactions: « Par santé en matière de reproduction, on entend le bien-être général, tant physique que mental et social, de la personne humaine (...) et non pas seulement l'absence de maladies ou d'infirmités. Cela suppose donc qu'une personne puisse mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle soit capable de procréer et libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire (...) On entend également par cette expression, la santé en matière de sexualité qui vise à améliorer la qualité de la vie et des relations interpersonnelles » (§ 7.2 PoA de la CIPD du Caire).

Cependant, ce « droit » à mener « une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité » (7§2), et non pas dans une seule perspective sanitaire, est énoncé de façon quelque peu surprenante. En effet, comme le relève R. PETCHESKY⁶⁶, la Liberté sexuelle en termes d'orientation ou d'expression n'est pas reconnue dans ce document. Pourtant, il ne semble pas que le paragraphe 7.2 ne limite explicitement les principes d'autodétermination, de sécurité et de satisfaction dans la vie sexuelle, aux hétérosexuels, couples mariés ou aux adultes puisqu'il est fait référence à la « personne humaine ».

Dans la même perspective, mentionnons alors les engagements résultant du Chapitre 5 invitant les Etats à tenir compte « des diverses formes de famille [existant] dans les différents systèmes sociaux, culturels et politiques » (§5.1).

Une définition sans ambiguïté mais tronquée : le « droit à mener une vie sexuelle satisfaisante ». Néanmoins, une étude des différentes déclarations et réserves relatives au PoA suffit à faire comprendre quels types de débats ont pu avoir lieu à l'occasion de la rédaction de ces paragraphes. En effet, plusieurs délégations ont souhaité préciser leur compréhension des termes susceptibles d'ambiguïté⁶⁷. La délégation jordanienne a par exemple interprété « le mot 'personnes' comme désignant les couples mariés », tandis que le Gouvernement nicaraguayen a émis « des réserves expresses sur l'emploi des termes 'couple' ou 'union', dans les cas où ils pourraient désigner des personnes du même sexe », de même pour la République Dominicaine qui pose « également une réserve expresse quant à l'emploi du vocable 'couple', lorsque celui-ci

⁶⁵ R. PETCHESKY., “Sexual Rights. Inventing a Concept. Mapping an International Practice”. in PARKER R., BARBOSA R.M, AGGLETON P, *Framing the sexual subject. The Politics of Gender, Sexuality and Power*, University of California Press, 2000, p.82.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ ONU, Deuxième Partie, « Déclarations et Réserves relatives au Programme d'Action », *Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement.*, Le Caire 5-13 septembre 1994, *Op. Cit.*

renvoie à des personnes du même sexe ou lorsqu'il recouvre les droits individuels de procréation hors du contexte du mariage et de la famille. »

Cette conférence n'a donc pas abouti à une reconnaissance affirmée de la Liberté sexuelle.

c. La Déclaration de Beijing ⁶⁸

La *Déclaration et Plateforme d'Action définies à Pékin* (1995) lors de la 4^e conférence mondiale des femmes, sont allées plus loin dans la formulation d'un concept de « droits sexuels » en tant que principe appartenant au DIDH.

La sexualité en débat. A l'époque, un processus de négociation assez compliqué fut engagé entre les délégations menées par les fondamentalistes du Vatican et une coalition d'ONG de femmes. La sexualité fut l'un des thèmes les plus controversés et notamment les questions relatives à l'orientation sexuelle, le contrôle des femmes sur leur corps et l'avortement⁶⁹.

La campagne menée par les fondamentalistes⁷⁰ s'opposa non seulement aux termes de « droits reproductifs » et « diverses formes de famille » mais également, à celui de « *gender* », qui pour un temps, fut mis entre parenthèses. Pour les autorités vaticanes par exemple, il n'était pas question de permettre la reconnaissance officielle de la possibilité de changer de sexe, de genre ou de l'existence de « plusieurs » genres. Il est entendu que les débats portant sur ce thème du « genre » ont porté sur la version anglaise du document puisque le vocable n'était pas utilisé en langue française à l'époque.

Le paragraphe 96 de la Déclaration de Beijing. Après de nombreux débats le §96 fut inscrit dans le document final : « Les droits fondamentaux des femmes comprennent le droit d'être maîtresses de leur sexualité, y compris leur santé en matière de sexualité et de procréation, sans aucune contrainte, discrimination ou violence, et de prendre librement et de manière responsable des décisions dans ce domaine. L'égalité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la sexualité et la procréation, y compris le respect total de l'intégrité de la personne, exige le respect mutuel, le consentement et le partage de la responsabilité des comportements sexuels et de leurs conséquences. »

Le problème de l'interprétation. L'ambiguïté du texte est sans conteste. Comme nous le fait savoir R. PETCHESKY⁷¹, notons à cet égard que « *the original formulation of the paragraph, which had been bracketed in the draft, stated not 'the human rights of women' but the 'sexual rights' of women'. In the final version of the Platform, the phrase 'sexual rights' disappears.* »

Aussi, les avis sur l'interprétation à donner au paragraphe demeurent partagés. Pour certains auteurs en effet, la *Déclaration de Beijing* ne constitue pas une réelle avancée en faveur d'un cadre des « *droits sexuels* »⁷². Néanmoins, pour d'autres⁷³ s'y référant directement pour

⁶⁸ ONU, « Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes », *Déclaration et Programme d'action de Beijing*, Beijing, 4-15 septembre 1995, Département de l'information, New-York, A/CONF.177/20/Rev.1, 1995.

⁶⁹ P. ILKKARACAN & S. JOLLY, *Genre et Sexualité- Panorama*, Document BRIDGE (Gender & Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007.

⁷⁰ Pour un récit sur ces oppositions voir R.PETCHESKY, *Reproductive and sexual rights: charting the course of transnational women's NGOs*, United Nations Research Institute for Social Development, June 2000.

⁷¹ R. PETECHESKY, "Sexual Rights. Inventing a Concept. Mapping an International Practice", *Op. Cit.*, p.85.

⁷² R. PARKER, "Sexual Rights: concepts and action", *Health and Human Rights: An International Journal*, vol.2, No.3, 1996, p.34.

"In spite of some important advances with regard to other issues, many of these same silences were repeated in 1995 in the Platform of Action of Beijing, which after much struggles and debate, reaffirmed the clear

débuter leur réflexion sur la notion de « *droits sexuels* », il permet de clarifier certains aspects du DIDH sans empêcher la création de « nouveaux droits » ou à tout le moins permet-il de développer de nouvelles approches en termes de protection des droits humains.

L'impossible autonomisation des « droits sexuels » : ce sont des droits sexuels et reproductifs. Au final, en ce qu'il vient proclamer un droit à décider librement de sa sexualité, l'un des principaux apports de ce texte est de reconnaître la femme non pas seulement comme un « être reproductif » mais aussi comme « être sexuel ». Ainsi constitue-t-il plus une consécration des *droits sexuels reproductifs* que le début d'une reconnaissance du modèle plus englobant des « *droits sexuels* »⁷⁴.

3- Evolutions et mise en perspective

La poursuite du processus. Après les importantes étapes de Vienne, du Caire et de Pékin, la mobilisation pour les « *droits sexuels* » a continué lors des grands forums internationaux et notamment à l'occasion des conférences de suivi des Programmes que nous avons mentionnés. Depuis l'année 2000, ce sont les questions relatives à la sexualité des adolescents, à l'éducation à la sexualité, à l'avortement, aux travailleur(se)s du sexe et à l'orientation sexuelle qui ont été débattues et ce notamment lors de la conférence de Pékin+5 en 2000, à la Session Spéciale de l'Assemblée Générale des Nations unies sur le VIH/Sida en 2001, la Session Spéciale de l'ONU sur les Enfants en 2002, à la Cinquième Conférence sur la Population de l'Asie et du Pacifique en 2002, aux 59^{ème} et 60^{ème} Sessions de la Commission des Droits Humains des Nations unies qui se sont tenues en 2003 et 2004, la revue et à l'occasion de l'évaluation, 10 ans après, de la Plate-forme d'Action de Pékin faites par la 49^{ème} Session de la Commission sur la Condition de la Femme (CSW) des Nations unies qui s'est tenue en Mars 2005, et la Session Spéciale de l'Assemblée Générale des Nations unies sur le VIH/Sida en 2006⁷⁵. La sexualité, la santé sexuelle et les droits sexuels sont également liés à presque tous les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD). L'OMS a adopté une stratégie mondiale pour la santé reproductive lors de sa 57^{ème} Assemblée Mondiale de la santé en mai 2004 qui reconnaît explicitement les liens entre les OMD et la santé sexuelle et reproductive.

Cependant, d'autres organes de traités et d'autres rapporteurs spéciaux de l'ONU se sont intéressés à la perspective sexualité / droits de la personne, c'est ce que nous étudierons dans

commitment to reproductive rights that have emerged in Cairo but without any explicit reference in the final Platform document to either sexual rights or sexual orientation.”

⁷³M. SCHEININ, “Sexual Rights as human rights – protected under existing human rights treaties?” *Nordic Journal of International Law*, 1998, p.18.

« What are ‘sexual rights’ in terms of binding international human rights law? As a starting-point for such an analysis one can take the Beijing pronouncement on women’s human rights related to sexuality and reproduction ».

⁷⁴ Remarquons à cet égard que les termes « d’orientation sexuelle » n’apparaissent même pas dans la première mouture du document. Pour un retour sur les différents « débats de mots » lors des discussions précédant l’adoption du document de Beijing, voir la présentation d’A. DRUELLE, *Droits des [lesbiennes] sur scène mondiale : des solidarités intersectionnelles sont-elles possibles ?*, Centre d’études ethniques des universités montréalaises, 2006. <http://www.ceetum.umontreal.ca/Divers/AnickDruelle.pps#275,14>, Diapositive 14

⁷⁵ ESPLÉN E., *Op. Cit.*

une partie relative aux influences du schéma des droits humains sur la protection de la sexualité en tant qu'élément déterminant de la personne.

Retour sur la démarche engagée dans le système onusien : des droits négatifs aux droits positifs. S'il fallait effectuer un bilan de l'approche choisie par les instruments onusiens, pour protéger le domaine de la sexualité, nous pourrions reprendre la division effectuée par différents auteurs. Ils distinguent entre les « *droits sexuels négatifs* » - le droit à la non ingérence ou encore « le droit des individus de se comporter de la façon qu'ils considèrent adéquate, sans être assujettis à la réglementation ou au contrôle d'organisations gouvernementales⁷⁶ » ou que R. PETCHESKY qualifie de « proclamations contre le catalogue des horreurs⁷⁷ » - et les « *droits sexuels positifs* »⁷⁸ à la liberté, la capacité et à la possibilité de faire quelque chose qui suppose d'ordinaire la mise en œuvre de ressources matérielles et humaines non négligeables », c'est-à-dire, ceux qui « exigent des aménagements gouvernementaux ou autres, qui dépassent les ressources des individus »⁷⁹.

De l'utilisation du langage basé sur la violation des droits. La Déclaration de Vienne, ainsi que celle relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes utilisent le langage des « *droits sexuels négatifs* ». A cet égard comme le relève A. MILLER⁸⁰ : « *strategically, focusing on violations has seemed to help overcome resistance to adressing the contested and explosive realm of sexuality and diverse sexual identities and practices within conservative international standard-setting and monitoring venues* ».

Cependant, l'auteur met également en avant les défauts résultant de cette approche : « *These successes have come at price: an inability to address needs broader than the need for protection against violence, and a narrow approach to sexuality as encompassing primarily a limited range of practices and identities that have been subject to violations and discriminations* ».

De l'approche plus affirmative de la protection de la sexualité. Néanmoins, ces textes peuvent également être perçus comme une étape vers l'utilisation du langage plus affirmatif du PoA de la CIPD du Caire. En effet, ce dernier évoque la possibilité pour les personnes « de mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité » sans spécifier l'âge, la situation matrimoniale ou l'identité hétérosexuelle. En ce sens, comme le fait remarquer I.SAIZ⁸¹ « *Sexuality, previously on the UN agenda only as something to be circumscribed and regulated in the interest of public health, order, or morality, was for the first time implicitly recognized as a fundamental and positive aspect of human development* ». Dans l'esprit du langage initié dans la CEDEF, l'approche adoptée au sein du document du Caire a également l'avantage de faire directement référence à « l'égalité entre les sexes et la promotion de la femme » (Chap IV) et permet d'inclure des dispositions relatives aux adolescents⁸² ou aux personnes âgées⁸³, « catégories »

⁷⁶ R. COOK, B. DICKENS, M. FATHALLA, *Santé de la reproduction et droits humains*, Ed. Masson, Coll. Abrégés, 2005, p. 160.

⁷⁷ R. PETCHESKY, « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuelles dix ans après Beijing », *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n°184, juin 2005, p.332.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ R. COOK, B. DICKENS, M. FATHALLA, *Op.Cit.* p. 160.

⁸⁰ A. MILLER, "Sexual but not reproductive : exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights", *Health and Human Rights : An International Journal*, Vol. 4 No., 2, 2000, p.82

⁸¹ I. SAIZ, "Bracketing Sexuality: human rights and sexual orientation-a decade of development and denial at the UN", *Health and Human Rights*, Vol.7 No.2, 2004, p.50.

⁸² 7§3 CIPD du Caire « Il faudrait veiller soigneusement à ce que, conformément au but visé, ces politiques et programmes favorisent l'établissement de relations de respect mutuel et équité entre les sexes, et satisfassent particulièrement les besoins des adolescents en matière d'enseignement et de services afin qu'ils apprennent à assumer leur sexualité de façon positive et responsable »

de personnes dont les droits en matière de sexualité n'étaient donc pas directement évoqués dans les documents adoptant une position de « sanction de la violence ». Pourtant, bien qu'elle constitue une avancée indéniable dans la reconnaissance des « *droits sexuels* », relevons que cette approche « positive » de la sexualité du PoA de la CIPD du Caire, reste circonscrite au cadre des droits relatifs à la santé en matière de sexualité.

Une approche positive des « droits sexuels » sortant difficilement du champ de la santé sexuelle et de la reproduction. A Beijing, nous l'avons souligné, la question de la prohibition de la discrimination fondée sur l'identité de genre a été vivement discutée. Pourtant, en dépit de l'ambiguïté soulevée par le §96, il semble que la sexualité de la personne soit encore essentiellement abordée du point de la santé (pourquoi, autrement, directement apposé les termes « y compris en matière de santé et de procréation » à la proclamation au droit des femmes à être maîtresses de leur sexualité ?). Le §96 proclame « l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne la sexualité et la procréation » d'une manière que certains auteurs ont interprété comme clairement inscrite dans un schéma de relations « hétéro-normées »⁸⁴.

Ainsi, si l'approche de la sexualité à travers les notions de santé sexuelle et de procréation semble à même de protéger de façon positive les droits des personnes en matière de sexualité, il faut relever que la manière dont les instruments onusiens la conçoivent, n'intègre pas clairement tous les aspects relevant de la sexualité humaine. Or, comme le relève A.MILLER⁸⁵: « *the linkage of sexuality to health (...) [can be] inadequate and dangerous in that the desire to view sex as a 'healthy' practice can easily slide into a medicalization of all aspects of sexuality and/or a move to use health as a category that excludes non-normative practices as unhealthy or perverted*⁸⁶. *An autonomous sexual rights approach, on the hand, will of necessity develop the concept of sexual health, both mental and physical* ».

Des questions encore en suspens. Pour conclure, nous pouvons donc relever avec O.PHILLIPS⁸⁷ que : « *By marginalising that sex which is not reproductive, this approach successfully engages those (...) who would rather not countenance discussion of (« illegitimate ») sex as pleasure, and so presents a key methods of building a broader-based consensus. But it simultaneously fails to address the rights of those whose sexual behaviour does not fit within a reproductive paradigm, who do not fit the chaste model of the innocent victim, and who are often most vulnerable to sexual exploitation and discrimination* »

Ainsi, s'il est indéniable que la sexualité a été reconnue comme une dimension essentielle de la personne humaine, la reconnaissance formelle de ce principe est loin de couvrir tous les aspects de la définition de la sexualité que nous avons donnée en introduction. Il s'agit essentiellement de progrès en faveur des droits des femmes, dont on doit certainement l'existence aux différents mouvements féministes intégrés au système onusien depuis San Francisco et

⁸³ 7§3 CIPD du Caire «Les personnes âgées des deux sexes ont des besoins spécifiques dans le domaine de la santé en matière de reproduction qui, souvent, ne sont pas pris en compte d'une manière adéquate. »

⁸⁴R. PARKER, «Sexual Rights: concepts and action», *Op. Cit.*, p.34. ; R. PETCHESKY, « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuelles dix ans après Beijing », *Op. Cit.*, p.334.

« La seule forme de langage possible en 1995 se heurtait au limite nette d'un cadre explicitement hétérosexuel, avec l'accent mis sur la protection contre la violence davantage que sur « l'affirmation du plaisir » et sur la responsabilité plus que sur la liberté.»; D.OTTO, «Lesbians? Not in my Country : Sexual Orientation at Beijing World Conference on Women», *Alternative Law Journal*, 1995, pp. 288-90.

⁸⁵ A. MILLER, «Sexual but not reproductive : exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights», *Health and Human Rights : An International Journal*, Vol. 4 No., 2, 2000, p.88.

⁸⁶ Voir l'arrêt de la Cour.EDH sur le sado-masochisme *Laskey, Jaggard and Brown c/ Royaume-Uni* (1997).

⁸⁷ O. PHILLIPS, «A brief introduction to the relationship between sexuality and rights», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2005, §461-462.

l'adoption de la Charte des Nations Unies⁸⁸. Les mouvements de défense des LGBTQ ayant commencé à bénéficier d'une reconnaissance politique à l'occasion des différentes Conférences Internationales sur la Population et le Développement, n'ont donc pas réussi à faire suffisamment entendre leurs voix. Ce processus a en effet laissé les questions de l'identité sexuelle et de la diversité sexuelle en suspens. De même, l'inclusion de la protection du domaine de la sexualité dans un cadre procréatif conduit à l'exclusion des questions relatives aux travailleurs du sexe. Par conséquent, il semble impossible, dans ce contexte, de proclamer explicitement et formellement l'existence autonome des « *droits sexuels* », pourtant inséparables du développement de la personne. Néanmoins, ces différentes Déclarations ne manquent pas de rappeler dans leurs Préambules, qu'elles s'inscrivent au sein du corpus du DIDH existant et universellement reconnu.

Par conséquent, en s'appuyant sur le déroulement du processus d'intégration, au sein du système onusien, d'un droit « *à mener une vie sexuelle satisfaisante* » tout en étant maître(sse) de sa sexualité⁸⁹, on pourrait se poser la question de savoir si la reconnaissance partielle de droits en matière de sexualité alliée à une proclamation dans des textes cherchant à améliorer et réfléchir à une mise en œuvre effective des droits humains, ne constituerait pas, en fait, que la première étape d'un parcours visant une affirmation explicite et universelle des « *droits sexuels* » inhérents à la personne humaine. Pour comprendre ces jonctions entre *sexualité* et *droits humains*, il s'agit donc de s'intéresser aux effets de cette émergence d'une normalisation des « *droits sexuels* » universelle mais restant incomplète et implicite (B).

⁸⁸ F. GASPARD, « L'ONU et les Droits des Femmes », *L'Observateur des Nations Unies*, Nos 20 & 21, 2006, pp.285-297.

⁸⁹ Droit qui tel qu'il est admis, rappelons-le, ne semble pas s'appliquer à toutes les personnes, dans toutes les situations.

B. L'articulation entre une acception partielle des « droits sexuels » et leur proclamation dans le cadre de garanties du DIDH

Notre description sommaire des différents moyens d'aborder la protection du domaine de la sexualité met en avant la nécessité à la reconnaître comme l'un des éléments constitutifs et déterminants de la personne humaine. Pour cela, il faudrait une définition *officielle* et claire du champ de la sexualité de la personne et des « *droits sexuels* ». Cette ambiguïté, nous l'avons mentionnée, résulte des difficultés qu'il y a eu à trouver un compromis quant aux formes de protection possibles dans ce domaine à la portée éminemment politique.

D'un point de vue plus juridique, on peut également s'interroger sur le fait de savoir si l'absence de référence formelle aux « *droits sexuels* » ne résulterait pas d'une appréhension à créer une nouvelle catégorie de droits au sein du corpus des droits humains et donc des obligations nouvelles pour les Etats.

Comme le relève A.MILLER⁹⁰ : « *The strategic implications of proclaiming a « new right » versus arguing the application of existing rights to newly emerging facts are vast and contentious. One of the critical issues must be the ability of the existing frame to respond to the new claim or claimant while remaining consistent with its principle of development* ».

Il s'agirait de savoir si les revendications portées par les mouvements de femmes, et dans une moindre mesure par les organisations de défense des droits des LGBT et d'autres, lors des conférences des années 90, sont susceptibles de trouver la protection formelle « appropriée » au sein du corpus de DIDH existant ou si cette apparition d'une protection des questions liées à la sexualité n'est que le début d'un processus de création d'une nouvelle catégorie de droits.

Pour répondre à cette question et pour saisir la portée de la protection onusienne accordée aux « *droits sexuels* », il faudra interroger la valeur des textes dans lesquels l'existence de droits en matière de sexualité est affirmée positivement (1) et voir l'influence de cette reconnaissance partielle sur le travail des organes onusiens susceptibles de s'intéresser à la question (2) ; ceci pour mieux comprendre le type d'obligations qui en résulte pour les Etats (3).

⁹⁰ A. MILLER, "Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights", *Op. Cit.* (note 21) P.99.

1- Une reconnaissance dans des textes de *soft law* fondée sur des principes de *hard law*

Faut-il déduire du défaut de reconnaissance des « *droits sexuels positifs* » dans un cadre juridiquement contraignant, l'absence d'obligations pour les Etats ? Dans cette partie, il s'agira de voir si le défaut de reconnaissance des « *droits sexuels positifs* » au sein d'instruments internationaux contraignants nie toute portée obligatoire au principe de nécessité de leur respect.

a. La valeur juridique du cadre formel de protection des « *droits sexuels* »

Tandis que les *Conférences de Vienne* ou de *Beijing* ont débouché sur des Déclarations et Programme d'Action (PoA) dotés de recommandations, la *Conférence du Caire* a simplement engendré un PoA.

