

**Recommandation CM/Rec(2010)5
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité
de genre**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010,
lors de la 1081e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres et que ce but peut être poursuivi, notamment, par une action commune dans le domaine des droits de l'homme ;

Rappelant que les droits de l'homme sont universels et qu'ils doivent s'appliquer à chaque individu, et soulignant par conséquent son engagement à garantir l'égalité de dignité de tout être humain ainsi que la jouissance des droits et libertés de chaque individu, sans aucune distinction fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, conformément à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 5) (ci-après « la Convention ») et ses protocoles ;

Reconnaissant que les traitements non discriminatoires par les acteurs étatiques ainsi que, le cas échéant, les mesures positives prises par les Etats afin d'ériger une protection contre le traitement discriminatoire, y compris par des acteurs non étatiques, sont des composants fondamentaux du système international de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Reconnaissant que les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres ont été sujets pendant plusieurs siècles, et le sont toujours, à l'homophobie, à la transphobie et à d'autres formes d'intolérance et de discrimination, même au sein de leurs familles – y compris à la criminalisation, la marginalisation, l'exclusion sociale et la violence – en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, et qu'une action spécifique est nécessaire afin de garantir la pleine jouissance des droits de l'homme de ces personnes ;

Considérant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») et d'autres juridictions internationales, qui reconnaissent l'orientation sexuelle comme un motif interdit de discrimination et contribuent à l'amélioration de la protection des droits des personnes transgenres ;

Rappelant que, conformément à la jurisprudence de la Cour, toute différence de traitement, afin de ne pas être discriminatoire, doit reposer sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire, poursuivre un but légitime et employer des moyens qui soient raisonnablement proportionnés au but recherché ;

Gardant à l'esprit le principe selon lequel aucune valeur culturelle, traditionnelle ou religieuse, ni aucun précepte découlant d'une « culture dominante » ne sauraient être invoqués pour justifier les discours de haine ou toutes autres formes de discrimination, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ;

Tenant compte du message du Comité des Ministres aux comités directeurs et autres comités œuvrant dans le cadre de la coopération intergouvernementale au Conseil de l'Europe sur l'égalité des droits et la dignité de tous les êtres humains, y compris des lesbiennes, gays, bisexuels et transsexuels, adopté le 2 juillet 2008, ainsi que de ses recommandations pertinentes ;

Gardant à l'esprit les recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptées depuis 1981 relatives à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, ainsi que la Recommandation 211 (2007) du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe sur la « Liberté d'expression et d'assemblée pour les lesbiennes, gays, bisexuels et transsexuels » ;

Appréciant le rôle du Commissaire aux droits de l'homme dans le suivi de la situation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans les Etats membres sous l'angle de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ;

Prenant note de la déclaration commune faite le 18 décembre 2008 par 66 Etats, à l'Assemblée générale des Nations Unies, qui condamne les violations des droits de l'homme fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, telles que les assassinats, les actes de torture, les arrestations arbitraires et « la privation des droits économiques, sociaux et culturels, dont le droit à la santé » ;

Soulignant que la meilleure manière de vaincre la discrimination et l'exclusion sociale fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre pourrait consister à adopter des mesures visant à la fois les victimes de telles discriminations et exclusions, et le grand public,

Recommande aux Etats membres :

1. d'examiner les mesures législatives et autres existantes, de les suivre, ainsi que de collecter et d'analyser des données pertinentes, afin de contrôler et réparer toute discrimination directe ou indirecte pour des motifs tenant à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre ;
2. de veiller à ce que des mesures législatives et autres visant à combattre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à garantir le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres, et à promouvoir la tolérance à leur égard soient adoptées et appliquées de manière efficace ;
3. de veiller à ce que les victimes de la discrimination aient connaissance des recours juridiques efficaces devant une autorité nationale et puissent y avoir accès, et que les mesures visant à combattre les discriminations prévoient, le cas échéant, des sanctions ainsi que l'octroi d'une réparation adéquate aux victimes de la discrimination ;
4. de s'inspirer dans leur législation, leurs politiques et leurs pratiques des principes et des mesures énoncés dans l'annexe à la présente recommandation ;
5. de veiller, par des moyens et actions appropriés, à ce que la présente recommandation ainsi que son annexe soient traduites et diffusées aussi largement que possible.