Déclarations et Recommandations dans le langage onusien. Les termes *déclaration* et *recommandation* font référence à des notions précises dans le vocabulaire onusien. Une déclaration est un instrument formel et solennel, affirmant des principes de valeur capitale ; il est donc attendu des Etats membres qu'ils respectent au maximum les principes énoncés. Sa proclamation, en ce qu'elle constitue un évènement particulier revêt donc un caractère éminemment symbolique. Une recommandation est moins formelle. En dehors de cette distinction, il n'y a aucune différence entre une déclaration et une recommandation. Les déclarations et les recommandations sont donc des textes universellement applicables énonçant des principes généraux ou des normes générales. Alors qu'une convention juridiquement contraignante restera de faible portée si peu d'Etat la ratifie, une déclaration solennelle de l'Assemblée Générale demeurera un texte fondamental de référence pour les organisations internationales et les Etats. Il y a là, en quelque sorte, une « tentative de création du droit international par imprégnation »⁹¹. De plus, une déclaration adoptée à une forte majorité et faisant l'objet d'un large consensus de la part de la communauté internationale, peut se révéler être un moyen de pression pour un ensemble d'Etats sur un autre et « donner naissance à une coutume internationale à condition qu'elle reçoive une application générale dénuée d'ambiguïté »⁹².

Ainsi, les instruments majeurs proclamant la sexualité en tant que dimension essentielle de la personne humaine, ne sont pas directement contraignants pour les Etats. Comme toutes déclarations ou recommandations, ils auront « besoin de mûrir pour devenir obligatoires pour les Etats et exigibles par les particuliers »⁹³.

Le caractère obligatoire des documents de Vienne, du Caire et de Beijing. Rappelons quelques points importants. D'abord, si les *Déclarations de Vienne, de Beijing* et les *recommandations du Caire*⁹⁴ restent des instruments de *soft law*, les principes qui y sont proclamés n'en sont pas moins moralement et politiquement contraignants. Comme le rappelle M. SHAW « *'Soft law' is not law. That needs to be emphasised, but a document, for example, does not need to constitute a binding treaty before it can exercise an influence in international*

⁹¹ I.O BOKATOLA, « Le droit international des droits de l'homme. Conception-Elaboration- Aboutissement », *Association Mondiale pour l'Ecole Instrument de Paix*, 2001, <http://www.eip-cifedhop.org/publications/boka/boka1.html>

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Bien qu'adopté par 179 Etats, le document du Caire a emporté moins d'adhésion que ceux de Vienne et Beijing- il suffit pour vérifier ce fait de se rapporter aux différentes réserves et déclarations émises par les Etats.

politics »⁹⁵. A cet égard, un Etat qui manifeste son « hostilité » à certaines dispositions d'un de ces instruments non obligatoires, se doit de motiver sa décision.

Instruments dotés de mécanismes de contrôle. Ensuite, notons que les instruments auxquels nous nous référons sont tous dotés de mécanismes de contrôle permettant l'appréciation des progrès accomplis dans l'application des principes proclamés ou de signaler les insuffisances ou faiblesses dans leur mise en œuvre⁹⁶.

Enfin, si les instruments renvoyant expressément à la sexualité (sans pour autant reconnaître explicitement le cadre des « *droits sexuels* ») ne sont pas en tant que tels juridiquement contraignant, les principes qui y sont énoncés se basent, eux, sur des instruments protecteurs des droits humains universellement reconnus.

b. Les « *droits sexuels* » : des droits s'intégrant au cadre des droits fondamentaux universellement reconnus

S'ils n'admettent pas la définition des « *droits sexuels* » sur laquelle l'OMS se base dans son travail, les *documents* du *Caire* et de *Beijing*⁹⁷ reposent néanmoins sur la même base légale. En effet ils ne manquent pas de rappeler leur attachement aux instruments du DIDH existants⁹⁸.

Rappel de la définition de l'OMS. Or, rappelons-le, la définition de travail reconnue par l'OMS dispose également que les « *droits sexuels* » « font partie des droits de la personne qui sont d'ores et déjà reconnus dans les lois nationales, les documents internationaux relatifs aux droits de la personne et d'autres documents adoptés par consensus ».

Elle ajoute ensuite :

« Ils incluent le droit de tous d'accéder, sans être en butte à la coercition, à la discrimination ou à la violence, 1- à la meilleure santé possible en matière de sexualité, y compris l'accès à des services de santé sexuelle et génésique, 2- à chercher, à recevoir et à diffuser des informations en matière de sexualité, 3- à l'éducation sexuelle, 4- au respect de l'intégrité de leur corps, 5- à choisir leur partenaire, 6- à décider d'avoir une vie sexuelle active ou non, 7- à des rapports sexuels librement consentis, 8- à un mariage librement consenti, 9- à décider d'avoir ou non des enfants et à choisir le moment de leur naissance et 10- à rechercher une vie sexuelle satisfaisante, sûre et agréable »⁹⁹.

⁹⁵ M. N SHAW, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, p. 111.

⁹⁶ -Pour la Déclaration et le PoA de Vienne : § E. *Méthodes de mise en oeuvre et de surveillance* [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Fr)

- Pour le Programme d'Action du Caire : Chapitre XVI- *Suivi de la conférence*, http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/566_filename_finalreport_icpd_fre.pdf

- Pour la Déclaration et le PoA de Beijing : Chapitre V- *Mise en place de structures* (l'ECOSOC sera chargé du suivi) <http://www.aidh.org/Femme/Images/decla-pekin.pdf>

⁹⁷ Bien qu'il existe d'autres textes de référence, ces deux documents sont à la base d'une définition internationale de la protection de la sexualité de la personne.

⁹⁸ Pour le document du Caire voir §1.15 « *La Conférence internationale sur la population et le développement ne crée pas de nouvel instrument international concernant les droits de l'homme, elle réaffirme cependant que les normes relatives aux droits de l'homme universellement reconnues s'appliquent à tous les aspects des programmes en matière de population.* ».

Pour la Déclaration de Beijing voir le §8 « *Nous réaffirmons notre engagement de réaliser l'égalité des droits et la dignité intrinsèque des hommes et des femmes et atteindre les autres objectifs et adhérer aux principes consacrés dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* ».

⁹⁹<http://www.un-instraw.org/fr/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76#Sexual>

Tous ces points peuvent aisément être rattachés aux droits et valeurs proclamés par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), dont le caractère obligatoire est porté par les Pactes Internationaux de 1966 sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels et par d'autres conventions internationales et régionales.

Les sources fondamentales des « droits sexuels ». Par exemple, l'article 25 de la DUDH garantissant à toute personne « le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être » peut très bien être interprété comme impliquant un droit à la santé sexuelle.

Le droit à l'éducation de l'article 26 visant « le plein épanouissement de la personnalité humaine » inclut le « droit à chercher, à recevoir et à diffuser des informations en matière de sexualité ».

A l'article 19, le droit pour tout individu à « la liberté d'opinion et d'expression », impliquant « le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit » vient protéger le droit à choisir son partenaire et par extension à exprimer sa sexualité et son orientation sexuelle.

L'article 16 énonçant le « droit de se marier et de fonder une famille » et insistant sur le caractère libre et pleinement consenti de la vie familiale ainsi que sur la protection due à la famille par la société et l'Etat peut être lu comme s'élevant contre toutes formes de coercition au sein de la vie familiale, incluant les grossesses et mariage forcés ou l'hétérosexualité imposée.

De même, la protection contre la discrimination comme élément fondamental du DIDH, ainsi que le droit à l'égalité, le respect et la justice, sont affirmés à l'article 7 de la DUDH qui dispose que « tous sont égaux devant la loi (...) et ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ». Ces principes peuvent, entre autres, protéger le droit de choisir son partenaire.

La protection contre la torture et l'affirmation du droit à la « vie, la liberté et la sûreté de la personne » (Art. 3 et 4 DUDH) couvrent le droit au respect de l'intégrité corporelle.

Les droits à choisir son partenaire, à décider d'avoir une vie sexuelle active ou non, à des rapports sexuels librement consentis se déduisent de l'art. 12 de la Déclaration relatif à la vie privée et familiale.

Le droit à rechercher une vie sexuelle satisfaisante, sûre et agréable sans être en butte à la coercition, à la discrimination ou à la violence peut très bien être un élément constitutif de la promesse tirée de l'art. 28 DUDH selon laquelle « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ».

Les droits énoncés dans la définition de l'OMS peuvent également être considérés comme dépendant de la notion essentielle de dignité humaine proclamée dans le Préambule et à l'article 1^{er} de la DUDH « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

Autrement dit, tous les traités incluant des droits tels que le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté des personnes, ou encore le droit de bénéficier des progrès de la médecine, le droit à la

liberté d'expression, le droit de chercher, recevoir et transmettre l'information, le droit de se marier et fonder une famille, le droit à la vie privée, le droit de bénéficier du meilleur état de santé, etc. relèvent directement des questions du contrôle des personnes sur leur propre sexualité. Néanmoins aucun des traités se référant à ces droits, n'incluent une définition des «*droits sexuels*», ni, en ce qu'ils ne se réfèrent qu'à la notion de sexe¹⁰⁰, ne traite directement de la sexualité¹⁰¹.

Des droits concrétisant le langage de l'indivisibilité des droits humains. Ainsi, en plus d'être facilement connectés (ou « connectables ») au corpus du DIDH existant, soulignons que les droits en matière de sexualité, répondent au principe d'indivisibilité des droits humains. En effet, dépassant la vision générationnelle dont ces droits font habituellement l'objet¹⁰², l'énumération que nous venons d'effectuer accompagnée des références à la DUDH, met en évidence à quel point la sexualité touche à tous les éléments permettant à la personne de s'accomplir. En ce sens, les « *droits sexuels* » ne viennent pas en tant que tels constituer une nouvelle catégorie de droits humains, mais doivent plutôt être perçus comme une nouvelle manière d'interpréter et de penser le cadre des droits humains existant¹⁰³.

Des droits connexes à toutes les catégories de droits humains. En effet, si l'on suit la logique adoptée par B. MARQUES-PEREIRA et F. RAES¹⁰⁴ pour les droits reproductifs, considérés dans ce papier comme intégrés au cadre plus général des droits en matière de sexualité, les « *droits sexuels* » sont tant connexes aux droits politiques, qu'aux droits civils ou droits sociaux. *Connexes aux droits politiques*, car ils sont liés aux luttes de mouvement pour la défense des droits des femmes ou des personnes LGBTQ. Il s'agit donc de « nouveaux sujets politiques luttant et négociant pour la reconnaissance d'une identité collective basée sur la visibilité des rapports sociaux de sexe »¹⁰⁵. *Connexes aux droits civils*, car ces droits dépendent de « la capacité de l'individu à disposer de lui-même, ce qui représente dans ce cas-ci la possibilité de dépasser les déterminations du corps »¹⁰⁶. *Connexes aux droits sociaux*, car la liberté reproductive, ou l'éducation sexuelle par exemple sont liées aux politiques de santé publique.

En somme, si le langage des « *droits sexuels* » peut sembler nouveau, ses fondements conceptuels, eux ne le sont pas. De plus, ces droits sont en adéquation avec le caractère indivisible des droits fondamentaux. A cet égard, nous venons de le voir, le pluriel de l'expression « *droits sexuels* » suggère bien que la jouissance et l'expression de la sexualité ne pourront être garantis que si l'on fait référence aux différents cadres juridiques existant (les droits civils politiques mais aussi les droits économiques, sociaux et culturels voire les droits

¹⁰⁰ Or, le sexe, rappelons-le, n'intègre pas réellement la notion de genre.

¹⁰¹ Pour une mise en perspective approfondie des liaisons existant entre le corpus de droits humains et la protection de la sexualité de la personne, voir IPPF, *Charter on Sexual and Reproductive Rights and Guidelines*, Londres, IPPF 1996.

<http://www.ippf.org/NR/rdonlyres/A6184E55-6F1F-4E9F-9C52-DA3EBB2E21AB/0/charterguidelines.pdf>

¹⁰² « Selon la terminologie de l'ONU, les droits de la première génération sont les droits civils et politiques, ceux de la deuxième, les droits sociaux, économiques et culturels, ceux de la troisième génération, le droit à la paix, au développement et à un environnement sain, ceux de la quatrième génération, le droit des peuples. »

B. MARQUES-PEREIRA & F. RAES, « Les droits reproductifs comme droits humains : une perspective internationale », in M-T. COENEN (sous la direction de), *Corps de femmes. Sexualité et contrôle social*. Ed. De Boeck Université, 2002 p.26.

¹⁰³ Il s'agit de l'admettre comme concept intégrant qui permettrait que l'on reconnaisse toutes les dimensions liées à la sexualité humaine dans un seul et même instrument et non pas de façon fragmentaire.

¹⁰⁴ MARQUES-PEREIRA, *Op. Cit.*, p.27.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

de solidarité - comme le droit au développement)¹⁰⁷. En ce sens et pour exemple, l'égalité légale, le droit à la vie privée et familiale et la liberté d'information ne suffiront pas à assurer la diversité sexuelle en l'absence de la capacité économique à vivre indépendamment de la structure familiale ou d'une éducation permettant la compréhension de ce qu'induit la diversité sexuelle. C'est donc en toute logique que différents organes de contrôle de l'application des traités ont pu faire appel à une reconnaissance affirmée des « *droits sexuels* ».

2- La défense du cadre des « *droits sexuels* » comme moyen d'une protection cohérente des droits fondamentaux relatifs à la sexualité

Nombre d'organes de contrôle des traités onusiens¹⁰⁸ ont affirmé la nécessité qu'il y avait à lier la protection de la sexualité humaine aux exigences du DIDH. Dans cette perspective certains sont même allés jusqu'à plaider en faveur d'une reconnaissance particulière de la spécificité des questions relatives à la sexualité : en somme, ils défendent la mise en œuvre du cadre des « *droits sexuels* ».

a. L'affirmation des « *droits sexuels* » : la prochaine étape de la lutte en faveur des droits des femmes

*L'autonomie sexuelle des femmes nécessite l'affirmation des « *droits sexuels* ».* L'ancienne *Rapporteuse Spéciale de la Violence contre les Femmes à l'ONU*, R. COOMARASWAMY¹⁰⁹, a fait une analyse approfondie du lien existant entre contrôle de la sexualité féminine et les violences faites aux femmes. Son rapport a conduit à une affirmation pionnière du droit des femmes à l'autonomie sexuelle. Comme elle le fait remarquer c'est « en reconnaissant l'autonomie de la femme en matière de sexualité et de procréation plutôt qu'en protégeant la pureté sexuelle de la femme que l'on peut s'attaquer aux racines de la violence sexiste. L'articulation des droits sexuels est pour le mouvement féministe la dernière conquête à mettre à son actif »¹¹⁰.

*Un travail sur l'intersectorialité des divers types discriminations contre les femmes nécessite une référence aux « *droits sexuels* ».* Sa remplaçante, Y. ERTURK de Turquie, l'actuelle *Rapporteuse Spéciale sur la Violence contre les Femmes à l'ONU*, a poussé plus avant la recherche sur les intersectorialités entre sexualité des femmes et violence contre les femmes dans son rapport à l'ancienne *Commission des Droits de l'Homme des Nations unies* en 2004¹¹¹.

¹⁰⁷ Pour une critique relative à l'existence des droits de troisième génération voir Sudre, « *Les pseudo-droits de solidarité* », in *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 2005, p.101.

¹⁰⁸ Pour des raisons de temps et d'espace, il ne s'agira pas d'effectuer une étude approfondie de tous les rapports et de toutes les décisions rendus par ces organes. Nous nous attacherons à ne donner qu'un aperçu des évolutions les plus flagrantes que le langage initié à Vienne, au Caire et à Beijing a pu provoquer en matière de protection des « *droits sexuels* ».

¹⁰⁹ R. COOMARASWAMY, *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes*, Conseil Economique et Social de l'ONU, rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations unies chargée de la question de la violence contre les femmes, E/CN.4/2003/75, 2003.

¹¹⁰ *Ibid.* §65.

¹¹¹ Y. ERTURK, « *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes. Vers une application effective des normes internationales visant à faire cesser la violence à l'encontre des femmes* », Conseil Economique et Social de l'ONU, Rapport du rapporteur spécial sur la violence contre les femmes, E/CN.4/2004/66, 2004, §71-73.

Autres développements. Notons en outre, que le Statut de Rome (en vigueur depuis 2002) et la jurisprudence des Tribunaux Pénaux Internationaux¹¹² intègrent désormais les violences sexuelles au rang des crimes les plus graves en situation de conflit armé. De même, le Conseil de Sécurité, en adoptant en juin 2008 une résolution sur la fin des violences sexuelles¹¹³ dans les conflits armés, semble avoir formellement admis les dimensions sexuelles attachées aux conflits armés.

b. Etat des lieux de la protection des droits des personnes LGBTQ¹¹⁴

La question de la protection des droits en matière de sexualité, touche également aux problèmes connus par les personnes LGBTQ. Contrairement aux femmes qui bénéficient d'un texte contraignant protégeant les spécificités de leur situation et pour lesquelles les conférences de Vienne, du Caire et de Pékin ont beaucoup contribué, les droits des personnes LGBTQ ne sont qu'indirectement protégés.

Relations homosexuelles et vie privée. En 1994, dans l'affaire *Toonen*¹¹⁵ contre l'Australie, le Comité des Droits de l'Homme (CDH) a estimé que l'interdiction des relations sexuelles entre personnes de même sexe était une violation du droit à la vie privée et qu'il y avait eu dans cette affaire violation de l'article 17 du Pacte International relatifs aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) relatif à la vie privée. Le Comité a interprété l'interdiction de la discrimination pour des raisons fondées sur le « sexe » comme intégrant l'orientation sexuelle.

Orientation sexuelle et non discrimination. De plus le Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels (CDESC) a publié un Commentaire Général établissant l'interdiction par le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, de la discrimination pour des motifs d'orientation sexuelle¹¹⁶.

Orientation sexuelle et droit à la vie. La Rapporteuse Spéciale sur les Exécutions Extrajudiciaires, Sommaires ou Arbitraires¹¹⁷, A. JAHANGI, fut la première rapporteure à inclure des cas individuels de violation des droits humains de minorités sexuelles dans ses rapports à la CDH. Elle a condamné les meurtres des minorités sexuelles, soutenus et tolérés par les Etats, les menaces contre les défenseurs du droit à l'orientation sexuelle, et l'application de la peine de mort pour des relations sexuelles avec consentement.

Orientation sexuelle, identité de genre et interdiction de la torture. Le Rapporteur Spécial sur la Torture, Sir N. RODLEY¹¹⁸, a considéré que la violence sexuelle, les peines cruelles,

¹¹² Statut de Rome, UN.Doc. A/ CONF. 183/ 9, 1998. (Art. 7.g) Voir par exemple Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie, *Le procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, No. IT-96-23, 22 Février 2001.

¹¹³ ONU, Résolution 1820, Conseil de Sécurité, S/RES/1820, 2008.

¹¹⁴ Pour une analyse détaillée sur la question, Voir le travail de la Commission Internationale des Juristes qui en 2005 a compilé dans un unique document les différentes décisions, recommandations et commentaires des organes de surveillance des traités et de procédures spéciales de l'ancienne Commission des Droits de l'Homme. COMMISSION INTERNATIONALE DES JURISTES, *Références aux violations des droits de l'Homme en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans le système international de protection des droits de l'Homme*, Genève, 2005. http://www.icj.org/news.php?id_article=3726&lang=fr#nb1

¹¹⁵ Communication No. 488/1992: Australie, CCPR/C/50/D/488/1992, *Nicholas Toonen c. Australie*, 4 avril 1994.

¹¹⁶ COMITE DES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX (CDESC), Rapport des 28^{ème} et 39^{ème} sessions, Supp. No. 2, au n° 125, UN Doc. E/2003/22. 2002, §262, §285, §346, Annexe IV §13.

¹¹⁷ A. JAHANGI, *Droits civils et politiques. Les questions concernant les disparitions et les exécutions sommaires*, Conseil économique et social de l'ONU, Rapport du rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires, UN.Doc E/CN.4/2001/9, 2001, §48, §50, §118.

¹¹⁸ Sir N. RODLEY, *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Assemblée Générale, Rapport du Rapporteur spécial sur torture, UN.Doc. A/56/156, 2001, §17-25.

inhumaines et dégradantes infligées pour relations homosexuelles consenties ou comportements transgenres, ainsi que les mauvais traitements dans les prisons, les institutions médicales d'Etat et les forces armées, de ceux qu'ils nomment « minorités sexuelles », constituaient des formes de torture. Dans la même perspective, la *Représentante spéciale du Secrétaire général pour la question des défenseurs des droits de l'Homme*, a relevé que « les défenseurs des droits de certains groupes courent de plus grands risques du fait que, par leur action, ils contestent les structures sociales, les pratiques traditionnelles et les interprétations de préceptes religieux qui ont pu servir pendant de longues périodes à cautionner et justifier la violation des droits de l'homme de membres de ces groupes. Les groupes qui s'occupent des questions de sexualité, en particulier de l'orientation sexuelle, sont particulièrement importants. Ils sont souvent très vulnérables devant les préjugés, la marginalisation et le rejet social, véhiculés non seulement par les forces de l'État mais aussi par d'autres acteurs sociaux »¹¹⁹.

Les tentatives d'intégration des questions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre au sein des débats du Conseil des Droits de l'Homme. En Avril 2003, la délégation brésilienne a introduit devant l'ancienne *Commission des Droits Humains* une résolution condamnant la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. Cette résolution fut vivement critiquée par les délégations d'Etats conservateurs musulmans et chrétiens¹²⁰. Ces controverses ont conduit la Commission à repousser de session en session la discussion sur ce sujet. Cependant, s'il a été porté un frein aux débats officiels, la résolution n'en a pas moins déclenché une mobilisation générale du côté de ses défenseurs. Cette mobilisation a permis d'une part l'intégration des organisations de défense des droits des personnes LGBTQ au sein du cercle des organisations non gouvernementales accréditées par l'ECOSOC (en 2006-2007 seulement¹²¹) mais surtout, elle a pu donner lieu à l'élaboration des principes de Yogyakarta¹²².

Les principes de Yogyakarta : vers une reconnaissance affirmée des droits des personnes LGBTQ ? Il s'agit d'une série principes élaborés par un groupe d'experts internationaux, relatifs à l'application du DIDH en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. L'objectif principal attaché à l'élaboration de ce texte était de venir clarifier, ce qui jusqu'à présent ne constituait qu'une « réponse internationale [...] fragmentée et inconsistante¹²³ » aux problèmes rencontrés par les personnes LGBTQ ; d'où « la nécessité d'une compréhension cohérente de l'ensemble du régime de droit international en matière de droits de l'homme et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre »¹²⁴. Ces principes ont été présentés devant le Conseil des Droits de l'Homme en mars 2007 et ont reçu le soutien officiel de 54 pays.

Puisque ces Principes ont été élaborés en réponse à une protection fragmentée des droits des personnes LGBTQ, on peut se demander si la reconnaissance du concept de « *droits sexuels* » n'aurait pas facilité l'affirmation des droits de ses personnes.

¹¹⁹H. JILANI, *Promotion et protection des Droits de l'Homme : défenseurs des droits de l'Homme*, Conseil Economique et Social, UN.Doc. E/CN.4/2001/94, 2001, par. 89 g).

¹²⁰ P. ILKKARACAN & S. JOLLY, *Genre et Sexualité- Panorama*, Document BRIDGE (Gender&Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007 ; A.E. OBANDO, A.OBANDO, *Droits sexuels et Commission des droits humains*, WHRnet, Mai 2004 (<http://www.whrnet.org/>).

¹²¹ Pour un historique sur l'intégration des organisations de défense des droits des LGBTQ au sein des instances onusiennes voir le site de l'International Lesbian and Gay Association (<http://www.ilga.org/>)

¹²² <http://www.yogyakartaprinciples.org/index.php?lang=FR>

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

c. La nécessité de détacher la notion de « *droits sexuels* » du cadre de la santé sexuelle

Le *Rapporteur Spécial sur le Droit à la Santé*, P.HUNT, a mis un accent particulier sur la santé sexuelle et reproductive et porté une attention spéciale aux questions d'orientation et de santé sexuelles tout en plaidant en faveur d'une plus grande attention aux « *droits sexuels* ».

Les « *droits sexuels* » sont des droits humains. Dans son rapport de 2004¹²⁵, il relève que « la sexualité est propre à chaque être humain. Elle constitue un aspect fondamental de l'identité de tout individu. » (§54). Pour lui, « une bonne compréhension des principes fondamentaux en matière de droits de l'Homme ainsi que des normes existant dans ce domaine conduit inévitablement à reconnaître les « *droits sexuels* » comme étant des droits de l'Homme. Les « *droits sexuels* » comprennent le droit qu'a toute personne d'exprimer son orientation sexuelle, tout en respectant le bien-être et les droits d'autrui, sans crainte de persécution, de privation de liberté ou d'ingérence de la part de la société » (§54).

Le besoin d'autonomiser le concept de « *droits sexuels* ». Il insiste en outre sur la nécessité de s'attacher « à développer une meilleure compréhension de la santé sexuelle, des « *droits sexuels* », de la santé en matière de procréation et des droits liés à la procréation. [Ainsi] il est nécessaire de mieux cerner ce que recouvrent les notions de « *droits sexuels* », de droit à la santé sexuelle et de droit à la santé reproductive, et de définir les liens qui existent entre ces notions. De nombreuses formes de sexualité n'ayant pas la procréation pour finalité, il est erroné de classer les « *droits sexuels* », y compris le droit à la santé sexuelle, dans la catégorie des droits liés à la procréation et à la santé reproductive » (§55). Pour lui, les droits à la santé en matière de sexualité et de procréation, doivent être « replacés dans le contexte (plus large) des droits de l'Homme, qui incluent les « *droits sexuels* » » (§55).

Il semble donc qu'il y ait un véritable appel en faveur de la reconnaissance du cadre des « *droits sexuels* ». Cela répondrait à des besoins d'ordre pratique puisqu'il s'agirait de reconnaître la spécificité des questions sexuelles que ce soit pour la protection d'un groupe d'individus ou pour la protection d'une dimension particulière de l'être humain. De sorte qu'il s'agit désormais de s'interroger sur les implications de l'intégration du concept de « *droits sexuels* » au sein du DIDH et notamment sur ses effets en termes d'obligations pour les Etats.
(3)

3. Le paradigme des droits humains : un modèle nécessaire à l'optimisation de la protection des droits en matière de sexualité

Parler de paradigme des droits humains, c'est faire référence à la manière de penser la protection des droits des individus. De sorte qu'ériger le concept de « *droits sexuels* » au rang de « *droits humains* » implique de les faire bénéficier d'un cadre protecteur permettant aux individus d'exiger le respect d'obligations particulières.

Pour mieux comprendre de quel ordre relève la protection des « *droits sexuels* », rappelons que les droits en matière de sexualité concernent les droits des personnes à :

- « - décider librement et de manière responsable de tous les aspects de leur sexualité, y compris la protection de leur santé sexuelle et reproductive ;
- ne subir aucune discrimination, coercition ou violence dans leur vie sexuelle ;

¹²⁵ ONU. P. HUNT, *Le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint*, Conseil Economique et Social, UN. Doc E/CN.4/2004/49, 2004.

- exiger l'égalité, le plein consentement, le respect mutuel, le respect de l'intégrité physique et la responsabilité partagée dans les relations sexuelles »¹²⁶.

Ainsi, s'agira-t-il de s'interroger, d'une part sur la nature de ces obligations ; d'autre part sur la traduction de ces obligations en matière de protection des « *droits sexuels* ».

a. La particularité du modèle des obligations étatiques en matière de droits humains

Utiliser une approche fondée sur les droits humains (*human rights-based approach*¹²⁷) pour protéger la sexualité de l'individu relève d'une stratégie qui permet plus facilement d'en appeler à la responsabilité des Etats.

De la revendication au droit. En effet, conceptualiser un droit en tant que droit humain implique que sa négation ou sa violation emporte immédiatement une reconnaissance de la responsabilité internationale et étatique. Lorsque des revendications sociales sont élevées au rang de droits, leur reconnaissance légale requiert des réponses nationales et internationales, mettant ainsi en avant leur caractère fondamental et prioritaire pour la personne. Le cadre des droits humains ne crée donc pas seulement des droits pour leurs bénéficiaires mais crée aussi des devoirs à l'égard des Etats. Ceux-ci doivent assurer que ces bénéficiaires puissent jouir des droits dont ils sont les détenteurs.

La reconnaissance d'un droit suppose de développer les outils nécessaires à son respect. Des actes de nature législative, administrative, politique, etc. sont donc exigées et exigibles pour la mise en œuvre des droits humains. Et, si ces actes venaient à violer ou échouer à appuyer la réalisation de ces droits, ils seraient contraires aux obligations inhérentes au système de protection des droits de la personne.

Quelle est la nature des obligations de l'Etat ? La Charte des Nations Unies en utilisant un langage déclaratoire¹²⁸ rappelle que les Etats ont l'obligation de promouvoir et respecter « les droits fondamentaux de l'Homme ». Bien entendu, il s'agit d'un énoncé général qui n'indique ni le contenu de ces droits ni la manière dont ils doivent être mis en œuvre.

La compréhension traditionnelle des obligations étatiques. Il est d'usage de distinguer les obligations des Etats imposées par les droits civils et politiques qui doivent être « garantis » et celles imposées par les droits économiques et sociaux qui doivent être « reconnus » et réalisés progressivement. L'argument de l'existence d'une hiérarchie entre ces droits est également parfois avancé : les droits civils et politiques seraient plus importants que les autres, garantis et immédiatement réalisables. Dans cette logique, les « autres droits » (sociaux, éco et cult) ne peuvent être mis en œuvre qu'au moment où les ressources nécessaires à leur réalisation existeront. Les droits civils et politiques sont alors considérés comme des « droits durs » (*hard rights*¹²⁹), opposables et imposant aux Etats des *obligations négatives* de reconnaissance, de protection et de non intervention. Tandis que les droits économiques et sociaux sont considérés

¹²⁶ Définition du PLANNING FAMILIAL LUXEMBOURGEOIS
<http://www.planningfamilial.lu/planning.php?id=28&idp=24>

¹²⁷ S. GOONESEKERE, *Rights-based approach to realizing gender equality*, UN Doc 1998, §5-6 <http://www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm> (« In co-operation with the UN Division for the Advancement of Women. The Division had commissioned the study to serve as background paper for a workshop of gender experts from the United Nations system and from the OECD/DAC Working Party on Gender Equality »).

¹²⁸ Voir le Préambule et l'article 55 de la CHARTE DES NATIONS UNIES

¹²⁹ S. GOONESEKERE, *Op. Cit.*

comme des « droits mous » (*soft rights*¹³⁰), imposant des *obligations positives* à l'égard des Etats qui se doit de les réaliser et de les garantir progressivement via l'allocation de ressources et la mise en place de politiques publiques.

Une vision traditionnelle n'intégrant pas le caractère indivisible des droits humains. Or, cette vision ne semble pas prendre en compte l'indivisibilité et l'interdépendance des droits humains proclamées lors de la *Conférence de Vienne* et qui trouve toute sa pertinence dans l'idée d'une protection des droits de la personne en matière de sexualité. Comme le notent A. ROSAS et M. SCHEININ « *The idea that there is a fundamental and clear difference between [those] categories when it comes to the nature of the relevant rights and obligations is simply misconceived. The distinctions between negative and positive rights, and between individual and collective rights, do not follow [these] categories* »¹³¹.

« ***Respecter, Protéger et Instaurer les droits humains*** » (A.EIDE). Ainsi, doit-on plutôt se baser sur la distinction effectuée par A. EIDE¹³², qui énonce trois types d'obligations incombant aux Etats : « respecter, protéger et instaurer les droits de l'Homme »¹³³. Elles peuvent se résumer ainsi :

- l'obligation de *respecter* exige que les Etats et tous ses organes et agents évitent d'intervenir ou d'entraver l'exercice des droits humains. Ainsi, il s'agit d'une obligation de s'abstenir d'exercer une action qui violerait l'intégrité de l'individu ou enfreindrait sa liberté ;

- l'obligation de *protéger* exige des Etats et ses agents une protection des individus contre les violations des droits humains c'est-à-dire la mise en œuvre de mesures nécessaires à la prévention de ces violations par d'autres individus ou groupes ;

- l'obligation d'*instaurer*¹³⁴, *de donner effet aux droits* exige des Etats de prendre les mesures positives, nécessaires pour faciliter l'exercice des droits fondamentaux de la personne humaine, c'est-à-dire qu'ils doivent « assurer à chaque personne dépendant de leur juridiction l'opportunité d'obtenir la satisfaction des 'besoins', reconnus dans les instruments des droits humains et qui ne peuvent être garantis par l'effort personnel »¹³⁵.

Cette grille d'analyse des obligations de l'Etat a l'avantage de mettre en avant le caractère indivisible et l'interdépendance des droits civils et politiques, et des droits économiques, sociaux et culturels. En ce sens, elle soutient le point de vue selon lequel il existerait une similarité des obligations des Etats dans la mise en œuvre de ces droits. Cette vision est également un moyen essentiel pour la réalisation effective de cette « promesse » que constitue le cadre des droits humains.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ A. ROSAS & M. SCHEININ, "Categories and Beneficiaries of Human Rights", in R. HANSKI et M. SUKSI, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2004, p.53.

¹³² A.EIDE, *The New economic order and the promotion of human rights*, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, UN DOC.E/CN.4/Sub.2/1987.23 §66-69. Il semble que ce concept ait été largement accepté. Voir S.GOONESEKERE, *Rights-based approach to realizing gender equality*, UN Doc 1998 ; P.ALSTON, *Introduction, in Manual Rights reporting*, UN Doc. HR/PUB/91/1 (UNHCR/UNITAR)

¹³³ Il s'agit également de la distinction acceptée par les organes du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, OHCHR <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

¹³⁴ Il s'agit de la traduction officielle de l'ONU des termes « the obligation to fulfill the rights » se trouvant sur le site de l'OCHR (note 126).

¹³⁵ S.GOONESEKERE, *Op. Cit.*, §46. Traduction libre.

b. Quelles conséquences pour le respect des « droits sexuels » ?

En matière de sexualité, appliquer cette vision des obligations étatiques évite de se limiter à la condamnation des violations dont sont victimes les individus et permet de contribuer de façon positive à la création de conditions permettant l'existence de la diversité sexuelle. Il s'agira ici de n'apporter qu'un bref aperçu de ce que cette conception des obligations des Etats peut signifier pour les questions relatives aux « *droits sexuels* »¹³⁶.

L'obligation de respecter appliquée aux « droits sexuels ». Concrètement, l'obligation de *respecter* peut ainsi conduire à l'interdiction de la torture, de la détention et de la discrimination fondée sur l'identité, les pratiques ou l'orientation sexuelle. Elle peut aussi imposer un certain nombre de contraintes à l'Etat concernant la liberté d'expression, de mouvement, d'association ou à la vie privée et familiale ou encore peut avoir des implications en termes d'initiatives sanitaires concernant les maladies sexuellement transmissibles, la reproduction ou la santé mentale¹³⁷. S'agissant de l'identité de genre par exemple, la responsabilité de l'Etat résulterait d'une obligation de respecter cette identité et de la considérer comme un aspect fondamental bien que potentiellement évolutif de tout être humain. Ainsi, lorsque des restrictions sont adoptées dans ce domaine, il s'agit pour l'Etat et ses agents de préserver l'autonomie de la personne et de garantir les choix qu'elle peut faire en matière de sexualité. Le non respect de cette obligation peut amener des Cours comme la Cour.EDH à condamner des actions de l'Etat telles que celles visant à empêcher l'individu d'accéder à l'information nécessaire à l'exercice ses propres choix en matière de santé¹³⁸. Néanmoins, l'Etat ne contreviendra pas à ses obligations, s'il agit de bonne foi et dans le but de préserver les droits des individus. Ainsi, il n'y aura pas violation de respecter le droit à la vie privée si l'Etat interdit aux parents de procéder à des mutilations génitales féminines, l'intérêt de l'enfant l'emporte sur celui des parents. De même, des lois instaurant un âge légal minimum pour se marier viennent protéger les jeunes filles des risques d'une grossesse précoce. Il revient donc aux détenteurs de l'autorité étatique (le législateur, les chargés de l'action exécutive, les chargés de l'action judiciaire) de s'assurer que les politiques mises en place ne viennent pas enfreindre les droits des individus.

L'obligation de protéger appliquée aux « droits sexuels ». L'obligation de *protéger* peut entraîner la responsabilité internationale de l'Etat pour manquement à l'obligation d'assurer un exercice sans entrave des droits des personnes sous sa juridiction et donc à l'obligation de prévenir les violations de ces droits. On peut à cet égard, faire référence à la théorie des obligations positives développée par la Cour. EDH¹³⁹. Ainsi, un Etat peut être condamné « du fait de son ingérence « passive », en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait »¹⁴⁰. Cette ingérence se décline de deux manières : soit que l'abstention de l'Etat constitue en elle-même une atteinte au droit garanti soit qu'elle permet au tiers de s'immiscer dans le droit garanti (on parle alors d'effet horizontal). Cela rejoint également le principe de *diligence voulue* largement utilisé par le Comité pour l'Elimination de la Discrimination à l'Egard des Femmes¹⁴¹. Or, parce que la reconnaissance

¹³⁶ R.COOK & M. FATHALLA, "Duties to implement reproductive rights", *Nordic Journal of International Law*, 1998, p.1-16. Dans cet article les auteures utilisent cette même démarche aux droits reproductifs.

¹³⁷ A. MILLER, "Human Rights and Sexuality: first step toward articulating a rights framework for claims to sexual rights and freedoms", *American Society of International Law*, 1999, p.294.

¹³⁸ Cour.EDH, *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992.

¹³⁹ Cour.EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985 ; *Aydin c. Turquie*, 10 juillet 2001, ou encore *MC c. Bulgarie*, 4 décembre 2003.

¹⁴⁰ F. SUDRE, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Presse Universitaire de France, 7^eed, 2005, p. 237.

¹⁴¹ ONU, Recommandation Générale 19, UN DOC A/47/38, 1992, §19.

des « *droits sexuels* » implique d'importants changements sociaux, leur acceptation et leur mise en œuvre au moyen des instruments actuels de protection des droits humains passera nécessairement par l'utilisation de ces concepts.

L'obligation d'instaurer appliquée au « droits sexuels ». Enfin, l'obligation *d'instaurer* les conditions nécessaires à l'épanouissement des personnes en matière de sexualité inclut l'obligation de mettre à disposition des ressources adéquates en matière de santé publique par exemple. Elles devront permettre aux personnes d'avoir le choix de leur vie sexuelle. Il s'agira aussi de prévoir des ressources (légales, économiques, éducatives, judiciaire, budgétaires, etc.) rendant ce choix possible et empêchant la discrimination ou la violence qu'elles viennent de l'Etat ou des tiers. Pour donner un exemple concret relatif aux droits des femmes, le *document de Beijing* invitent les Etats à « revoir la législation existante, notamment les textes concernant la santé, et au besoin les politiques afin qu'elles reflètent le souci de protéger la santé des femmes et qu'elles correspondent aux nouveaux rôles et aux nouvelles responsabilités des femmes » (§106.b). Elle inclut également des droits à l'information, à la liberté d'expression et d'association requis à l'accomplissement sexuel des personnes et à la diversité sociale.

Cet aperçu sommaire semble montrer que le schéma des obligations des Etats en matière de droits humains peut permettre une protection efficace des droits en matière de sexualité. Toutefois, si l'application de ce modèle d'obligations est nécessaire à la protection des « *droits sexuels* », on peut valablement penser qu'une absence de reconnaissance formelle du cadre des « *droits sexuels* » permettra aux Etats qui ne le souhaiteront pas, de ne pas élargir l'interprétation des droits existants aux droits en matière de sexualité et donc d'étendre le champ des obligations qui leur incombent. C'est à notre avis l'une des raisons qui viendraient justifier qu'au sein du DIDH, tout comme on a pu admettre l' « exception convictionnelle », on reconnaisse l' « exception sexuelle ».

« Tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés¹⁴² ». Nous venons de constater d'une part que les « *droits sexuels* » sont déjà partiellement reconnus par certains instruments du DIDH et pour certains bénéficiaires ; d'autre part qu'ils sont connexes aux grandes catégories déjà existantes. Il en découle leur attachement au caractère indivisible des droits humains. S'ils constituaient eux-mêmes une catégorie dans la typologie couramment admise, leur interdépendance avec les autres droits serait (est !) également indéniable. Se pose alors la question de leur universalité. Leur reconnaissance formelle dans le cadre universel est, nous l'avons vu, loin d'être acquise. De même, la diversité des instruments dans lesquels ils sont implicitement et partiellement consacrés permet de douter de leurs capacités à se détacher d'un type de bénéficiaires et de ce fait nous amène à nous interroger sur la vocation qu'ils auraient à être perçus comme étant les droits de tous les êtres humains. Néanmoins, en tant qu'ils se fondent et interagissent avec des droits dont l'universalité est défendue, on pourrait imaginer que lorsqu'il s'agit de les penser en termes de justiciabilité, l'existence formelle d'un cadre des « *droits sexuels* » ne serait d'aucune utilité concrète. Pourtant de l'application du paradigme des droits humains à la protection de la sexualité de la personne, à la nécessité d'intégrer la catégorie transversale des « *droits sexuels* » au sein du DIDH, il y a une véritable étape à franchir pour que le système universel de protection des droits humains admettent l'existence d'une véritable « exception sexuelle » (II).

ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, A/RES/48/104 1994, §4-c.

¹⁴² Déclaration de Vienne, *Op. Cit.*, UN. Doc. A/CONF.157/23, §5.

II- « L'exception sexuelle »¹⁴³ dans le système de garantie des droits humains

Cela est en partie acquis au niveau universel : la sexualité est une dimension fondamentale de la personne humaine, nécessitant la protection du cadre de garanties offert par le système du DIDH. Les Etats sont, à plusieurs échelles, liés par ce système et par les interprétations qui peuvent être faites des divers droits qui le composent. A cet égard, nous l'avons vu, ils ont une obligation de respecter, protéger et rendre effectifs les droits humains. Or, puisque d'un Etat à l'autre, la « compréhension » de ces obligations peut différer, l'intervention du juge international est incontestablement l'un des meilleurs moyens de rappeler la manière dont ces obligations internationales doivent être interprétées et mises en œuvre. Autre point : il s'agit pour les individus de pouvoir exiger l'application concrète de droits qui ont été proclamés et reconnus à leur intention.

Ainsi après avoir examiné les bases de la protection universelle des droits en matière de sexualité, il s'agit désormais de s'intéresser à la mesure de leur justiciabilité. Etant donné le caractère quasi-judiciaire des organes des Nations Unies, nous nous pencherons donc plutôt sur un système qui en terme d'application « concrète et effective¹⁴⁴ » des droits humains, a pu faire ses preuves¹⁴⁵. La jurisprudence de la Cour.EDH offre en effet un large éventail de décisions, qui bien que n'étant jamais directement affirmées comme relatives au cadre plus général des « droits en matière de sexualité », viennent directement protéger certains aspects de ces droits. Pour ce faire la Cour utilise différents concepts qu'elle entend déduire de l'interprétation des articles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qu'elle protège.

Dans cette perspective il s'agit de revenir sur la manière dont les droits en matière de sexualité sont reconnus et protégés par le juge européen à travers le cadre existant des droits humains (A) pour ensuite interroger les concepts développés par cette jurisprudence et les mettre en perspective avec l'idée que nous défendons de la reconnaissance formelle du cadre « *droits sexuels* » nécessaires au plein respect de la Liberté sexuelle (B).

¹⁴³ D. BORILLO, *Op. Cit.*, p.39.

¹⁴⁴ Un principe que la Cour fait sienne puisque dans un arrêt de 1979, elle a rappelé que « la Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (Cour.EDH *Airey c/ Irlande*, série A, No. 32, 9.10.1979, § 24).

¹⁴⁵ Nous ne reviendrons pas sur le débat relatif à la portée des décisions de la Cour mais nous nous baserons sur le simple fait, que la Cour.EDH constitue avec la Cour Interaméricaine l'un des seuls systèmes de l'ordre international, organisant un contrôle juridictionnel « complet » (le juge européen ayant une compétence obligatoire) de l'application des Conventions par lesquelles elles sont liées.