Annexe à la Recommandation CM/Rec(2010)5

I. Droit à la vie, à la sécurité et à la protection contre la violence

A. « Crimes de haine » et autres incidents motivés par la haine

1. Les Etats membres devraient enquêter efficacement, rapidement et de manière impartiale sur les allégations d'infractions pénales et autres incidents pour lesquels l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime peut être raisonnablement soupçonnée d'avoir été l'un des motifs de l'auteur du crime ; ils devraient en outre veiller à ce qu'une attention particulière soit accordée aux enquêtes sur ce type de crime et incidents dès lors que le suspect est un agent des services répressifs, ou toute autre personne agissant dans le cadre de fonctions officielles, et à ce que les responsables de tels actes soient effectivement poursuivis en justice et, le cas échéant, sanctionnés afin d'empêcher toute impunité.
2. Les Etats membres devraient veiller à ce que, lors de la détermination d'une peine, un mobile fondé sur un préjugé lié à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre puisse être pris en compte en tant que circonstance aggravante.
3. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour s'assurer que les victimes et les témoins de « crimes de haine » ou d'autres incidents motivés par la haine fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre soient encouragés à dénoncer ces crimes et incidents ; dans ce but, les Etats membres devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les différentes structures répressives, y compris le système judiciaire, disposent des connaissances et des compétences requises pour identifier de tels crimes et incidents, et apporter une assistance et un soutien adéquats aux victimes et témoins.

4. Les Etats membres devraient prendre des mesures appropriées afin d'assurer la sécurité et la dignité de toute personne placée en prison ou se trouvant dans d'autres situations de privation de liberté, y compris des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres, et, en particulier, prendre des mesures de protection contre les agressions physiques, les viols et les autres formes de sévices sexuels, qu'ils soient commis par des codétenus ou par le personnel ; des dispositions devraient également être prises afin de préserver et de respecter de manière appropriée l'identité de genre des personnes transgenres.

5. Les Etats membres devraient veiller à ce que des données pertinentes soient rassemblées et analysées sur la prévalence et la nature des discriminations et de l'intolérance fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, et en particulier en ce qui concerne les « crimes de haine » et les incidents motivés par la haine liés à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

B. « Discours de haine »

6. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées afin de combattre toutes les formes d'expression, notamment dans les médias et sur internet, pouvant raisonnablement être comprises comme susceptibles d'inciter, de propager ou de promouvoir la haine ou d'autres formes de discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres. Ces « discours de haine » devraient être prohibés et condamnés publiquement en toute occasion ; toutes les mesures devraient respecter le droit fondamental à la liberté d'expression, conformément à l'article 10 de la Convention et à la jurisprudence de la Cour.

7. Les Etats membres devraient sensibiliser les autorités et les organismes publics à tous les niveaux sur leur responsabilité de s'abstenir de faire des déclarations, notamment aux médias, pouvant raisonnablement être interprétées comme cautionnant de telles attitudes haineuses ou discriminatoires.

8. Les autorités publiques et autres représentants de l'Etat devraient être encouragés à promouvoir la tolérance et le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dès lors qu'ils dialoguent avec les représentants principaux de la société civile, notamment les organisations de médias et sportives, les organisations politiques et les communautés religieuses.

II. Liberté d'association

9. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour garantir, conformément à l'article 11 de la Convention, la jouissance effective du droit à la liberté d'association sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; en particulier, les procédures administratives discriminatoires – y compris les formalités excessives pour l'enregistrement et le fonctionnement pratique des associations – devraient être prévenues et supprimées ; des mesures devraient également être adoptées afin de prévenir le recours abusif à des dispositions légales et administratives, telles que celles visant les restrictions fondées sur la santé publique, la morale publique et l'ordre public.

10. L'accès au financement public disponible pour les organisations non gouvernementales devrait être garanti sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

11. Les Etats membres devraient prendre des mesures appropriées pour protéger de manière effective les défenseurs des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres contre les actes d'hostilité et les agressions auxquelles ils peuvent être exposés, y compris lorsqu'ils sont censés avoir été commis par des agents de l'Etat, pour leur permettre de mener librement leurs activités conformément à la Déclaration du Comité des Ministres sur l'action du Conseil de l'Europe pour améliorer la protection des défenseurs des droits de l'homme et promouvoir leurs activités.

12. Les Etats membres devraient veiller à ce que les organisations non gouvernementales défendant les droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres soient consultées, de manière appropriée, sur l'adoption et la mise en œuvre de mesures pouvant avoir un impact sur les droits de l'homme de ces personnes.

III. Liberté d'expression et de réunion pacifique

13. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour garantir, conformément à l'article 10 de la Convention, la jouissance effective du droit à la liberté d'expression sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, notamment à l'égard de la liberté de recevoir et de transmettre des informations et des idées concernant l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

14. Les Etats membres devraient prendre des mesures appropriées aux niveaux national, régional et local pour garantir la jouissance effective de la liberté de réunion pacifique, telle que prévue par l'article 11 de la Convention, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

15. Les Etats membres devraient veiller à ce que les services répressifs prennent les mesures appropriées pour protéger les participants à des manifestations pacifiques en faveur des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres contre les ingérences illégales visant à perturber ou à empêcher la jouissance effective de leur droit à la liberté d'expression et de réunion pacifique.

16. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour éviter les restrictions à la jouissance effective des droits à la liberté d'expression et de réunion pacifique résultant de l'abus de dispositions juridiques et administratives telles que celles visant la santé publique, la morale publique et l'ordre public.

17. Les autorités publiques, à tous les niveaux, devraient être encouragées à condamner publiquement – notamment dans les médias – toute ingérence illégale dans les droits de l'homme d'un individu ou d'un groupe d'individus d'exercer sa liberté d'expression et de réunion pacifique, en particulier en relation avec les droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres.

IV. Droit au respect de la vie privée et familiale

18. Les Etats membres devraient veiller à ce que toute législation discriminatoire érigeant en infraction pénale des actes sexuels entre adultes consentants du même sexe, y compris toute disposition fixant la majorité sexuelle à des âges différents selon que l'acte est commis par des personnes du même sexe ou par des hétérosexuels, soit abrogée ; ils devraient également prendre des mesures appropriées afin que toute disposition de droit pénal pouvant se prêter à une application discriminatoire en raison de sa formulation soit abrogée, amendée ou appliquée d'une manière compatible avec le principe de non-discrimination.

19. Les Etats membres devraient veiller à ce que les données à caractère personnel mentionnant l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne ne soient ni collectées ni conservées ou utilisées d'une autre manière par des organismes publics incluant notamment les services répressifs, sauf si cette activité est nécessaire à des fins spécifiques, légales et légitimes ; les enregistrements existants et non conformes à ces principes devraient être détruits.

20. Les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives.

21. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible ; les Etats membres devraient également veiller, le cas échéant, à ce que les acteurs non étatiques reconnaissent le changement et apportent les modifications correspondantes dans des documents importants tels que les diplômes ou les certificats de travail.

22. Les Etats membres devraient prendre toutes les mesures appropriées pour garantir que, une fois le changement de sexe accompli et juridiquement reconnu conformément aux paragraphes 20 et 21 ci-dessus, le droit d'une personne transgenre d'épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe est effectivement garanti.

23. Lorsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les Etats membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents, y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs.

24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les Etats membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable.

25. Lorsque la législation nationale ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent.

26. Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière de responsabilité parentale, ou de tutelle d'un enfant, les Etats membres devraient s'assurer que ces décisions sont prises sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

27. Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les Etats membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

28. Lorsque la législation nationale permet la procréation assistée médicalement pour les femmes célibataires, les Etats membres devraient essayer de garantir l'accès à ce traitement, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

V. Emploi

29. Les Etats membres devraient veiller à l'adoption et à la mise en œuvre de mesures appropriées assurant une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre en matière d'emploi et de vie professionnelle dans le secteur public ainsi que dans le secteur privé. Ces mesures devraient concerner les conditions d'accès à l'emploi et aux promotions, les modalités de licenciement, le salaire et autres conditions de travail, y compris en vue de prévenir, combattre et punir le harcèlement sexuel et les autres formes de victimisation.

30. Une attention particulière devrait être accordée à la protection efficace du droit à la vie privée des personnes transgenres dans le contexte du travail, en particulier en ce qui concerne les candidatures à un emploi, de manière à éviter la divulgation inutile de l'historique de leur genre ou de leur ancien nom à l'employeur et aux autres employés.

VI. Education

31. En tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées, législatives et autres, visant le personnel enseignant et les élèves, afin de garantir la jouissance effective du droit à l'éducation, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; cela comprend, en particulier, la protection du droit des enfants et des jeunes gens à l'éducation dans un environnement sûr, à l'abri de la violence, des brimades, de l'exclusion sociale ou d'autres formes de traitements discriminatoires et dégradants liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre.

32. En tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, des mesures appropriées devraient être prises à cette fin à tous les niveaux pour promouvoir la tolérance et le respect mutuels à l'école, quelle que soit l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Cela devrait comprendre la fourniture d'informations objectives concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, par exemple dans les programmes scolaires et le matériel pédagogique ; les Etats membres devraient également fournir à tous les élèves et étudiants l'information, la protection et le soutien requis pour leur permettre de vivre en accord avec leur orientation sexuelle et leur identité de genre. En outre, les Etats membres pourraient concevoir et mettre en œuvre des politiques scolaires et des plans d'action pour l'égalité et la sécurité, et garantir l'accès à des formations ou soutiens et des outils d'aide pédagogiques appropriés pour lutter contre la