A- Respecter, Protéger, Instaurer « les droits sexuels ». Une jurisprudence européenne s'équilibrant entre application du modèle et interprétation dynamique

Nous ne pourrions effectuer une étude exhaustive de la jurisprudence européenne relative au domaine de la sexualité¹⁴⁶. C'est pourquoi nous nous attacherons à développer les affaires et les thèmes qui dans l'ordre international restent très discutés : l'atteinte à l'intégrité sexuelle (1), l'orientation sexuelle et l'identité de genre (2), des questions touchant au droit à l'autonomie sexuelle. Il s'agira de voir comment grâce à une interprétation dynamique de la CEDH, la Cour cherche en matière de « *droits sexuels* » à appliquer le schéma d'obligations incombant aux Etats en matière de droits humains.

1- De l'atteinte à l'intégrité sexuelle à la protection de l'autonomie sexuelle : la protection du corps sexuel

La Liberté sexuelle est, entre autres, composée du droit de choisir son partenaire et d'être sexuellement actif ou non, elle est donc « un droit de refuser un rapport sexuel voire tout rapport »¹⁴⁷. Aussi, l'autonomie et le respect de l'intégrité sexuelle attachés à cette liberté dépendent-ils du principe de la liberté du consentement.

« Consentir, c'est en principe empêcher que quelqu'un d'autre décide à notre place ou nous impose une décision nous concernant. Cela revient à exprimer une parole ou une conduite qui dit si nous voulons ou non participer à quelque chose, au point que de ne pas prendre en compte notre consentement signifierait exercer sur nous une violence- qu'elle soit symbolique ou physique importe peu.¹⁴⁸ » Ainsi, le consentement est-il lié à l'autonomie de la personne, notion définie comme « la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme, placée au service de l'épanouissement de la personne¹⁴⁹ ». Or, pour que le consentement soit réellement autonome, il s'agit pour l'Etat d'assurer que l'individu puisse socialement être *à même de* poser ses propres normes. C'est ce que la Cour nous rappelle lorsqu'elle se transforme en « Cour Européenne des Droits de la Femme¹⁵⁰ ». Il s'agira donc d'étudier comment la Cour entend protéger ce « *droit sexuel* » fondamental qu'est l'intégrité du corps.

a. L'intégrité sexuelle composante de la vie privée

Théoriser l'obligation de protéger. L'affaire *X-Y contre Pays-Bas*¹⁵¹ constitue l'un des arrêts phares concernant les obligations positives de l'Etat issue de l'article 8. Une jeune handicapée mentale de 16 ans avait été sexuellement abusée. Or, dans les circonstances de l'espèce ni la

¹⁴⁶ La Cour a en effet traité de questions relative à l'éducation sexuelle (Cour.EDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7.12.1976) ou aux travailleurs du sexe Cour.EDH, (*Tremblay c. France*, 11.12.2007.), etc.

¹⁴⁷ G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », in F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, p. 169.

¹⁴⁸ M. MARZANO & Alain MILON, *Le corps transgressé : du consentement au souci de soi*, in D. BORILLO, D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Presses Universitaires de France, 2005, p.114.

¹⁴⁹ D.ROMAN, « Le corps-a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Receuil Dalloz*, 2005, p.1508.

¹⁵⁰ MARGUENAUD J.P, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la Femme : la question du viol (Cour EDH, Ire section *M. C. c/ Bulgarie*) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2004, p. 364.

¹⁵¹ Cour.EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26.03.1985.

jeune fille ni ses parents n'avaient pu poursuivre pénalement l'auteur du viol en raison de certaines dispositions de la législation néerlandaise les en empêchant¹⁵². La cour constata la violation de l'article 8 dont elle dégagait un *droit à ne pas être abusé(e) sexuellement* et qu'elle interpréta comme entraînant des obligations positives à l'égard des Etats.

Vie sexuelle et vie privée. En effet, selon la Cour, le concept de vie privée « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle. (§22) ». Elle continue en rappelant « que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (...). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »¹⁵³.

Ainsi, en matière de viol, l'Etat a l'obligation positive d'assurer la criminalisation et la sanction de l'acte. Il y va de la protection de la victime et, au-delà, de la société toute entière. De sorte qu'en modifiant sa législation de façon à pouvoir rendre criminel le viol marital, un Etat adopte une position « conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines »¹⁵⁴.

b. La reconnaissance du lien existant entre intégrité sexuelle et traitement inhumain et dégradant

Notons avec M.SCHEININ¹⁵⁵, que les questions d'intégrité et d'autonomie sexuelle ne sont pourtant pas des questions relevant du seul domaine de la vie privée.

Le refus de sortir la vie sexuelle du champ de la vie privée. En effet dans l'affaire *X et Y c. Pays-Bas*, les requérants avaient également invoqué l'article 3 CEDH relatif à l'interdiction de la torture car « l'État répondrait du comportement de tiers dans certaines circonstances et le traumatisme psychologique durable causé à la requérante atteindrait le degré nécessaire pour tomber sous le coup de cette disposition » (§33). Cependant, la Commission ne trouva pas de « lien étroit et direct entre la lacune de la loi et le domaine de protection de l'article 3 », tandis que la Cour estimant avoir déjà constaté une infraction sous l'angle de l'article 8 ne jugea pas nécessaire de « se placer de surcroît » sur le terrain de l'article 3 (§34). Sa jurisprudence a depuis évolué.

L'atteinte à l'intégrité n'est plus une simple atteinte à la vie privée sexuelle. Dans l'affaire, *Aydin c. Turquie*¹⁵⁶ concernant une jeune fille kurde de 17 ans qui, lors de sa détention par la gendarmerie locale, avait été violée et avait subi de mauvais traitements, la Cour se plaça sous l'angle de l'article 3 pour qualifier l'atteinte à l'intégrité de la jeune fille. « Le viol d'un détenu par un agent de l'Etat doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité. En outre, le viol laisse chez la victime des

¹⁵² Cour.EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, Op. Cit., §§ 8, 12, 14-16.

¹⁵³ Principe rappelé dans Cour.EDH, *Stubbing c. Royaume-Uni*, 22.10.1996, §61-62.

¹⁵⁴ Cour.EDH, *S.W c. Royaume-Uni*, 22.11.1995, §44 et *C.R c. Royaume-Uni*, 22.11.1995, §42.

¹⁵⁵ M.SCHEININ, «Sexual Rights as Human Rights- Protected under existing Human Rights Treaties? », *Nordic Journal of International Law*, 1998, p.17-35.

¹⁵⁶ Cour.EDH, *Aydin c. Turquie*, 25.09.1997.

blessures psychologiques profondes qui ne s'effacent pas aussi rapidement que pour d'autres formes de violence physique et mentale. La requérante a également subi la vive douleur physique que provoque une pénétration par la force, ce qui n'a pu manquer d'engendrer en elle le sentiment d'avoir été avilie et violée sur les plans tant physique qu'émotionnel (§83). (...) Dans ces conditions, la Cour est convaincue que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément » (§86).

Cette solution s'inscrit dans un contexte international tendant à faire reconnaître le viol en tant qu'acte de torture¹⁵⁷, néanmoins nous devons noter que, pour des discordances relatives aux preuves, cette décision n'a pas emporté l'unanimité¹⁵⁸.

c. La nécessité de reconnaître le principe d'autonomie sexuelle pour rendre optimale la protection de l'intégrité sexuelle

La proclamation du droit à l'autonomie sexuelle. Il a fallu attendre l'affaire *M.C c. Bulgarie*¹⁵⁹ pour que la Cour accepte de se placer unanimement sur le terrain de l'article 3 CEDH et pour qu'elle confirme son haut niveau d'exigence concernant les obligations positives des Etats pour lutter contre le viol. Partant, comme cela lui avait été suggéré dans la précédente affaire, elle inscrit sa décision dans le cadre de la jurisprudence tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda dont les statuts intègrent clairement le viol à la liste des crimes contre l'Humanité. En se référant à l'affaire *Le procureur c. Kunarac, Kovač et Vuković* (n° IT-96-23, jugement du 22 février 2001) du Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie, la Cour insiste sur le fait que « doivent être réprimées les violations graves de l'autonomie sexuelle. (...) Cette dernière est violée chaque fois que la victime se voit imposer un acte auquel elle n'a pas librement consenti ou auquel elle ne participe pas volontairement ». (§106).

Obligation de rendre effectif le droit à l'intégrité sexuelle. Puis la Cour décide que « les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives » (§153).

Aussi, au nom de l'évolution du droit et de la pratique dans ce domaine qui doit tendre à une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle¹⁶⁰ de tout individu, la Cour élève le niveau de son contrôle en imposant aux Etats, l'obligation de ne plus considérer que l'absence de résistance soit comprise comme un acte de consentement. « La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre

¹⁵⁷ Voir le §51 de la décision déclinant les thèses d'Amnesty International sur ce sujet

¹⁵⁸ Voir pour exemple, l'opinion dissidente du juge MARTSCHER « Dans ces conditions, et sans être en mesure de dire quelle a été la « vérité » dans la présente affaire, je suis loin d'être convaincu que les allégations de la requérante sont prouvées au-delà de tout doute raisonnable, ce qui me conduit à conclure qu'une violation de l'article 3 de la Convention ne peut pas être constatée, faute de preuves suffisantes des faits sur lesquels elle se fonde. »

¹⁵⁹ Cour.EDH, *M.C c. Bulgarie*, 04.12.2003.

¹⁶⁰ Nous soulignons.

la protection effective de l'autonomie sexuelle¹⁶¹ de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consentuel¹⁶², y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique » (§166).

En l'espèce, la Bulgarie a été sanctionnée sur la base des articles 3 et 8 combinés, du fait d'une absence d'enquête effective qui aurait été nécessaire pour juger non établi le recours à la force ou à sa menace à l'encontre de la jeune fille. Ainsi, cet arrêt constitue une avancée indéniable dans un contexte international où le viol relève désormais en tant que tel de l'article 3, car « il porte atteinte à l'intégrité du corps humain et au principe du libre consentement, consubstantiel à la plénitude de la Liberté sexuelle de chacun des partenaires dans une société démocratique. Le mariage de l'obligation procédurale de l'article 3 avec le droit substantiel à la vie privée sexuelle contribue à élever le niveau de protection des personnes vulnérables et à 'civiliser' les rapports sociaux¹⁶³ ».

La prise en compte des changements sociétaux. En outre, alors qu'une affaire comme *X.Y c. Pays-Bas* mettait en avant la seule atteinte à l'intégrité de la personne et sa protection contre toute intrusion extérieure (l'atteinte est considérée comme une ingérence dans la vie privée), il semble que la jurisprudence *M.C c. Bulgarie* franchit un autre pas en reconnaissant la nécessité de protéger l'autonomie sexuelle de la personne. Comme le relève l'ONG Interrights (§127) cela « traduit le passage d'une « analyse historique » à une « analyse égalitaire » de la notion de consentement. Le viol constitue une atteinte à l'autonomie de la femme ; son élément constitutif essentiel est l'absence de consentement. ». Ainsi, dans le langage de la Cour, il ne s'agit plus de simplement défendre une personne contre les violences dont elle peut être victime mais d'une part de reconnaître la particularité de l'atteinte sexuelle et d'autre part de condamner tout acte allant à l'encontre du développement personnel de l'individu, de la femme en l'occurrence. On peut donc valablement avancer que, bien qu'il n'efface en rien la notion d'atteinte à l'intégrité de la personne, mais au contraire en y étant combiné, le concept d'autonomie sexuelle permet de renforcer la protection des personnes contre des atteintes à leur intégrité. En effet, il ne s'agit plus simplement de condamner l'atteinte mais de promouvoir l'instauration par les Etats de garanties légales, sociales ou politiques prévenant cette atteinte.

Ainsi, peut-on aisément effectuer le parallèle avec les considérations relatives au consentement. Alors que « le consentement, est toujours lié à des conditions spécifiques qui en influencent la nature et la qualité (...) et pose la question de l'autonomie de celui qui consent¹⁶⁴ », l'autonomie elle-même, et par extension l'autonomie sexuelle de la personne, dépendra des conditions permettant son exercice. Pour cela, faut-il être a priori en mesure de « choisir pour soi-même », la forme de sexualité et de vie sexuelle que l'on désire.

d. Autonomie sexuelle et droit à l'avortement

¹⁶¹ Nous soulignons.

¹⁶² Nous soulignons.

¹⁶³ G. GONZALEZ, *Op. Cit.*, p. 171.

¹⁶⁴ M. MARZANO & A. MILON, *Op. Cit.*, p.117. « le consentement, en effet, est toujours lié à des conditions spécifiques qui en influencent la nature et la qualité. » Il peut être influencé par de nombreux facteurs qui nous échappent et parfois échappent aussi à ceux qui donnent leur consentement. (...) Le consentement est, par structure, dépendant des conditions dans lesquelles il est donné, et il pose la question de l'autonomie de celui qui consent »

La question des droits des femmes et « du choix pour soi-même », nous amène à considérer brièvement la position de la Cour.EDH relative à l'avortement. Alors que l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe vient dans une récente résolution¹⁶⁵ de réaffirmer que « le choix ultime d'avoir recours ou non à un avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens d'exercer ce droit de manière effective », la Cour.EDH ne s'est quant à elle toujours par prononcée en faveur d'un droit à l'avortement¹⁶⁶. Néanmoins, dans les affaires qu'elle a pu rencontrer, elle se base sur la notion d'autonomie et de développement personnels, pour exiger des Etats qu'ils mettent en place les conditions d'accès nécessaires à cette opération. Sans l'affirmer expressément, il s'agit donc pour la Cour, de confirmer le droit de faire des choix sur son propre corps, et d'exiger des Etats qu'ils mettent en place les conditions permettant de s'autodéterminer dans sa sexualité.

2- De l'application du principe de « non-ingérence » dans la vie privée à la nécessité de prendre en compte les choix des individus en matière de sexualité : la protection des « hors-la-loi sexuels »¹⁶⁷

Si la notion d'autonomie sexuelle est un élément essentiel de la protection du respect de l'intégrité sexuelle de la personne, elle peut aussi valablement servir à créer des obligations à l'égard des Etats pour les questions liées à l'orientation et l'identité sexuelle ainsi qu'aux activités sexuelles.

L'autonomie sexuelle étant déduite du concept plus général d'autonomie personnelle, lui-même issu d'une interprétation extensive de la notion de vie privée, l'examen des droits existant en matière d'identité sexuelle et de comportements sexuels, s'est donc lui aussi basé sur la reconnaissance d'obligations à l'égard des Etats en vertu de l'article 8 CEDH.

En 1988, la Commission Européenne des Droits de l'Homme avait souligné que « le droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8-1 de la CESDH assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité et que, à cette fin, l'individu doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes¹⁶⁸ ». La Cour.EDH ajoute également, que le droit au respect de la vie privée suppose « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine de l'affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité¹⁶⁹ ». Ainsi, il apparaît que du droit à la vie privée découle le droit au respect de la vie sexuelle, lequel implique également un droit à entretenir des relations intimes avec d'autres personnes. Même si la Cour n'y fait pas expressément référence dans les affaires relatives à l'homosexualité que nous allons décrire, on peut avancer l'idée selon laquelle, ils constituent la base permettant la reconnaissance d'un droit à l'autonomie sexuelle. Ce droit est un outil permettant à la Cour de

¹⁶⁵ COE, *Résolution 1607 sur l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe*, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 15^e session, 16 Avril 2008.

¹⁶⁶ Dans la récente affaire Cour.EDH, *Tysiac c/ Pologne*, 20.03.2007 la Cour.EDH refuse clairement de statuer sur le fait de savoir si la Convention consacre ou non un droit à l'avortement mais admet l'existence d'un droit à l'avortement thérapeutique. Voir B. MATHIEU, « Les conditions du recours à une interruption de grossesse au regard du droit au respect de la vie privée (Tysiac c. Pologne), *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, No. 17, Avril 2007, II 10071. p.36.

¹⁶⁷ D.ROMAN, *Op. Cit.*, p.1510.

¹⁶⁸ Com.EDH, *F. c. Suisse*, 10 mars 1988, Req. No. 11680/85.

¹⁶⁹ Com. Dr., *X c. Islande*, 13 mai 1976, D. et R., 5, p.86

défendre la plus large Liberté sexuelle et constitue l'un des principaux aspects contribuant à la justiciabilité des « *droits sexuels* ».

Ceci a logiquement été invoqué par des homosexuels qui, il y a encore peu de temps, étaient considérés comme des criminels : la Commission Européenne des Droits de l'Homme avait notamment reconnu la possibilité d'ériger l'homosexualité en infraction pénale, au nom de la protection de la santé ou de la morale¹⁷⁰.

a. La protection d'un droit à être libre dans sa vie privée sexuelle

i. Les difficultés à ne pas se cantonner à l'exigence de « l'obligation de respecter »

La possibilité de réglementer la vie sexuelle homosexuelle. En 1981, par son arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* la Cour « disqualifie la criminalisation différenciée de certains comportements sexuels »¹⁷¹. Pour ce faire, elle admet que « sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme "nécessaire dans une société démocratique"(...) » (§49). Ainsi, comme le relève G. GONZALEZ, compris a contrario ce raisonnement nous suggère qu'il n'existe a priori aucune raison de criminaliser les relations homosexuelles.

Le refus de l'ingérence pour des raisons liées à la morale. La Cour réfute en effet, la protection de la morale comme justification des poursuites pénales, et ainsi, l'intervention du droit dans la sphère sexuelle : « du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants¹⁷² ».

La vie sexuelle homosexuelle est protégée par le droit à la vie privée. De même, dans l'affaire *Norris*¹⁷³, la Cour.EDH a rappelé que la répression pénale d'actes homosexuels pratiqués entre adultes consentants en privé, est contraire à l'article 8 CEDH. Elle a confirmé cette position à l'occasion de l'affaire *Modinos*¹⁷⁴ où elle a sanctionné, en vertu de l'article 8, une législation qui réprimait l'homosexualité. Ainsi, ces arrêts mettent en évidence le fait que, tout en étant confrontés aux mêmes contestations, les Etats persistent dans leur incapacité à fournir « un quelconque élément propre à établir l'existence de motifs de conserver les lois attaquées et qui s'ajouteraient aux raisons précédentes dans l'affaire *Dudgeon* ou auraient plus de poids » (*Norris* §46)¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Com.EDH, *X c. Royaume-Uni*, 7. 07. 1977.

¹⁷¹ G. GONZALEZ, *Op. Cit.*, p. 161.

¹⁷² Cour.EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22.10.1981, §60.

¹⁷³ Cour.EDH, *Norris c. Irlande*, 26.10.1988

¹⁷⁴ Cour.EDH, *Modinos c. Chypre*, 22.04.1993

¹⁷⁵ Relevons que le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, dans l'affaire *Toonen c. Australie* (Communication 549/1993, UN Doc. CCPR/C/60D/549/1993) fut confronté à une situation similaire. Le comité a jugé qu'aucun doute n'existait quant au fait que les relations sexuelles entre adultes consentant relevaient du domaine de la vie privée. Le comité conclut à une violation de l'article 17 du PIDCP combiné à l'article 2 du même texte.

La vie sexuelle homosexuelle doit rester privée pour être protégée. Aujourd'hui, le débat sur la conventionalité de la répression pénale de l'homosexualité n'a pu lieu d'être. Utiliser la pénalisation et le terrain de l'article 8 au nom de la protection de la morale, est devenue une démarche vouée à l'échec. Néanmoins, cela ne signifie pas que la Cour écarte les possibilités d'une ingérence de l'Etat pour des raisons d'ordre public ou pour concurrence avec les droits d'autrui ou encore comme peut l'illustrer l'arrêt *A.D.T c. Royaume-Uni*¹⁷⁶ lorsqu'il s'agit d'actes dont la vocation est de connaître une certaine publicité. Néanmoins, cet arrêt nous rappelle également ce qui avait été admis dans les affaires précédemment citées, à savoir que le consentement et le caractère privé de l'activité sexuelle sont deux éléments nécessaires au respect du principe de non-ingérence dans la sphère sexuelle des personnes homosexuelles. En effet, dans cette affaire la Cour a considéré que l'Etat devait s'abstenir de toute prescription d'une part concernant les activités homosexuelles menées en groupe, sachant que toutes les personnes étaient consentantes et d'autre part ayant donné lieu à l'enregistrement de cassettes vidéos, dès lors que ces activités revêtaient un caractère purement privé.

ii. Vers l'affirmation du droit à des rapports librement consentis

La question du consentement et du caractère privé de la relation mise en balance avec le droit à une ingérence étatique, s'est également posée dans le cadre d'affaires de relations sadomasochistes.

La protection de la santé (sexuelle) prévaut sur le consentement. Dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*¹⁷⁷, la Cour.EDH a effectivement admis l'interdiction de telles pratiques. Pour écarter le grief de violation du droit à la vie privée, la Cour s'est fondée sur la protection de la santé en reconnaissant que l'article 8§2 CEDH permettait, sur cette base, à l'Etat de pénaliser des actes sadomasochistes qui causent des blessures plus que « légères ou passagères » (§45-46 ; §50-51). Dans cette affaire, alors que les requérants arguaient du caractère secret, discipliné et responsable d'actes relevant de la « morale privée », la Cour a clairement refusé d'invoquer tout argument moral pour prohiber les pratiques sadomasochistes¹⁷⁸. De ce fait, elle semble reconnaître aux Etats, le droit de réglementer des pratiques sexuelles pouvant être à l'origine de dommages corporels. Cet arrêt a également soulevé la question de l'égalité des orientations sexuelles, car les actes sadomasochistes se déroulaient entre hommes. Il était alors aisé de croire que les poursuites n'auraient pas eu lieu s'il s'était agi d'individus de sexes différents. Cependant, la Cour a estimé que nulle preuve d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'application de la législation pénale, n'avait pu être apportée. Du reste, la Cour fut par la suite amenée à se prononcer sur un cas de sadomachisme dans un contexte hétérosexuel.

La consécration d'un droit à l'épanouissement personnel. Dans l'affaire *K.A et A.D*¹⁷⁹, la Cour.EDH affirme, au nom du « droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité ¹⁸⁰ », l'interdiction de poursuite pénale contre des pratiques sadomasochistes, en rappelant que la garantie du droit au respect de la vie privée protège le *droit à l'épanouissement personnel* et consacre le droit au développement et l'autonomie personnels¹⁸¹ (§83).

¹⁷⁶ Cour.EDH, *A.D.T c. Royaume-Uni*, 31.07.2000.

¹⁷⁷ Cour.EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19.02.1997.

¹⁷⁸ Cour.EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19.02.1997, §50-51.

¹⁷⁹ Cour.EDH, *K.A et A.D c. Belgique*, 17.02. 2005.

¹⁸⁰ *Ibid.*, §85.

¹⁸¹ *Ibid.*, § 83.

Le droit d'entretenir des relations sexuelles. En dépit des pratiques extrêmement violentes auxquelles d'étaient adonnées les requérants en l'espèce (voir la description au §13), la Cour a conclu que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A 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 »¹⁸² (§83).

Le consentement exclut l'intervention du droit. Ainsi, « 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 CEDH, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité » (§84). En l'espèce les auteurs des actes en cause n'avaient pas respecté la volonté de la « victime », la Cour confirma donc que l'ingérence de l'Etat en cause n'était donc pas disproportionnée.

En conséquence, lorsque des questions de consentement et d'atteinte à la vie privée sont en jeu, l'Etat a l'obligation de ne pas intervenir dans la sphère sexuelle des personnes. Cependant, cette protection de la Liberté sexuelle doublée de l'affirmation du droit à l'épanouissement et l'autonomie personnels donne lieu à une protection positive du droit au respect de la vie sexuelle. Sous l'angle de l'autonomie personnelle, on exige désormais la prise en considération de la singularité des comportements sexuels par l'ensemble de la société. Se pose alors la question de l'égalité de traitement des vies privées sexuelles.

b. Un processus en marche : de la simple obligation de respecter à la nécessité de protéger et instaurer

i. L'égalité de traitement des vies privées sexuelles

Du langage de la liberté à celui de l'égalité. Puisque la Cour considère désormais acceptable pour nos sociétés, les diverses formes de vies privées sexuelles librement consenties, les conditions sont donc réunies pour œuvrer en direction d'une égalité de traitement « visant à forger un statut juridique non discriminatoire pour ceux qui « aiment » autrement¹⁸³ ». Ainsi, comme l'analyse R. WINTEMUTE¹⁸⁴ va-t-on passer d'une protection de l'aspect négatif de la Liberté sexuelle (La pénalisation est interdite. L'Etat doit justifier l'ingérence) à la protection de l'aspect positif de la Liberté sexuelle à savoir la défense de l'autonomie. Sanctionner la discrimination à l'égard des homosexuels peut constituer l'un de ces moyens de protection.

Un traitement différent constitue une ingérence dans la vie privée. Les affaires *Lustig-Prean et Beckett* ; *Smith et Grady* du 27 septembre 1999¹⁸⁵ constituent des exemples types de

¹⁸² Bien que le débat soit loin d'être tranché, cette notion pourrait très bien être utilisée pour défendre « un droit de se prostituer ».

¹⁸³ G.GONZALEZ, *Op. Cit.* p. 164.

¹⁸⁴ R. WINTEMUTE, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in D. BORILLO and D.LOCHAK, *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p.169-170.

¹⁸⁵ Cour.EDH, *Lustig-Prean et Beckett* ; *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27.09.1999. Antérieurement, le Royaume-Uni n'avait pas été condamné pour des faits similaires par la Cour EDH dans la mesure où l'armée britannique avait considéré qu' « un comportement homosexuel chez des militaires peut présenter un risque particulier pour la discipline au sein de l'armée, risque qui n'existerait pas dans la vie civile » (CEDH, *B. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, A.121)

discrimination flagrante sanctionnée sous le seul angle de l'article 8. Elles concernent l'éviction d'homosexuels de l'armée. Dans ces affaires, la Cour « condamne toute politique visant de manière générale et absolue à l'exclusion d'une catégorie de personnes sur le seul fondement de leur orientation sexuelle¹⁸⁶ ». Bien qu'elle ne semble pas trouver nécessaire de se fonder sur l'article 14, la discrimination reste centrale dans ces arrêts où la Cour évoque « les préjugés d'une majorité hétérosexuelles envers une minorité homosexuelle¹⁸⁷ » (§90). Elle confronte la position des homosexuels avec les mesures adoptées dans l'armée « s'agissant de la discrimination raciale et du harcèlement et des menaces à caractère racial et sexuel » (§95). Le constat de violation de l'article 8 a induit une condamnation implicite de la situation discriminatoire sans qu'il y ait besoin, pour la Cour, de se pencher sur l'interdiction complémentaire rappelée à l'article 14.

Orientation sexuelle différente n'entraîne pas traitement différent. Dans d'autres affaires, les juges de Strasbourg ont néanmoins trouvé l'argument de l'égalité (art 14) plus facile à utiliser que celui de la liberté (art 8). Cela fut notamment le cas dans des affaires relatives à l'âge minimum du consentement aux rapports sexuels. La question avait été posée à la Cour à l'occasion de l'affaire *Dudgeon*. Néanmoins, celle-ci ne s'était pas prononcée sur la différence entre l'âge du consentement requis pour les rapports homosexuels masculins (21 ans) et pour les rapports homosexuels féminins ou hétérosexuels (17 ans)¹⁸⁸. Dans les arrêts *L. et V. c. Autriche et S.L. c. Autriche*¹⁸⁹, la Cour condamne cette différence de traitement. Elle ne se prononce pas sur l'âge minimum du consentement aux rapports sexuels mais se borne à affirmer que quelque soit l'âge choisi par le législateur, il doit être le même indépendamment de l'orientation sexuelle. Dans ces affaires, la Cour estime approprié de se placer sur le terrain de l'article 8 combiné à l'article 14. Au terme de son argumentaire et reprenant la logique dont elle avait usé dans l'affaire *Smith et Grady*, elle conclut que l'article du code pénal autrichien en cause « traduit les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle » et « qu'elle ne saurait tenir ces attitudes négatives pour une justification suffisante en soi à la différence de traitement en cause, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes¹⁹⁰ ».

ii. De l'égalité des vies sexuelles à l'égalité du fait de sa sexualité.

De l'égalité du fait de son orientation sexuelle. Ces affaires relatives à la non discrimination en matière d'orientation sexuelle ont ouvert la voie à un autre type de contentieux ne portant pas directement sur la vie sexuelle de l'individu mais dirons-nous plutôt sur sa vie du fait de sa sexualité. En ce sens, ces arrêts ne portent pas directement sur les questions de l'autonomie sexuelle des individus mais sur les questions du développement personnel et de l'épanouissement de sa personnalité, dérivés du concept d'autonomie personnelle. Ces requêtes se fondent essentiellement sur le fait « qu'un traitement inégalitaire en fonction de l'orientation sexuelle peut empêcher celui qui a cette orientation sexuelle de la vivre pleinement¹⁹¹ ».

¹⁸⁶ F. SUDRE, Chron, *JCP*, G, 2000.I.203 n°21.

¹⁸⁷ Eut égard à l'absence de consécration formelle et universelle de la Liberté sexuelle par les textes du DIDH, l'utilisation de cette dichotomie majorité hétérosexuelle v. minorité homosexuelle peut poser quelques limites conceptuelles lorsqu'elle est utilisée à la lumière de la théorie *queer*. Voir M.GRIGOLO, « Sexualities and the ECHR : Introducing the Universal Sexual Legal Subject », *European Journal of International Law*, Vol.14, November 2003, p.1023.

¹⁸⁸ R. WINTEMUTE, *Op. Cit.*, p.170.

¹⁸⁹ Cour.EDH, *L.V c. Autriche*, 9.01.2003 ; Cour.EDH, *S.L. c. Autriche*, 9.01. 2003.

¹⁹⁰ Cour.EDH, *S.L. c. Autriche*, *Op. Cit.*, §44.

¹⁹¹ G. GONZALEZ, *Op. Cit.*, p. 166.

Il s'agit essentiellement de questions relatives aux droits parentaux lesquelles ont pu être étudiées dans les affaires controversées *Fretté c. France* et la plus récente *E.B c/ France*¹⁹². Dans la première affaire, tout en admettant que l'article 8 combiné à l'article 14 étaient applicables (§32), la Cour avait estimé que « le refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle » (§32). Dans la seconde, en revenant sur leur décision *Fretté* les juges de Strasbourg n'ont plus admis qu'en matière d'adoption, on puisse peser l'intérêt de l'enfant en fonction de l'homosexualité de l'adoptant. Comme le notent F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, « en affirmant avec netteté qu'une distinction fondée uniquement sur des considérations tenant à l'orientation sexuelle ne saurait être tolérée et constitue une discrimination au regard de la Convention (§§ 93 et 96), le juge européen semble poser in abstracto une interdiction absolue telle qu'aucune raison ne saurait être assez forte ou convaincante pour justifier une différence de traitement fondée exclusivement sur l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'adoption par une personne célibataire¹⁹³. » Dans cette affaire, la Cour continue donc à contrôler le respect de l'absence de discrimination à l'égard des personnes homosexuelles dans le cadre de la vie privée (il ne saurait être ici question de vie familiale *E.B* §41) et de fait pose la question de l'évolution de la reconnaissance juridique du couple non hétérosexuel¹⁹⁴.

De l'égalité du fait de son identité sexuelle : le droit à l'autodétermination sexuelle. Cette question du lien entre la sexualité de la personne et les conséquences juridiques qui en découlent, nous amènent à dépasser le cadre de l'égalité des orientations sexuelles pour appréhender celui de l'identité sexuelle. La reconnaissance d'un droit à l'autonomie personnelle a donné lieu à la naissance d'un nouveau concept par les juges de Strasbourg : celui de l'autodétermination sexuelle.

La Cour a étendu le droit au respect de la vie privée, au droit pour les transsexuels de mener la vie sexuelle de leur choix en conformité avec leur identité profonde¹⁹⁵. Désormais, elle admet qu'« il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels¹⁹⁶ ». Ainsi, en posant le principe d'un droit à l'identité transsexuelle¹⁹⁷, l'arrêt *Goodwin* vient faire évoluer la matière relative aux obligations positives de l'Etat. Comme le relève G. GONZALEZ¹⁹⁸, « sur fond de « dignité humaine », de « notion d'autonomie personnelle », de « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain », de « droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale », la Cour juge que les transsexuels sont désormais en droit d'obtenir la pleine reconnaissance juridique de leur conversion sexuelle et que viole l'article 8 de la Convention, l'Etat s'abstenant de remplir de ce point de vue ses obligations positives ». Ainsi le droit à l'identité sexuelle est quasiment institutionnalisé, puisque désormais l'Etat européen est tenu juridiquement de faire valoir la singularité des personnes transsexuelles. Cette singularité doit ainsi prévaloir sur toute autre

¹⁹² Cour.EDH, *Fretté c. France*, 26.02. 2002, Cour.EDH, *E.B c. France*, 22.01. 2008.

¹⁹³ Sur *E.B c. France*, Voir note F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, *JCP La Semaine Juridique (édition générale)* n° 15, 9 Avril 2008, II 10071 [Lexis Nexis].

¹⁹⁴ Pour une réflexion sur l'inscription dans le schéma sociétal hétéro-normé, des revendications « familiales » des homosexuels, voir M. GRIGOLO, *Op. Cit.* p. 1043.

¹⁹⁵ F.SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, coll. Themis Droit, PUF, 2^{ème} éd., septembre 2004, p.357.

¹⁹⁶ Cour.EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11.07. 2002, §82.

¹⁹⁷ Ce droit avait également été reconnu dans l'arrêt Cour.EDH, *B. c. France*, 25.03.1992

¹⁹⁸ G.GONZALEZ, *Op.Cit.* , p. 174

forme de dignité « objective » qui peut être commandée par une moralité publique. A cet égard, l'arrêt *Refah Partist*¹⁹⁹ a rappelé que du fait de la dignité et de la liberté de l'Homme, le maintien d'une discordance entre sexe vécu et sexe juridique traduit un « conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »²⁰⁰

La reconnaissance de l'identité transsexuelle au nom de l'autonomie personnelle posée par l'arrêt *Goodwin* a pu générer quelques critiques. Parce que la notion d'identité sexuelle s'apparente au domaine de la « vie privée sociale », on a pu reprocher à cette interprétation du concept d'autonomie personnelle de l'éloigner des questions de choix concernant son propre corps et de droit d'en disposer auxquelles il avait jusqu'à maintenant été circonscrit. En conséquence, la CEDH « en étendant l'autonomie personnelle à des questions d'identité sociales au lieu de la cantonner aux choix et droits relatifs au corps humain [...] a donc créé un risque de confusion²⁰¹ ». Néanmoins, cette décision peut être perçue comme posant simplement les jalons du droit à l'autodétermination sexuelle qui fut consacré dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne*²⁰² : « 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 (...). La dignité et la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti » (§41). Ainsi, la Cour reconnaît-elle le droit à l'autodétermination comme faisant partie intégrante de la vie privée sexuelle et l'interprète comme le droit de l'individu de choisir et de prendre des décisions en toute autonomie.

Dans l'affaire *Goodwin*, la Cour EDH s'est également prononcée sur la question du droit au mariage des personnes transsexuelles pour lequel elle est favorable. L'autonomie personnelle affirmant « le droit à la différence » des personnes transsexuelles, conduit à la reconnaissance de leur droit au mariage. Ce principe ne semble pas en revanche admis pour les homosexuels. De sorte qu'on peut se poser la question. Ce contentieux nous amène à interroger la notion d'universalité des droits humains.

A. MILLER²⁰³, avance que pour permettre le renforcement des capacités des personnes (*empowerment*) ne vivant pas une sexualité épanouie, un travail reliant la sexualité et le droit, devra se baser sur quatre grandes catégories de droit : 1- l'autonomie et la dignité, 2- l'*empowerment* et la participation 3- la non discrimination et l'égalité 4- l'intégrité physique. Il semble bien que la jurisprudence de la Cour, tout en intervenant essentiellement sous l'angle du droit à la vie privée, explore et cherche à exploiter au maximum ces différents domaines lorsqu'elle doit statuer sur une question touchant à la sexualité de la personne. A cet égard, elle a développé un droit à l'autonomie sexuelle qu'elle lie tant aux questions de l'intégrité physique qu'à celles de dignité et dont elle tire le droit à l'autodétermination sexuelle pour les questions relevant de l'identité de genre. En outre, si elle ne statue pas tout le temps sous l'angle de l'article 14, la Cour entend clairement défendre le principe de non discrimination dans les domaines relatifs à la sexualité. Les questions de l'*empowerment* et de la participation

¹⁹⁹ Cour.EDH, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, 13.02.2003

²⁰⁰ Relevons à cet égard les critiques mettant en avant les risques de développement d'une justice compassionnelle WACHSMANN P. & MARIENBURG-WACHSMANN A. « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 56/2003, p.1157.

²⁰¹ F.SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, coll. Themis Droit, PUF, 2^{ème} éd., septembre 2004, p.458.

²⁰² CEDH, *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, Req. N° 35968/97.

²⁰³ A. MILLER, « Human Rights and Sexuality : first step toward articulating a rights framework for claims to sexual rights and freedoms », *American Society of International Law*, 1999, p.294.

peuvent quant à elles trouver écho dans le contentieux relatif à l'avortement, au mariage et à l'adoption.

De sorte que, lorsqu'ils cherchent à protéger les droits relevant du domaine de la sexualité, les juges de Strasbourg semblent adopter une démarche positive. Entendons ainsi, qu'ils paraissent défendre non seulement les personnes contre les violations de droits qu'elles protègent, mais qu'au-delà, par une interprétation dynamique, ils exigent de plus en plus des États, une obligation réelle d'« instaurer » les droits humains. Pour ce faire, ils ont d'ailleurs consacré un droit à l'épanouissement personnel qui intègre l'épanouissement « dans la sexualité ».

Ainsi, l'application du DIDH aux questions relevant du domaine de la sexualité, ne semble pas nécessiter la création d'un autre cadre conceptuel. La Liberté sexuelle et les « *droits sexuels* » rendant son application positive sont protégés ; certes indirectement et par l'entremise du jeu des interprétations des droits reconnus (principalement le droit à la vie privée), mais il apparaît que si un individu estime avoir été victime d'une atteinte « à sa sexualité » (c'est-à-dire une atteinte à son intégrité sexuelle ou du fait de sa vie sexuelle ou de son identité de genre), ce dernier aura a priori la possibilité de faire valoir ses droits et de faire reconnaître cette atteinte.

Reste que la Cour ne semble pas développer un droit à l'épanouissement personnel s'appliquant largement à toutes les questions liées à la sexualité (mariage homosexuel, droit à l'avortement pour des raisons autres que thérapeutiques²⁰⁴, etc.). En outre, on peut se poser la question de savoir si la démarche qu'elle adopte quand elle entend défendre les droits en matière de sexualité répond réellement aux exigences d'universalité du cadre des droits humains. De même, la protection des « *droits sexuels* » des personnes par la Cour, dépend largement des cas qui se présentent à elle et, eu égard à l'exigence de prendre en compte l'existence d'un consensus européen et la marge nationale d'appréciation, de l'interprétation qu'elle acceptera de faire pour chaque situation des droits reconnus par la Convention. Or, pour être à même d'exiger de la Cour, un contrôle du bon exercice des obligations des droits humains par son Etat, l'individu doit être en mesure de connaître ses droits.

Ainsi, se pose la question de savoir si un *droit* ou le cadre conceptuel permettant de le penser doit pré-exister l'individu ou si pour qu'un préjudice, une atteinte ressentie²⁰⁵ par la personne, nécessite que cette dernière s'attelle à un travail d'interprétation du cadre existant, pour ensuite élever le préjudice, l'atteinte au rang de droits potentiellement protégés par le corpus juridique existant. Là encore, il s'agit pour l'individu d'être en capacité d'effectuer de telles démarches. Dans le cas des droits en matière de sexualité, il ne s'agit pas d'affirmer totalement l'inexistence de droits ou l'absence de justiciabilité de ces droits. Simplement, l'absence d'une proclamation officielle de la Liberté sexuelle en tant que composante essentielle de tout être humain, semblent faire bénéficier ces droits d'une protection fragmentée qui ne permet pas de faire sortir la protection qui leur est accordée, du cadre de certaines normes sociales dont les personnes susceptibles de les revendiquer subissent justement le poids.

C'est dans cette perspective, et eu égard à la protection de la Liberté sexuelle susceptible d'être déjà accordée par le DIDH²⁰⁶, qu'il nous faut interroger le concept de « *droits sexuels* » à la lumière du principe d'universalité des droits humains (B).

²⁰⁴ C.ZAMPAS et M. GHER, « Abortion as a human rights – International and regional standards », *Human Rights Law Review*, 2008, p.249.

²⁰⁵ Bien entendu, il s'agit ici de parler de situations de discrimination, d'atteinte à l'autonomie et aux capacités de mener la vie de son choix ou encore à la capacité de participer à la vie publique susceptibles d'être reconnues comme telles objectivement.

²⁰⁶ On peut en effet aisément avancer que les décisions adoptées par la Cour.EDH ne sont pas sans influencer les autres juridictions nationales, régionales ou internationales.

B. Le cadre des « droits sexuels » : un outil conceptuel intégrant et permettant de repenser la positivité et l'universalité des droits humains relatifs à la sexualité

Penser les « *droits sexuels* » revient donc à imaginer la reconnaissance d'un concept autonome qui permettrait l'affirmation de la Liberté sexuelle et sa mise en œuvre. De sorte qu'il s'agirait de mettre fin à cette conception de la protection selon laquelle en matière de sexualité l'exception est la règle. Il conviendrait en effet de se défaire de cette idée selon laquelle, on ne peut protéger le sujet sexuel qu'en « l'exceptionnalisant », en montrant sa particularité (son identité, son orientation sexuelle, sa position sociale, etc.). Si la question de la sexualité doit être « exceptionnalisée », le sujet de droits ne doit pas l'être. L'affirmation d'un concept de « *droits sexuels* », permettrait donc de penser autrement les obligations des Etats dans ce domaine (1) et de combler le défaut d'universalité d'une protection fragmentée (2).

1- Des insuffisances de la méthode de l'interprétation dynamique à la nécessité de repenser le droit

S'il est indéniable que les instruments du DIDH permettent la protection des « *droits sexuels* », il s'agit néanmoins de mettre en avant les réticences des juges, européens notamment, à utiliser pleinement le potentiel des droits dont ils bénéficient. En dépit d'une interprétation dynamique exigeant des Etats de véritables obligations positives, ils s'attachent en effet à reconnaître les simples aspects privés de la sexualité. En ce sens, ils ne cherchent pas à promouvoir toutes les dimensions relatives à la sexualité (pourquoi ne pas défendre la question de l'orientation sexuelle sous l'angle de la liberté d'expression ?).

De ce point de vue, réfléchir à un cadre autonome des « *droits sexuels* » qui intégrerait les démarches de protection que connaissent d'autres droits, seraient le moyen d'affirmer de façon positive cette dimension essentielle de la personne humaine qu'est la sexualité.

a. Les limites d'une vision de la protection de la sexualité centrée sur la vie privée, l'intégrité physique et la non discrimination en raison du sexe

Aucun texte juridiquement contraignant ne consacrant expressément la Liberté sexuelle et par conséquent le cadre des « *droits sexuels* » en découlant, les juges européens n'ont déduit son existence qu'à travers l'exploitation d'autres principes cardinaux tels que la protection de la vie privée, à l'intégrité physique et la non discrimination.

Selon I. SAIZ²⁰⁷, développer le principe d'un droit à l'autonomie sexuelle en le fondant sur ces droits ne peut permettre une compréhension large et intégratrice des « *droits sexuels* ». En effet, pour l'auteur, cette approche ne peut garantir la liberté d'être ce que l'on est (quoique cela signifie), de rechercher le plaisir sur un large spectre de possibilités érotiques librement choisies en commun, d'habiter sous un même toit et d'élever des enfants sous des formes familiales diverses...

²⁰⁷ I. SAIZ, *Op. Cit.*, p.62.

Certes, la Cour.EDH a montré qu'il était possible d'avoir une interprétation très large de l'article 8 CEDH, mais il nous faut rappeler que cette jurisprudence, que ce soit sur les questions relatives à la transsexualité ou à l'adoption par les personnes homosexuelles, n'a jamais été rendue à la lumière d'un consensus européen sur ces sujets. Ainsi, s'il semble que les juges ont fait œuvre créatrice en reconnaissant ces nouveaux droits aux individus, et ces décisions pourraient avoir des répercussions et créer des obligations nouvelles pour les Etats européens, il n'apparaît pour le moment pas qu'une telle démarche soit de mise au niveau universel²⁰⁸.

Protéger la sexualité sous l'angle de la vie privée sexuelle n'est pas sans limite. Ainsi, si aborder les droits en matière de sexualité sous angle de la vie privée et de l'atteinte à l'intégrité physique, constitue une démarche nécessaire et utile à la protection des « *droits sexuels* », elle peut aussi révéler quelques insuffisances.

En 1995, Y.TAMBIAH²⁰⁹ mettait déjà en avant les limites d'une association de la protection des droits en matière de sexualité à la vie privée en affirmant que : « *the fact that sexual rights are nowhere explicitly articulated as such, but dependent upon other conditionalities, such as privacy, make them take especially vulnerable to compromise. (Privacy for instance is not an actual experience for many people globally, whether on account of very limited separate physical space or of social norms that does not value privacy, especially for women* ».)

Quant au Professeure ROMAN²¹⁰, elle constate que « toutes les pratiques érotiques par lesquelles l'être humain manifeste sa sexualité ne bénéficient pas de cette immunité que peut conférer le droit au respect de la vie privée. Dans différentes situations, le droit jette toujours l'opprobre sur certaines formes de sexualité et les sociétés pluralistes occidentales ne sont pas pour autant devenues permissives : prostitution, pornographie, même entre personnes aptes à exprimer un consentement valides, sont autant d'exemples de la persistance de 'hors la loi' sexuels ». Ainsi, le cadre de la vie privée, s'il est protecteur pour certaines pratiques ne l'est pas suffisamment pour d'autres. C'est d'ailleurs le même type de constat qu'effectue A.MILLER²¹¹ lorsqu'elle affirme que « *the case law on non discrimination regarding sexual orientation or identity, which has (...) recently emerged internationally and then primarily in conjunction with case law on violation of privacy rights, has not extended to other nonconforming person (...) or sexual activities (...)* ».

En outre, I.SAIZ pointe le fait que la seule application du droit à la vie privée à la question de l'homosexualité par exemple, est susceptible, au niveau des tribunaux nationaux, de relever de la désapprobation morale²¹² ou d'une simple *tolérance* pour autant que ces questions restent confinées à la sphère privée. Il peut donc en résulter l'impossibilité de bénéficier des nombreuses ressources et avantages matériels nécessaires à l'exercice du droit à la liberté d'expression, qui devrait lui aussi pouvoir s'appliquer au domaine de la sexualité. En outre, il doit être clair que les choix défendus par le concept de vie privée doivent trouver un parallèle dans la sphère publique. Comme le relève M.GRIGOLO « *'private' is simply the choice of assuming a sexual identity or engaging in sexual behaviour, the 'public' exposure of this*

²⁰⁸ Sauf à considérer la publication de nouvelles décisions adoptées par les Comités de contrôle d'application et d'interprétation des traités onusiens, qui auraient pu nous échapper.

²⁰⁹ Y.TAMBIAH, "Sexuality and Human Rights", in M.A.SCHULER, *From Basic Needs to Basic Rights*, Ed. Institute for Women, Law and Development, 1995, p.386.

²¹⁰ D. ROMAN, *Op. Cit.*, p.1510.

²¹¹ A.MILLER, « Human Rights and Sexuality », *Op. Cit.*, p.298.

²¹² Néanmoins la Cour.EDH tout comme le Comité des Droits de l'Homme dans sa décision *Toonen (Op.Cit.)* ont expressément écarté toute possibilité de limitation d'un droit en matière de sexualité qui pourrait être liée à la morale.

choice should not lead to unreasonable or disproportionate repression. The right to choose sexual activity and sexual identity starts but does not end, within one's private life. If this were the case, 'private life' would become again a simple space of legal toleration (...). The point is that all sexual choices should participate in the definition of the sexual public space »²¹³.

De même, l'approche relative au droit à l'intégrité physique n'est pas sans poser quelques questions. En effet, pour I. SAIZ « *focusing on rights of physical integrity limits the scope of concern to the most egregious violations, such as the torture of lesbians through forced psychiatric treatment or « social cleansing » killings of transgender sex workers »²¹⁴.*

L'approche actuelle du principe de non-discrimination ne permet pas de sortir de la catégorisation. Pour I.SAIZ, la discrimination constitue également une stratégie juridique faible lorsqu'elle en vient à confiner les catégories d'identité sexuelle dans des oppositions binaires conventionnelles (homme/femme, hétérosexuel/homosexuel) qui masquent le vaste « horizon de possibilités » de cette « *queerness* »²¹⁵ que des personnes vivent véritablement. Ainsi, ajoute-t-il, les arguments du droit à la non-discrimination ne pourront connaître qu'un succès limité si les concepts de base des droits humains tels que le mariage et la famille continuent à être interprétés sur les bases du modèle hétérosexuel. C'est également cet argument d'un travail à la base de la conception des droits humains que les féministes ont utilisé pour exiger des changements juridiques structurels, corollaires des changements sociaux (pourquoi élaborer une *Convention relative à la discrimination à l'égard des femmes* quand le principe de non-discrimination était prononcé pour tous les êtres humains ?). Dans cette perspective, le concept de « *droits sexuels* », pourrait constituer un moyen de repenser l'approche d'une protection de la sexualité.

b. Des stratégies pour le développement d'un cadre autonome des « droits sexuels »

La justification d'un cadre autonome des « droits sexuels ». La stratégie consistant à vouloir appliquer le cadre des droits existants à la protection de la sexualité a été être largement critiquée. En effet, pour A. MILLER²¹⁶, face à la multiplication des revendications en matière de sexualité, cette manière de voir a conduit à une fragmentation des efforts œuvrant pour le respect de la sexualité de l'être humain. De sorte qu'il s'est agit de défendre des causes, des droits portant sur le même sujet – la sexualité - sans que n'existe un mécanisme fondamental et spécifique reconnaissant cette dimension essentielle de la personne humaine.

C'est en ce sens, qu'il y aurait un besoin stratégique à explorer les éléments d'un concept autonome de « *droits sexuels* ». Celui-ci, nous l'avons vu, a d'ailleurs déjà été admis (à défaut d'être officiellement utilisé) par des organisations telles que l'OMS, et nombres d'organisations non-gouvernementales l'utilisent comme outil d'action²¹⁷. Ceci est bien la

²¹³ M. GRIGOLO, « Sexualities and the ECHR : Introducing the Universal Sexual Legal Subject », *European Journal of International Law*, Vol.14, November 2003, p.1040.

²¹⁴ I.SAIZ, *Op.cit.*, p.62. Voir pour exemples les actes dénoncés par le rapport de Sir N. RODLEY, *Op.cit.*, §17-25.

²¹⁵ Peut se traduire par *allosexualité* en français, mais cette traduction n'emporte pas encore une grande adhésion au sein des sciences sociales. Comme nous l'avons vu en introduction, la théorie *queer* est utilisée pour identifier toute personne ayant une orientation sexuelle autre, à savoir non-hétérosexuelle et/ou ayant une identité de genre différente. Il englobe, mais ne se limite pas à : gais, lesbiennes, bisexuel-les, transsexuel-les, travesti-es, bi-spirituel-les, en questionnement, hermaphrodites.

²¹⁶ A. MILLER, « Human Rights and Sexuality, *Op. Cit.*, p.300.

²¹⁷ ASSOCIATION MONDIALE DE SEXOLOGIE, *Déclaration Universelle des Droits sexuels*, Valence, 1997 (http://www.worldsexology.org/about_sexualrights_france.asp); IPPF, *Charter on Sexual and Reproductive Rights and Guidelines*, Londres, IPPF 1996 (en Mai 2008, l'organisation a adopté un *Document sur les droits*

preuve que le besoin de clarifier les choses et de reconnaître la dimension fondamentale de la sexualité s'est présenté. Pourquoi ne pas alors chercher à admettre officiellement ce concept ?

Revenons à présent sur la manière dont ce mécanisme a pu être pensé par les organisations internationales et, s'il était reconnu officiellement, sur la façon dont les obligations qui découleraient de ce cadre d'application de la Liberté sexuelle, s'imbriqueraient à des schémas de protection déjà admis dans le système du DIDH.

D'ailleurs, pour A. MILLER, chercher à développer ce qu'elle appelle un *autonomous right to sexuality*²¹⁸ induit de le formuler de façon à ce qu'il intègre les droits et libertés fondamentales déjà reconnus au sein du DIDH. Pour sa démonstration, sur laquelle nous appuierons notre réflexion, l'auteure propose de baser la construction de ce cadre autonome sur le modèle des obligations incombant aux Etats en matière de religion et de santé.

Poser un cadre d'obligations. Il convient alors d'établir le parallèle entre la responsabilité de l'Etat de protéger les diverses identités et formes d'expressions religieuses, et la responsabilité de l'Etat de protéger et promouvoir les identités et formes d'expressions sexuelles : les deux sont des éléments fondamentaux et nécessaires au plein développement de la personne humaine. Dans le même esprit, il s'agit d'exploiter les fondations du modèle de protection des droits en matière de santé, et de s'appuyer sur la conception des obligations positives de protection et de mise en œuvre relative à ce domaine. Evidemment, il n'est pour autant pas question de soutenir que la sexualité équivaut à la santé sexuelle²¹⁹.

Rapprocher identité sexuelle et identité religieuse. Sans qu'ils n'y soient limités, les droits en matière de religion englobent des droits relatifs à la liberté de manifestation et à l'identité des individus. Il s'agit en outre, d'ajouter à ces droits la dimension d'identité de groupe. De sorte que, parler de Liberté religieuse, c'est parler de droit à la liberté de religion, à l'identité religieuse, de droit à ne pas avoir de religion et de changer de religion. Ainsi, nous dit A. MILLER, si l'identité religieuse est inaliénable, elle n'est pas immuable. On comprendra l'importance de ces dernières considérations, pour qui cherchera à protéger la notion d'identité sexuelle « fluide²²⁰ » mais également inaliénable. Le droit à la liberté de religion n'oblige pas particulièrement à la création de conditions de jouissance de ce droit et ne traite pas suffisamment d'aspects corporels pour constituer un parfait parallèle au développement d'un Droit de la sexualité.

Rapprocher le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint et le droit de rechercher une vie sexuelle satisfaisante, sûre et agréable. Pour introduire des obligations à

sexuels qui constituera pour une base nouvelle de travail utile à son action) ; Health, Empowerment, Rights and Accountability, 1999, <http://www.iwhc.org/docUploads/HERAActionSheets.PDF>. Certes ces Chartes et Déclarations sont le fruit d'organisations de défense des droits relatifs à la santé, reste qu'elles s'accordent toutes sur la nécessité qu'il y aurait à reconnaître les « *droits sexuels* » comme un principe englobant et dépassant le cadre de la santé.

²¹⁸ Nous traduirons cette expression par « Droit autonome de la sexualité » (composé en conséquence des « *droits sexuels* »)

²¹⁹ A. MILLER, « Human Rights and Sexuality, *Op. Cit.*, p.300.

²²⁰ A.MILLER, *Op.Cit.*, p.299. Lorsqu'elle fait référence à la "sexualité fluide" (*fluid sexuality*), l'auteure s'inspire d'études anthropologiques qui ont révélé que « *the fluid meanings assigned to same-sex sexual behavior accross time, culture and geography, the movement to locate "gay rights" within human rights must not "find" gay identities and affix rigid identities in the name of protection.* » Elle précise que son approche « *entails a rejection of the biological/ontological claims to sexuality as a force of nature as well as to the biological claims to sexual orientation* », puis demande : « *Can rights work protect fluid identities and a range of behaviors without forcing them to claim a categorical identity as one particular constellation of orientation, behaviour and social role?* ». C'est à cette question que tente de répondre la construction d'un cadre des « *droits sexuels* ».

cet effet, il semble plus efficace d'effectuer un parallèle avec les droits en matière de santé. Comme nous le rappelle A.MILLER²²¹, la pratique et la jurisprudence en matière de droits de la santé a développé un système d'obligations à l'égard des Etats, exigeant d'eux qu'ils déploient les moyens nécessaires à la création d'un environnement sain et qu'ils mettent en place les structures contribuant à la promotion du meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Aussi, il ne s'agit nullement de demander aux Etats de garantir la santé elle-même. Ce parallèle met donc bien en évidence le fait que parler de « *droits sexuels* » en tant que droits permettant la réalisation de la Liberté sexuelle, n'induit pas d'exiger un droit au plaisir sexuel.

Une comparaison ironique. L'utilisation de ces deux modèles pour tenter de définir un cadre des « *droits sexuels* » a cela de paradoxal qu'aucun de ces domaines n'a historiquement constitué une base « accueillante » pour la sexualité. L'influence de certains groupes religieux a en effet souvent conduit à la répression de la *différence*. Aussi, si les droits en matière de religion présentent une nature collective, ils ne contribuent pas eux-mêmes à la reconnaissance de différences d'expression au sein du groupe. Or, il s'agit d'un élément important pour la sexualité (peut-on être un bon pratiquant chrétien, juif, musulman ou autre et homosexuel ?). L'histoire de la Santé est elle-même remplie d'exemples d'abus que ce soit en termes de distribution discriminatoire des soins, en termes de coercition dans leur application, ou encore en termes de catégorisations des individus²²². Comment ces droits sont-ils aujourd'hui entendus ? Et comment leur mise en œuvre peut-elle servir le cadre conceptuel des « *droits sexuels* » ?

Les principes issus de la mise en œuvre de la Liberté religieuse. A.MILLER relève que l'étude des textes et de la pratique relative à la Liberté religieuse permet de dégager cinq grands principes d'application au rang desquels il faut distinguer : « (1) *The absolute right to have (or not have) an identity*, (2) *The recognition of a relationship between the individual and the community*, (3) *The acceptance of public and private aspects of practice*, (4) *A discussion of the scope of activities that are accepted as manifestations of religion* and (5) *The limited ability to restrict manifestation* »²²³.

Cette conception de l'exercice de la Liberté religieuse est parfaitement applicable à la Liberté sexuelle : il s'agit en effet de reconnaître des aspects fondamentaux de la personnalité, puis d'en garantir la pleine jouissance tout en admettant que cette dernière soit soumise à un contrôle limité. Néanmoins, ce schéma n'exige pas la mise en œuvre d'un modèle social permettant l'autonomie et l'autodétermination sexuelles. Par conséquent, il s'agit d'utiliser à nouveau, le cadre du Droit de la santé.

Les obligations issues de la mise en œuvre des droits en matière de santé. Faire référence au Droit de la santé n'induit pas, rappelons-le, l'assimilation des « *droits sexuels* » à des seules considérations relevant de la santé sexuelle. Ce cadre est simplement utile en ce qu'il permet de se rapporter de façon concrète aux obligations-types pour les Etats de *respecter, protéger et instaurer* des conditions matérielles, structurelles, légales, politiques, culturelles, personnelles, collectives, religieuses, etc. applicables en matière de Droit de la santé. Nous l'avons vu, ce schéma d'obligations représente une promesse d'effectivité des droits humains et constitue la garantie du développement individuel ou en société de la personnalité sexuelle. En effet, cette approche permet d'explorer les conditions dans lesquelles des personnes *différentes* sont soit en position de négocier ou soit totalement dépourvues de la capacité de faire des choix, concernant leur activité sexuelle, leur partenaire et leur identité. Concrètement, cette approche

²²¹ A. MILLER, « Human Rights and Sexuality, *Op. Cit.*, p.300.

²²² A.MILLER, *Op. Cit.*

²²³ A.MILLER, *Op. Cit.*, p.301.

appliquée à la reconnaissance du fait que la sexualité constitue un élément déterminant de la personne humaine oblige les Etats à s'interroger sur les conditions sociales susceptibles de placer l'enfant, l'homme, la femme ou la personne *queer* face à un risque d'abus ainsi que sur la nature de l'abus relatif à la sexualité.

Par conséquent, il semble que l'affirmation d'un concept de « *droits sexuels* » n'a rien de contradictoire avec le type d'obligations déjà reconnues pour d'autres droits humains au niveau universel. Le pari est simplement de faire clairement et formellement accepter le fait que la sexualité est une dimension essentielle de la personne humaine qui nécessite qu'on la protège de façon autonome et en interaction avec les principes de droits humains déjà reconnus.

La démarche proposée par A.MILLER n'est pas récente. Néanmoins, la question de développer un cadre visant à faire respecter la sexualité de *tous* les individus reste, elle, d'actualité. Nous l'avons vu, lorsqu'il entend protéger la sexualité des personnes, le DIDH se réfère à la sexualité des femmes ou protège une diversité sexuelle s'adressant essentiellement aux personnes LGBTQ. Cette tendance résulte essentiellement de ce que ces mouvements ont été les premiers à se mobiliser et à se créer une place sur la scène politique. Cependant, de nouveaux mouvements dont les revendications entrent dans le cadre des « *droits sexuels* » voient le jour. Il s'agit d'associations de séropositifs, de travailleurs sexuels, des *jeunes* LGBTQ, des travestis et des intersexuels qui ont tous en commun de « représenter des populations marginalisées sur le plan économique comme sur le plan culturel²²⁴ ». De sorte que la proposition d'A.MILLER d'établir pour les « *droits sexuels* » une catégorie autonome et s'adressant à *tous* prend ici tout son sens.

Ceci nous amène donc à la question de savoir quels sont les destinataires des « *droits sexuels* » et surtout à nous interroger sur l'application du principe d'universalité dans la protection actuelle des droits relevant de la sexualité. (2)

2- Les « *droits sexuels* » : un concept réalisant la promesse d'universalité des droits humains

Autant que l'existence du paradigme des droits humains comme promesse d'un droit à une vie épanouie²²⁵, la promesse d'une application universelle de ces droits constituent un véritable défi. Mais lorsque certaines dimensions fondamentales de la personne humaine ne sont pas élevées au rang de normes universelles, ni ne sont, de fait, appliquées en partant de la logique de l'universalité, cela peut empêcher le droit de jouer son rôle.

a. Confronter universalité et sexualité

« *Que veut dire les droits de l'Homme sont universels ?*²²⁶ ». Comme le relève J.B MARIE²²⁷, « affirmée en tant que principe, l'universalité des droits de l'Homme répond à une double exigence à la fois éthique et logique. En termes catégoriques : soit les droits de l'Homme sont

²²⁴ R. PETCHESKY, « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuelles dix ans après Beijing », *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n°184, juin 2005, p.340.

²²⁵ Il ne faut bien entendu pas ici considérer ces termes comme relevant directement d'un concept juridique.

²²⁶ FERNANDEZ A., « Pour l'universalité des droits de l'homme. Des idées pour penser l'universalité », *Vers une culture des Droits de l'Homme*, coll. Droits Humains, Culture, Economie et Education, AIDH, Avril 2003, p.89.

²²⁷ J.B MARIE, « Spécificités culturelles versus universalité des droits de l'Homme : Quel défi ? », TEHDITLER (H.Y), *Threats to Human Rights in the Beginning of the Twenty-first Century/Menaces sur les droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Publication Hacettepe, University Centre for Research and Application of the Philosophy of Human Rights and UNESCO Chair, Ankara, 2004, p.75.

universels, soit ils ne le sont pas. L'alternative s'impose de toute évidence : ou bien les droits de l'Homme sont reconnus à tous les individus –du seul et simple fait qu'ils sont des êtres humains, qu'ils sont « membres de la famille humaine²²⁸ » - sans distinction aucune, quelle que soit leur condition et en tout lieu, ou bien ces droits perdent leur véritable sens et sont dénués de portée réelle. »

Il s'agit donc de savoir si la conception actuelle du sujet de droits universel correspondant aux exigences de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, s'applique dans le domaine de la sexualité et si, partant, la protection accordée aujourd'hui aux « *droits sexuels* » permet d'affirmer l'existence d'un sujet sexuel et universel.

Universalité et particularité. Tandis que le caractère universel des droits humains, a été réaffirmé en tant que principe fondamental à l'occasion de la *Conférence de Vienne* (1993), « l'universalité peut s'appréhender également comme un but à atteindre dans la confrontation avec les situations concrètes. (...) [En effet] l'universalité ne peut demeurer exclusivement au niveau d'un principe- nécessairement abstrait et général- mais doit être ancrée et développée dans la pratique, en partant des individus *situés* et des sociétés telles qu'elles existent aujourd'hui, là où s'affirment concrètement les particularités »²²⁹. Ainsi doit-on comprendre que c'est au nom de l'universalité que le particularisme doit justement être pris en compte car comme l'ajoute l'auteur, « l'universalité des droits de l'Homme ne se plaide pas mais c'est la particularité (...) qui est mis en examen »²³⁰. C'est donc en ce sens que le Droit repose essentiellement sur un travail de catégorisation : parce que les droits de l'Homme sont des principes universels, ils sont les droits de tous les individus. Or, puisque, *de facto*, la vie en société entraîne des inégalités, il s'agit de tenir compte des particularismes pour rendre réelle cette universalité. Ceci passe le plus souvent par une application du principe de non-discrimination.

De la reconnaissance des particularismes de l'individu à la reconnaissance des particularismes des dimensions le composant. La notion de particularisme constitue le fondement idéologique de la création des instruments de protection spécifiques visant entre autres les femmes, les enfants, les handicapés etc. Il ne s'agira pas pour nous de remettre en cause la nécessité de la protection de ces groupes nécessitant une protection singulière. Néanmoins, au-delà de l'interrogation relative au particularisme des individus, il s'agit d'interroger l'idée du particularisme du domaine, des dimensions essentielles de cet individu. En effet, non seulement un droit reconnu comme déterminant pour le développement de l'individu doit être appliqué à *tous* les individus, mais il faut aussi travailler à ce que l'universalité demeure le principe et la particularité l'exception, pour empêcher qu'un droit ne soit reconnu qu'à certains, présentant des dimensions particulières. Rappelons que la promesse d'universalité des droits humains signifie protection pour *tous* les individus puis protection de *certain*s, et non l'inverse.

Universalité et non-discrimination. On comprendra alors que cette manière de penser l'universalité des droits humains n'est pas compatible avec la protection actuellement accordée aux personnes en matière de sexualité : nous l'avons déjà souligné, la Liberté sexuelle n'est proclamée par aucun instrument universel. De sorte que lorsqu'elle est protégée, elle ne l'est qu'au nom de la reconnaissance d'une situation spécifique et dépend non seulement de la faculté de l'individu à revendiquer sa singularité mais aussi et surtout du caractère relatif du principe de non discrimination. En effet, bien qu'absolue par principe, la non-discrimination ne

²²⁸ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Préambule, 1er considérant.

²²⁹ J.B MARIE, *Op. Cit.*, p.78.

²³⁰ J.B MARIE, *Op. Cit.*, p.81.

peut qu'être relative en pratique, ceci relève d'une simple logique : la Loi est une norme objective et le juge, en ce qu'il applique la Loi, est également objectif, mais si de fait la Loi discrimine, le juge, sous couvert d'objectivité, de fait discriminerait également. Bien que l'on puisse aisément rétorquer que la Loi est, par principe, énoncée en termes généraux pour en permettre l'interprétation à la lumière des conditions politiques et sociales de son application, il n'en reste pas moins que son objectivité dépendra des normes sociales qu'elle entend protéger.

Ainsi, soit que la Liberté sexuelle telle qu'elle est protégée aujourd'hui ne l'est *que* de façon particulière et, en ce qu'elle ne permet pas la mise en capacité des individus à revendiquer cette Liberté et les différentes dimensions qui y sont attachées, elle ne répond pas à l'exigence d'universalité des droits humains (la Liberté sexuelle doit être reconnue pour *tous* pour que *chacun* puisse être en mesure de la revendiquer) ; soit que le cadre actuel des droits humains n'est pas lui-même appliqué de façon universelle, lorsqu'il entend protéger certaines normes sociales vécues pourtant par certains comme annihilantes.

b. Vers une objectivisation de l'ordre de protection de la sexualité : théoriser le « sujet sexuel universel »²³¹

L'orientation sexuelle, créatrice de statut. Pour appréhender le dilemme relatif à la Loi objective dépendant de la norme sociale, penchons-nous sur certains exemples de la jurisprudence européenne étudiée plus haut. Celle-ci semble distinguer le sujet homosexuel du sujet hétérosexuel, et si elle reconnaît les particularismes des transsexuels, elle entend, une fois leur conversion admise, les protéger comme les personnes hétérosexuelles²³² (on peut se demander la position qu'adopterait la cour si un cas de transsexuel homosexuel se présentait à elle). Nous l'avons répété, la question de l'homosexualité est essentiellement traitée par les juges européens dans le cadre du droit au respect de la vie privée. Or, à bien regarder cette jurisprudence, la référence à l'*orientation sexuelle* paraît être créatrice d'un *statut* basant l'interdiction de la discrimination. Ainsi « *homosexuals are (...) undergoing a process of minoritization within a 'private' juridical space of toleration* »²³³.

Dans le domaine de la sexualité, pour comprendre les liens entre Loi et normes sociales, il nous faut revenir sur les notions de genre, sexe et sexualité que nous avons abordées en introduction.

Comme nous le rappelle M.GRIGOLO, l'hétérosexualité établie en tant que norme morale et comportementale et centrée sur la famille biologique traditionnelle a fait de l'homosexuel ou pour aller plus loin, de la personne *queer*, celui ou celle qui devait être regardé comme *l'autre* : le « déviant sexuel », perçu à travers les époques comme « honteux », « criminel », souffrant d'une « pathologie »²³⁴.

« *The processus of othering* ». Ce processus consistant à rendre, à faire « *autre* » (*processus of othering*) ces individus, a permis en quelque sorte de stabiliser les rapports entre les genres. Mais il peut aussi être considéré comme un moyen de les contrôler, en termes d'hétéro-

²³¹ Il faut comprendre le terme « sujet » en tant que « sujet de droits ».

²³² Cour. EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11.07.2002.

²³³ M. GRIGOLO, *Op. Cit.*, p.1024.

²³⁴ M.FOUCAULT, cite par M. GRIGOLO “ This is the moment of « the interpenetration of the deployment of alliances and that of sexuality (...) since the eighteenth century the family has become an obligatory of affects, feelings, love (...) Sexuality has its privileged point of development in the family ” (“*L'Histoire de la sexualité, Vol.1. Une Introduction*, Gallimard, 1994.)

normativité²³⁵. La famille constitue alors un espace où les relations de pouvoirs entre les *genres* (la femme et le mari) peuvent être maintenues et reproduites. C'est d'ailleurs le modèle que l'on retrouve au sein des textes du Caire et de Beijing. De sorte que, comme le note M.GRIGOLO « *the regulation of sexual desire around semiotic of the phallus and the construction of the female sexuality « as passive » led in turn to the « disappearance » of lesbianism* »²³⁶.

« **Essentialisation** » des **identités**. Face aux différentes revendications identitaires, cette catégorisation entraîne une « essentialisation ²³⁷ » des « différents », des « autres ». Ainsi, pour favoriser la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles a-t-on soutenu que l'homosexualité était un fait immuable. De même, les femmes ont élaboré des théories relatives au fait d'« être » femme. Ainsi, en se basant sur ce caractère immuable des identités défendues, une lutte à la faveur de transformations sociales et culturelles a été menée et nul ne doute que des progrès sociaux, culturels et juridiques ont été obtenus, nous les avons partiellement décrits.

Les limites de la théorie essentialiste. Cependant, il semble que cette vision de la protection des particularismes s'appuyant sur la théorie essentialiste présente quelques limites conceptuelles. En effet, comme le relève M.GRIGOLO « *a part from the increasing difficulty of uniting a variety of experiences and needs under conceptual categories such as « woman », « heterosexual », the major pitfall of the essentialist perspective is that it reinforces the dichotomy within which the « other » is defined (homosexual, woman, woman homosexual)* »²³⁸.

De sorte que ce modèle contribue à faire perdurer le rapport de force dominant (*a priori* homme, hétérosexuel)/dominé (autre). En plus de faire subsister ce rapport, il oblige également le dominé à se définir lui-même et à agir politiquement sur la base de ce schéma binaire et des limites culturelles dictées par le « dominant ».

Approcher ce modèle en y intégrant les perspectives de la théorie *constructionniste* peut permettre de dépasser ce schéma social : c'est ce défi qu'ont relevé les féministes et les fondateurs de la théorie *queer*.

La théorie constructionniste. Ainsi, au lieu de se référer à des catégories fixes telles que « sexe » ou « homosexuel », la théorie *queer* insiste sur leur artificialité : ces catégories ne font que reproduire le système de rapport de pouvoir existant. Or, ce schéma ne concorde pas avec l'affirmation de plus en plus marquée de l'existence d'une multitude d'identités sexuelles. Comme le relève M.GRIGOLO « *the emergence of transgenderism²³⁹ and transsexualism as*

²³⁵ « Le contrôle de l'homosexualité n'est qu'un aspect du contrôle de l'hétérosexualité » CHAUNEY, « Genres, identités sexuelles et conscience homosexuelle dans l'Amérique du XXe », in D.Eribon (ed.), *Les études gays et lesbiennes. Colloques du Centre Georges Pompidou 23 et 25 juin 1997*, cité par M.GRIGOLO (*op.cit.*).

²³⁶ M. GRIGOLO, *Op. Cit.*, p.1024.

²³⁷ Il s'agit de faire ici référence aux différents mouvements essentialiste et constructivistes entourant la thématique du sexe et du genre.

Voir sur ce point : R. SAMSO, « Oser dire l'homosexualité en droit... et la rendre intelligible », *Mc Gill Law Journal*, Vol.49, Octobre 2003, p.822.

²³⁸ M.GRIGOLO, *Op. Cit.*, p.1025

²³⁹ Selon M.GRIGOLO « *Transgenderism is a huge container of gender identities such as 'pre-operative and post-operative transsexuals, transgenderists (persons living full time in a gender other than their birth sex with no desire to pursue surgery); transvestites (preferred term: crossdress, those whose gender expression occasionally differs from their birth sex); 'mannish' or 'passing' women, whose gender expression is masculine and who are often assumed to be lesbians, although this is not necessarily the case; 'feminine' men who are often assumed to be homosexual, although they are just as often heterosexual; and intersexed persons, whose sex was arbitrarily*

identitarian and political phenomena has demonstrated the apparent paradox of building (fixed) identity upon the impossibility of any (fixed) identity. And it has become clear that sexual borders and roles can themselves be perceived and experienced in different ways along other identitarian axes such as class, ethnicity, nationality, age and disability »²⁴⁰.

Ainsi, l'un des objectifs principaux de la théorie *queer* a été de montrer les limites d'une politique s'attachant strictement (essentiellement) aux identités sexuelles. En effet, cette approche tend à stigmatiser les différences et par conséquent, dans le domaine relatif à l'activité sexuelle par exemple, peut conduire à développer un climat de « honte » : « *The shame puts sexual identity politics under constant threat of failure whenever sexual activity and desire emerge in 'unacceptable' forms* »²⁴¹.

Comme M.WARNER l'a relevé « *sex can be stigmatised, or become target of phobic reaction, in ways that are not focus [gay, lesbian, bisexual and transgender identities] (...). So even an expanded catalog of identities can remain blind to the ways people suffer, often indiscriminately, from gender norms, object orientation norms, norms of sexual practice and norm of subjective identification* »²⁴².

Défendre le concept de sexualité fluide. Dans son étude se concentrant essentiellement sur la dichotomie hétérosexualité/homosexualité, M.GRIGOLO propose de s'éloigner du schéma concevant ces deux réalités comme étant opposées. Elle invite à dépasser ce modèle binaire pour soutenir le concept de « sexualités ». Cette représentation permet alors de penser la sexualité en termes de choix (d'identité, de comportement, etc.).

Cette notion de choix n'est pas sans influence sur les modes de définition de la famille. Et nous l'avons vu, cela a débouché sur un large contentieux devant la Cour.EDH. Dans ce domaine, l'enjeu principal de l'acceptation du principe de « fluidité » des sexualités est de parvenir à « détraditionnaliser » le modèle familial pour parvenir à réaliser le principe d'égalité. Il s'agit en ce sens, de permettre à l'individu, au sujet de droits de faire, en lien avec sa sexualité, des choix en toute autonomie et, au-delà, de s'autodéterminer ; étant entendu que des considérations de classe sociale, d'âge, de genre, d'ethnie et de nationalité etc. influenceront également ce choix.

Quelles influences peuvent avoir ces théories sur une démarche cherchant à défendre la reconnaissance du concept de « droits sexuels » ? Il semble que la Cour ait opté pour la doctrine essentialiste lorsqu'elle protège les droits en matière de sexualité. De sorte que c'est par opposition à la logique binaire de la sexualité que les juges européens font prévaloir dans leur interprétation, que M. GRIGOLO pose la nécessité de reconnaître le *sujet sexuel universel* : à cet égard la Convention se présente comme un système universel construit sur une présomption d'hétérosexualité. Nous proposons de dépasser l'idée d'un sujet sexuel universel attachée au contexte des orientations et de l'identité sexuelle. Il s'agit alors de penser ce concept (1) en tant que moyen permettant de se détacher d'une application des droits humains basée sur une vision de la société hétéro-normée mais aussi (2) en tant que moyen de se détacher de l'idée selon laquelle une protection des droits en matière de sexualité ne concerne que certains groupes d'individus : c'est, en ce sens, concevoir que l'on puisse également porter

assigned after birth and who often manifest physical characteristics, expression or identity that differs from the sex assigned without their consent"

²⁴⁰ M.GRIGOLO, *Op. Cit.*, p.1025.

²⁴¹ ²⁴¹ M.GRIGOLO, *Op. Cit.*

²⁴² M.WARNER, *The Trouble with Normal. Sex, Politics and the Ethics of Queer life*, Harvard University Press, 1999, cité par M.GRIGOLO.

atteinte à la Liberté sexuelle du sujet a priori dominant (homme hétérosexuel) mais aussi, que d'autres groupes que ceux ayant déjà obtenus les bénéfices d'une certaine protection dans le cadre universel existant, puissent se prévaloir et être mis en mesure de penser leurs droits en matière de sexualité²⁴³.

Le cadre spécifique des « *droits sexuels* » permettrait de rendre effectif le concept de « sujet sexuel universel » et inversement. En effet ce cadre, nous l'avons dit, serait le moyen de jouir de sa sexualité au sein d'un espace juridique permettant autodétermination et développement personnel eu égard à ses propres choix sexuels plutôt que sur la base de son statut dans la société. Il s'agirait donc de garantir l'égalité et la non-discrimination en dehors du « statut sexuel » de l'individu .

Les critiques de l'application de la théorie constructiviste à la protection du sujet sexuel.
Bien entendu, cette perspective constructiviste et individualiste n'est pas sans limite. S.SEIDMAN a pu critiquer « *the progressive destabilization of identities productive of rich experiences, subjective stability, and social bonds, as a result of deconstructive analyses of essentialism* », et soutient que « *the queer theorists have been unable to provide a new ethical order and address considerations of power and legitimate normative regulations* »²⁴⁴.

Cependant, comme le relève M.GRIGOLO, aborder la question du sujet sexuel en universalisant la notion, en essayant d'« objectiviser » la notion de « titulaire » des « *droits sexuels* » ne constitue nullement une remise en cause de l'hétérosexualité ou encore des spécificités attachées à l'identité homosexuelle ou autre. Il s'agit simplement d'étendre la possibilité à d'autres personnes de se définir elles-mêmes de façon alternative mais pour autant valable. Ainsi, cherche-t-on à faire valoir les implications positives de l'individualisme des droits humains, en plaçant le sujet sexuel dans une position lui permettant d'affirmer activement ses droits en matière de sexualité contre une tendance à se considérer comme un sujet passif n'ayant besoin que du respect de l'égalité et donc d'une protection.

c. Des « droits sexuels » universels pour le « sujet sexuel universel »

Penser l'universalité des droits humains en termes d'universalité des titulaires de droits, permet, en matière de sexualité, de venir constater la nécessité d'étendre notre conception du sujet sexuel : celui-ci ne peut être **qu'**hétérosexuel. De sorte qu'admettre que tous les individus sont des sujets sexuels revient à dire que tous les individus sont titulaires de droits et d'obligations en matière de sexualité.

²⁴³ On peut alors penser, entre autres, aux questions controversées de la sexualité des handicapés (<http://www.asph.be/>) ou encore des personnes intersexuées su<http://www.intersexualite.org/Europe-Index.html>. Sur cette idée de la nécessité de reconnaître un cadre des « droits sexuels » pour *tous*, aller voir le rapport d'E. ESPLÉN., *Genre et Sexualité : Boîte à Outils*, Document BRIDGE (Gender&Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007 ou encore R.PETCHESKY, « Droits du corps et perversions de la guerre », *Op. Cit.* , p.340. (« On ne peut plus présenter le corps de la femme comme site inhérent et exclusif de «droits sexuels» et génésiques ou de violations sexuelles et génésiques. Ce serait nier les nombreuses façons dont les corps des hommes sont eux aussi menacés de souffrir, d'être victimisés, de subir des violences sexuelles, des mutilations génitales et de mourir du sida »)

²⁴⁴ S. SEIDMAN, *Différence Troubles. Queering Social Theory and Sexual Politics*, Ed. Cambridge University Press, 1997, p.159 cité par M.GRIGOLO p.1028.

Le concept de « *droits sexuels* » intègre cette vision positive et émancipatrice de la sexualité, qui selon I.SAIZ ne doit pas seulement être vue « *as something to be protected from violence or other interference, but also as social good to be respected, protected, and fulfilled* »²⁴⁵.

Celui-ci emporte également le défi de l'universalité en ce qu'il permet prendre en compte toutes les questions relatives à la sexualité humaine. Parce que les « *droits sexuels* » sont au croisement des questions relatives à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, aux restrictions, dans certaines régions du monde, de toutes les formes d'expressions sexuelles en dehors du mariage, ou encore relatives aux abus contre les travailleurs du sexe, les porteurs du VIH, etc. il ne s'agit donc plus de penser la *sexualité comme dimension essentielle de la personne humaine* de façon fragmentée. Le concept permet en outre d'identifier les différentes racines et formes d'oppression.

Egalement instrument de politique, la notion de « *droits sexuels* » permettrait de construire des « *ponts*²⁴⁶ » et de créer des coalitions entre les différents mouvements travaillant sur les questions de la sexualité ; ils affronteraient ainsi plus efficacement les obstacles communs à leur lutte (tels que les fondamentalismes religieux, les arguments des traditions culturelles, etc.).

En somme, le cadre des « *droits sexuels* » permet d'affirmer que la sexualité constitue une dimension fondamentale de l'être humain en ce qu'elle est nécessaire au plein développement de la santé et de la personnalité humaine, tout comme peuvent l'être la liberté de conscience et l'intégrité physique.

²⁴⁵ I.SAIZ, *Op. Cit.*, p.65.

²⁴⁶ R.PARKER, *Op. Cit.*, p.31-37

CONCLUSION

Les « *droits sexuels* » pourraient-ils constituer un nouveau paradigme dans le schéma actuel de protection des droits humains ou ce schéma constitue-t-il lui-même un paradigme efficace à la protection de la sexualité de la personne humaine ? Si la question est alternative, la réponse, elle, ne l'est pas. Les « *droits sexuels* » ont besoin du paradigme des droits humains et s'y intègrent, tout comme le système universel des droits humains a besoin d'admettre la spécificité d'une protection des droits en matière de sexualité.

Selon A.MILLER, pour parvenir à faire expressément reconnaître le concept englobant de « *droits sexuels* » au sein du DIDH, quatre grandes étapes devraient être réalisées.

Premièrement, il faut qu'il soit admis que le DIDH a – en tant que méthode, entreprise juridique, lieu de débat, outil de justice sociale et de responsabilité – un rôle constructif à jouer en matière de sexualité. Les positions des différents rapporteurs onusiens, l'ancrage au sein du DIDH des différents droits et libertés appartenant au cadre « *droits sexuels* », ainsi que les possibilités de les protéger grâce à une interprétation dynamique des instruments existants, nous montrent que cette étape est en partie franchie.

Deuxièmement, ce projet doit défendre que l'identification de la sexualité comme élément principal de la personne humaine puisse inclure la *différence sexuelle*. Pour l'instant, si ce point a été admis dans diverses décisions jurisprudentielles ou quasi-jurisprudentielles, aucun texte de droit international de l'ordre onusien contraignant ne vient affirmer clairement le droit à la différence sexuelle.

Troisièmement, le projet doit assumer le fait qu'il y ait une relation fonctionnelle importante entre le cadre conceptuel et l'action stratégique. Cela implique la formulation d'une déclaration instituant la sexualité en tant que droit humain, qui soit suffisamment « neutre » pour pallier aux éventuelles réticences des gouvernements à l'adopter. Puisque ce cadre aurait vocation à défendre l'idée d'un « sujet sexuel universel », il s'agit donc de créer un instrument suffisamment « universalisable » pour être appliqué partout et pour tous. A cet égard, on peut se demander si la définition de travail élaboré au sein de l'OMS est susceptible d'emporter une telle adhésion.

C'est en cela, et il s'agit de la dernière étape, que l'élaboration d'un tel instrument ne pourra passer que par l'engagement d'un processus participatif impliquant tous les types d'acteurs travaillant sur les questions de sexualité et issus de toutes les cultures.

La mise en œuvre d'un cadre autonome des « *droits sexuels* » au sein du DIDH répond au besoin stratégique d'affirmer, pour mieux garantir, la reconnaissance de la sexualité comme dimension essentielle de la personne humaine. Or, pour y parvenir, il s'agit bien de relever le défi de ce que P.BOURDIEU²⁴⁷ appelle « l'hypocrisie collective » dont les juristes sont les « gardiens hypocrites », à savoir le « respect de l'universel ».

²⁴⁷ P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. CHAZEL & J. COMMAILLE (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll Droit et Société, 1999, p.91.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la Culture Juridique*, coll. Quadrige Dicos Poche, Presse Universitaire de France, 1^{ère} ed., Octobre 2003.
- GUILLIEN R., *Lexique des termes juridiques*, Ed. Dalloz-Sirey, 2001.
- HANSKI R. & SUKSI M., *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2004.
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Ed. Armand Colin, 2003.
- MARKS S. & CLAPHAM A., *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, 2005, pp.327-343.
- SHAW M. N., *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003.
- STIRN B., *Les libertés en questions*, Ed. Montchrestien, 2006.
- SUDRE F. & alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, coll. Themis Droit, Presse Universitaire de France, 2^{ème} éd., septembre 2004.
- SUDRE F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Presse Universitaire de France, 7^{ed}, 2005.
- TERRE F., *Introduction générale au droit*, Paris, Précis Dalloz, 5^{ed}, 2000.

OUVRAGES SPECIALISES

- ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994.
- BALMOND L., *La sécurité internationale entre rupture et continuité*, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Guilhaudis, Ed. Bruylant, 2007.
- BORILLO D. & LOCHAK D., *La liberté sexuelle*, Presse Universitaire de France, 2005.
- COOK R., DICKENS B., FATHALLA M., *Santé de la reproduction et droits humains*, Ed. Masson, Coll. Abrégés, 2005.

- COURVOISIER C. & CHARLOT P., *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Editions Universitaires Dijon, 2003.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Ed. Dalloz, 2008.
- FRAISSE G., *La controverse des sexes*, Presse Universitaires de France, 2001.
- IACUB M., *Le crime était presque sexuel*, Ed. Epel, 2002
- KNOP K., *Gender and Human Rights*, Oxford University Presse, 2004.
- LAVAUD-LEGENDRE B., *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Presse Universitaire de France, 2005.
- Mac KINNON C., *Le féminisme irréductible*, Edition des Femmes, 2005.
- MARKS S. & CLAPHAM A., *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, 2005.
- PARKER R., BARBOSA R.M, AGGLETON P., *Framing the sexual subject. The Politics of Gender, Sexuality and Power*, University of California Press, 2000.
- POUMAREDE J. & ROYER J.P, *Droit, Histoire et Sexualité*, Publications de l'Espace Juridique, 1987.
- SUDRE F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, 2005.

DOCTRINE

- ABEYESEKERA S., « Activism for sexual and reproductive rights: progress and challenges », *Health and Human Rights: An International Journal*, vol.2, No.3, 1996, p. 39.
- ALSTON P., « Conjuring up new Human Rights: a proposal for quality control », *American Journal of International Law*, July 1984, p.607.
- BOKATOLA I.O., « Le droit international des droits de l'homme. Conception-Elaboration- Aboutissement », *Association Mondiale pour l'Ecole Instrument de Paix*, 2001, <http://www.eip-cifedhop.org/publications/boka/boka1.html>
- BOIVIN M., « La catégorie « femme/s » dans la discrimination sur le sexe », *Canadian Journal of Law and Society*, Spring 1998, p.29.
- P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. CHAZEL & J. COMMAILLE (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll Droit et Société, 1999, p.91.

- BOURRIÉ-QUENILLET M., « Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, n° 51, Décembre 1996, I 3986, p.1.
- CARBON J., « Autonomy to choose what constitutes family: oxymoron or basic right? », *IUS Gentium*, 2007, p.11. [westlaw]
- CORREA, « Sexual rights : much has been said, much remains to be resolved », *Sexuality, Health and Gender Seminar*, Columbia University, October 2002 <http://www.dawnnet.org/publications/docs/sexualitypolicyjan03.doc>
- BRUGGEMAN M., « L'avortement en Europe : état des lieux », *Droit de la famille*, No. 4, Avril 2008, Alerte 30, p.1 [Lexis Nexis]
- COOK R.& FATHALLA M., « Duties to implement reproductive rights », *Nordic Journal of International Law*, 1998, p.1.
- DE SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, p. 827.
- DREYER E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz Sirey*, 2006, p.748.
- DRUELLE, *Droits des [lesbiennes] sur scène mondiale : des solidarités intersectionnelles sont-elles possibles ?*, Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2006. (<http://www.ceetum.umontreal.ca/Divers/AnickDruelle.pps#275,14>, Diapositive 14)
- DUNLOP J., KYTE R. & MAC DONALD M., « Women redrawing the Map: the world after the Beijing and Cairo conferences », *Johns Hopkins University Press*, 1996, p.153.
- ELY YAMIN A., « Defining questions: situating issues of power in the formulation of a rights to Health under International Law », *Human Rights Quarterly*, No.18.2, 1996, p. 398.
- ÉVAIN S., « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'Homme. À propos de l'arrêt : CEDH, 22 avril 1997, aff. X, Y et Z c/ Royaume-Uni », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, No. 51, 17 Décembre 1997, I 4071, p. 523.
- FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz Sirey*, 2008, p.31.
- GASPARD F., « L'ONU et les Droits des Femmes », *L'Observateur des Nations Unies*, Nos 20 & 21, 2006, p.285.
- GEORGITSI E., « De l' « impossible justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux », *Rapport français pour le 7e Congrès international de droit constitutionnel*, Atelier 13, 2007, p.1. (<http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/georgitsi.pdf>)

- GONZALEZ G., « La liberté sexuelle », in SUDRE F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, p. 174.
- GRUSKIN S., « The conceptual and practical implications of reproductive and sexual rights : how far have we come? », *Health and Human Rights : An International Journal*, Vol.4, No.2, 2000, p.1.
- GRIGOLO M., « Sexualities and the ECHR : Introducing the Universal Sexual Legal Subject », *European Journal of International Law*, Vol.14, November 2003, p. 1023.
- HEINZE E., « Discourses of Sex: Classical, Modernist, Post-Modernist », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, p.37.
- HIGGINS J & HIRSCH J, « The Pleasure Deficit: Revisiting the "Sexuality Connection» », in *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, The Alan Guttmacher Institute, Vol. 39, No. 4, 2007, p.240.
- JANSEN Y.O., « The right to freely have sex? Beyond biology: reproductive rights and sexual self-determination. », *Akron Law Review*, No.40, p.311.
- KAPUR. R., « The tragedy of victimization rhetoric: resurrecting the « native » subject in international/post-colonial feminist legal politics », *Harvard Human Rights Journal*, No. 15, Spring 2002, p.1.
- LACEY N., « Feminist Legal Theory and the Rights of Women », in KNOP K., *Gender and Human Rights*, Oxford University Presse, 2004, p.13.
- LOMA JOHNSTONE R., « Feminist Influences on the UN HR Treaty Bodies », *Human Rights Quarterly*, No. 28, 2006, p.148.
- MAKHLOUF OBERMEYER C., « A cross-cultural perspective on reproductive rights », *Human Rights Quarterly* 17.2, 1995, p. 366.
- MALAURIE P., « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la CEDH », *Les Petites Affiches*, Août 2006, No. 152, p.6.
- MARGUENAUD J.P, « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange. (Cour EDH grande chambre, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/Royaume-Uni*) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, p.862.
- MARGUENAUD J.P, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement (Cour EDH, 1re sect., 5 sept. 2002, décision sur la recevabilité *Boso c/ Italie*) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2003, p. 371.
- MARGUENAUD J.P, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la Femme : la question du viol (Cour EDH, 1re section *M. C. c/ Bulgarie*) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2004, p. 364.

- MARIE J.B., « Spécificités culturelles versus universalité des droits de l'Homme : quel défi ? », TEHDITLER (H.Y), *Threats to Human Rights in the Beginning of the Twenty-first Century/Menaces sur les droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Publication Hacettepe, University Centre for Research and Application of the Philosophy of Human Rights and UNESCO Chair, Ankara, 2004, p.75.
- MARQUES-PEREIRA B. & RAES F., « Les droits reproductifs comme droits humains : une perspective internationale », in COENEN M.T. (sous la direction de), *Corps de femmes. Sexualité et contrôle social*. Ed. De Boeck Université, 2002 p.19.
- MARTIN R., « L'Homme des droits », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p.283. (Lexis Nexis)
- MARZANO M. & MILON A., « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in BORILLO D. et LOCHAK D., *La liberté sexuelle*, Presses Universitaires de France, 2005, p.117.
- MATHIEU B., « Les conditions du recours à une interruption de grossesse au regard du droit au respect de la vie privée (Tysiac c. Pologne), *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, No. 17, Avril 2007, II 10071. p.36.
- MATHIEU B., « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect de la vie privée de la mère » (Note sous CEDH, 10 avril 2007, *JCP G La Semaine Juridique (édition générale)*, n° 22, 30 mai 2007, II, 10097, p.41.
- MBONGO P. , « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *Receuil Dalloz Sirey*, 2008, p. 99.
- MILLER A., « Human Rights and Sexuality: first step toward articulating a rights framework for claims to sexual rights and freedoms », *American Society of International Law*, 1999, p.288.
- MILLER A., « Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights », *Health and Human Rights: An International Journal*, Vol.4, No.2, 2000, p. 69.
- MILLER A., « Sexual Rights, Conceptual Advances: Tensions in Debate », article présenté au Séminaire sur les droits sexuels, reproductifs et humains, *CLADEM*, 5-7 Novembre 2001. Disponible sur: http://www.choike.org/documentos/alice_miller.pdf
- MILLER A. & VANCE C., « Sexuality, Human Rights and Health », *Health and Human Rights: An International Journal*, vol.7 no.2, 2004, p.5.
- MILLER A., « Sexuality, Violence Against Women, and Human Rights: women make demands and ladies get protection », *Health and Human Rights: An International Journal*, vol.7 no.2, 2004, p.17.
- MILLER A., *Sexual Rights-where do we stand today?*, Seminar arranged by the Swedish Foundation for Human Rights, 2005. (<http://www.humanrights.se/upload/files/2/Rapporter%20och%20seminariedok/Report%20Sem%20Sexual%20rights%20050404.pdf>)

- NOWLIN C. « The protection of Morals under the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms », *Human Rights Quarterly*, No. 24, 2002 ,p.264.
- OST F. & Van DROOGHENBROECK S., « La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme », in DUMONT H. & alii , *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, p.88.
- OTTO D., « Lesbians? Not in my Country: Sexual Orientation at Beijing World Conference on Women », *Alternative Law Journal*, 1995, p.288.
- PARKER R., « Sexual Rights: concepts and action », *Health and Human Rights: An International Journal*, vol.2, No.3, 1996, p.31.
- PETCHESKY R., « Sexual Rights. Inventing a Concept. Mapping an International Practice ». in PARKER R., BARBOSA R.M, AGGLETON P, *Framing the sexual subject. The Politics of Gender, Sexuality and Power*, University of California Press, 2000. p.80.
- PETCHESKY R., « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuelles dix ans après Beijing », *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n°184, juin 2005, p. 329.
- PHILLIPS O., « A brief introduction to the relationship between sexuality and rights », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 33, 2005, p.451.
- REGOURD S., « Sexualité et Libertés publiques », in POUMAREDE J & ROYER J.P., *Droit, Histoire et Sexualité*, Publications de l'espace juridique, 1987, p.309.
- ROMAN D., « Le corps-a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Receuil Dalloz Sirey*, 2005, p.1508.
- ROSAS & M. SCHEININ, « Categories and Beneficiaries of Human Rights », in R. HANSKI & M. SUKSI, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2004, p.49.
- ROTHSCHILD C., « Not your average sex story: critical issues in recent human rights reporting related to sexuality », *Health and Human Rights: An International Journal*, Vol.7 No.2, 2004, p.173.
- SAIZ I., « Bracketing Sexuality: human rights and sexual orientation-a decade of development and denial at the UN », *Health and Human Rights*, Vol.7 No.2, 2004, p.50.
- SAMSON R., « Oser dire l'homosexualité en droit... et la rendre intelligible », *McGill Law Journal*, Octobre, 2004, p.815.
- SHALEV C., « Rights to sexual and reproductive health: the ICPD and the CEDAW », *Health and Human Rights: An International Journal*, Vol.4 No.2, 2000, p.39.

- SCHEININ M., « Sexual Rights as human rights – protected under existing human rights treaties? » *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, 1998, p.17.
- SUDRE F., « Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, No. 30, Juillet 2005, I 159, [Lexis Nexis].
- SUDRE F. et GOUTTENOIRE A., « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante. (E.B c. France) », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, No 15, 9 Avril 2008, II 10071, [Lexis Nexis].
- TAMBIAH Y., « Sexuality and Human Rights », in SCHULER M.A, *From Basic Needs to Basic Rights: Women's Claim to Human Rights*, 1995, p. 369.
- TAMBIAH Y., « Realizing Women's Sexual Rights: challenge in south Asia », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, No.1, 1998, p.97.
- TOMUSHAT C., « La protection internationale des victimes », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol.18 No.15, Octobre 2006, p.1.
- WACHSMANN P. & MARIENBURG-WACHSMANN A. « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol.56, 2003, p.1157.
- WALKER K. L., « Evolving Human Rights Norms around Sexuality », *International Law Students Association Journal of International and Comparative Law*, Spring 2000, p.351.
- WINTEMUTE R., « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in BORILLO D et LOCHAK D., *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p.161.
- ZAMPAS C. et GHER M., « Abortion as a human rights – International and regional standards », *Human Rights Law Review*, 2008, p.249

RAPPORTS DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

- ALSTON P., *Introduction, in Manual Rights reporting*, UNHCR/UNITAR, UN Doc. HR/PUB/91/1, 1992.
- COE, *Activités du Conseil de l'Europe depuis 1995 en matière d'égalité entre les femmes et les hommes relatives aux objectifs stratégiques des programmes d'action de Beijing et de Vienne et aux mesures et initiatives de « Beijing + 5*, Direction Générale des Droits de l'Homme Strasbourg, 2004
- CONNELLY A., « Gender as Human rights issue in Strasbourg », in *Human Rights. A European perspective*, Editor Liz Heffernan, The Round Hall Press-Irish Center for European Law, 1994, p.267.
- COOMARASWAMY R. , *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes*, Conseil Economique et Social

de l'ONU, rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations unies chargée de la question de la violence contre les femmes, E/CN.4/2003/75, 2003.

- EIDE A., *The New economic order and the promotion of human rights*, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, UN DOC.E/CN.4/Sub.2/1987.23, 1987.
- ERTURK Y., « *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes. Vers une application effective des normes internationales visant à faire cesser la violence à l'encontre des femmes* », Conseil Economique et Social de l'ONU, Rapport du rapporteur spécial sur la violence contre les femmes, E/CN.4/2004/66, 2004.
- GOONESEKERE R., *Rights-based approach to realizing gender equality*, Division for the Advancement of Women, UN Doc, 1998 (<http://www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm>)
- HUNT P., *Le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint*, Conseil Economique et Social, UN. Doc E/CN.4/2004/49, 2004.
- JAHANGI A., *Droits civils et politiques. Les questions concernant les disparitions et les exécutions sommaires*, Conseil économique et social de l'ONU, Rapport du rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires, UN.Doc E/CN.4/2001/9, 2001.
- JILANI H., *Promotion et protection des Droits de l'Homme : défenseurs des droits de l'Homme*, Conseil Economique et Social, UN.Doc. E/CN.4/2001/94, 2001.
- OMS, *Sexual Health, a new focus for WHO*, Progress in Reproductive Health Research, WHO publication, No. 67, 2004. (<http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/67.pdf>)
- ONU, Comité des Droits Economiques et Sociaux, Rapport des 28^{ème} et 39^{ème} sessions, Supp. No. 2, au n° 125, UN Doc. E/2003/22. 2002.
- PETCHESKY R., *Reproductive and sexual rights : charting the course of transnational women's NGOs*, United Nations Research Institute for Social Development, June 2000
- RODLEY N., *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Assemblée Générale, Rapport du Rapporteur spécial sur torture, UN.Doc. A/56/156, 2001.
- U.E. MORONDO TARAMUNDI D., *Développement des théories sur les droits de la femme et le féminisme en Europe*, Série Droits des Femmes, Ed. Parlement Européen, 1999.

INSTRUMENTS DE REFERENCES

- COE, *Recommandation sur la prise en compte dans les actions de santé des spécificités entre hommes et femmes*, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Doc. CM/Rec (2008)1, 30 Janvier 2008
- COE, *Résolution 1607 sur l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe*, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 15^e session, 16 Avril 2008.
- ONU, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948
- ONU, Pacte International relatif aux droits civils et politiques, Assemblée Générale, Résolution 2200 A (XXI), Décembre 1966
- ONU, Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Assemblée Générale, 2200 A (XXI), Décembre 1966
- ONU. Convention relative à l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes, U.N. Doc. A/34/46, 1979
- ONU, Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, Assemblée Générale, Résolution 36/55, Novembre 1981
- ONU, Recommandation Générale 19, UN DOC A/47/38, 1992.
- ONU, Déclaration et Programme d'Action de Vienne, *Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme*, Vienne 14-24 juin 1993, A/CONF.157/23, 1993.
- ONU, « Programme relatif à la population et au développement », *Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement*, Le Caire 5-13 septembre 1994, New-York, ONU, Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques, ST/ESA/SER.A/149, Doc. A/CO NF.171/13, 1994.
- ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, A/RES/48/104, 1994
- ONU, « Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes », *Déclaration et Programme d'action de Beijing*, Beijing, 4-15 septembre 1995, Département de l'information, New-York, A/CONF.177/20/Rev.1, 1995.
- ONU, Déclaration du Millénaire, Assemblée Générale, Doc.UN A/RES/55/2, 2000.
- ONU, *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes*, Commission des Droits de l'Homme, UN. Doc. E/CN.4/2004/L.63, 15 avril 2004

JURISPRUDENCE

- Cour. EDH, *A.D.T c. Royaume-Uni*, Req. No.35765/97, 31.07.2000.
- Cour. EDH *Airey c/ Irlande*, série A, No. 32, 9.10.1979
- Cour. EDH, *Aydin c. Turquie*, Req. No. 57/1996/676/866, 25.10.1997
- Cour. EDH, *B. c. Royaume-Uni*, série. A, No.121, 8.07.1987
- Cour. EDH *C.R c. Royaume-Uni*, No. 48/1994/495/57722.11.1995
- Cour. EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Req. No. 7525/76, 22.10.1981
- Cour. EDH, *E.B c. France*, Req. No 43546/02, 22.01.2008
- Com. EDH, *F. c. Suisse*, Req. No. 11680/85, 10.03.1988
- Cour. EDH, *Fretté c. France*, Req. No. 36515/9, 26.02. 2002
- Cour. EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, Req. No. 28957/95, 11.07.2002
- Com. EDH, *Islande*, Req. No. 6825/74. 18.05.1976
- Cour. EDH, *K.A & A.D c. Belgique*, Req. Nos. 42758/98 et 45558/99, 17.02.2005
- Cour. EDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, Req. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 7.12.1976

- Cour. EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, Req. No.109/1995/615/703-705, 19.02.1997
- Cour. EDH, *Lustig-Prean et Beckett ; Smith et Grady c. Royaume-Uni*, Req. Nos. 31417/96 et 32377/96, 27.09.1999
- Cour. EDH, *L.V c. Autriche* , Req.No. 39392/98 et 39829/98, 9.01.2003 CEDH,
- Cour. EDH, *M.C c. Bulgarie*, Req No. 39272/98, 04.12.2003,
- Cour. EDH, *Modinos c. Chypre*, Req. No.15070/89, 22.04.1993
- Cour. EDH, *Norris c. Irlande*, Req. No.8225/78, 26.10.1988
- Cour. EDH, *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlande*, Req. No. Requête n°14234/88; 14235/88, 29.10.1992
- Cour. EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, Req. No. 2346/02, 29.04. 2002
- Cour. EDH, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, Req. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13.02.2003
- Cour. EDH, *S.L. c. Autriche*, Req. No. 45330/99, 9.01.2003
- Cour. EDH, *Stubbings c. Royaume-Uni*, No. 36-37/1995/542-543/628-629, 22.10.1996
- Cour. EDH, *S.W c. Royaume-Uni*, No.47/1994/494/576, 22.11.1995
- Cour. EDH, *Tremblay c. France*, Req. No. 37194/02,11.12.2007.
- Cour. EDH, *Tysiac c/ Pologne*, Req. No. 5410/03, 20.03.2007
- Cour. EDH, *Van Kück c. Allemagne*, Req. No. 35968/97, 12.06.2003
- Cour. EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, Req. No. 8978/80, 26.03.1985
- ONU. Communication No. 488/1992: Australie, CCPR/C/50/D/488/1992, Nicholas Toonen c. Australie, 4 avril 1999

RAPPORTS ET ARTICLES DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

Action Canada for population and Development

- BEAVERS S., *UN Reform and Advancing Human Rights. Notes for Sexual Rights and Reproductive Rights Advocates*, Action Canada for population and Development, August 2005.

AIDH

- FERNANDEZ A., « Pour l'universalité des droits de l'homme. Des idées pour penser l'universalité », *Vers une culture des Droits de l'Homme*, coll. Droits Humains, Culture, Economie et Education, AIDH, Avril 2003, p.89.
- MEYER-BISCH P. , « Présentation systémique des droits humains », *Vers une culture des Droits de l'Homme*, coll. Droits Humains, Culture, Economie et Education, AIDH, Avril 2003, p. 8.

Amnesty International

- AMNESTY INTERNATIONAL, *Pour que les droits deviennent réalité. Les États ont le devoir de combattre la violence contre les femmes*, AI, ACT 77/049/2004, Londres, 2004.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Human Rights and Sexual Orientation and Gender Identity*, ACT 79/001/2004, Mars 2004.

BRIDGE, Centre d'information sur le genre et le développement

- ARMAS H., *Whose sexuality Counts? Poverty, Participation and Sexual Rights*, Ed. IDS, Brighton, 2007.
- CORNWALL A. & JOLLY S., *Realising Sexual Rights*, Ed. IDS, Brighton, 2007.
- ESPLEN E., *Genre et Sexualité : Boîte à Outils*, Document BRIDGE (Gender&Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007.
- ILKKARACAN P. & JOLLY S., *Genre et Sexualité- Panorama*, Document BRIDGE (Gender&Development), Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Janvier 2007.
- S.JOLLY, *Development Myths Around Sex and Sexualities in the South* Ed. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, June 2003

Center for Reproductive Rights

- CENTRE POUR LES DROITS REPRODUCTIFS, *Faire peser les droits. Guide de plaidoyer sur le travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, Université de Toronto Mai 2004.
- CENTRE POUR LES DROITS REPRODUCTIFS, *Gaining Ground. A tool for advancing Reproductive Righthst Law reform*, Centre pour les droits reproductifs , 2006.
- LAMACKOVA & ZAMPAS C., *Sexual and Reproductive Rights and Gender Equality : Fundamentals of demography policies in Europe*, Astra Network, August 2007.

Genre en action

- REVILLARD et VERDALE L., « Dynamiques de Genre », *Revue de sciences sociales-Terrains et Travaux*, n°10, 2006, p.3.
(http://www.genreenaction.net/IMG/pdf/tt10_introduction.pdf)

International Council on Human Rights Policy (<http://www.ichrp.org>)

- ICHRP, *Human Rights Standards: Learning from Experience*, Ed. International Council on Human Rights Policy, Suisse, 2006.

International Planned Parenthood Federation (IPPF)

- IPPF, *Charter on Sexual and Reproductive Rights and Guidelines*, Londres, IPPF 1996.
- GIRARD F. « Do we need sexual rights? », *Choices*, IPPF European Network, Autumn 2003, p.8.

Lobby Européen des Femmes

- LEF, « PEKIN+10 1995-2005 : Evaluuion de la mise en œuvre de la plate forme d'action de Pékin par l'Union Européenne », *Rapport du Lobby Européenn des Femmes*, 2004.

Women Human Rights

- MADIC F., *Les droits de la femme ont-il un avenir au Conseil des droits de l'homme?*, WHRnet, Octobre 2006.

- OBANDO A., *Droits Sexuels et Droits en Matière de Reproduction*, WHRnet, Mars 2003.
- OBANDO A., *Droits sexuels et Commission des droits humains*, WHRnet, Mai 2004.

World association for sexual health

- WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH, *Déclaration Universelle des Droits sexuels*, Valence, 1997.
(http://www.worldsexology.org/about_sexualrights_france.asp)

SITES INTERNET

<http://www.acpd.ca>

<http://www.aidh.org/>

<http://www.americanhumanist.org/about/sexual-rights.html>

<http://www.amnesty.org/fr>

<http://www.asph.be/Asph>

<http://www.astra.org.pl/>

<http://www.bridge.ids.ac.uk/>

<http://www.ceetum.umontreal.ca>

<http://www.droitsreproductifs.org>

http://www.euro.centre.org/detail.php?xml_id=1192

<http://www.genrespluriels.be/>

<http://www.intersexualite.org/>

<http://www.ippf.org/>

<http://www.iwhc.org/>

<http://www.unfpa.org/>

<http://www.whrnet.org/>

<http://www.who.int/fr/>

<http://www.womenlobby.org>

<http://www.worldsexology.org>

http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf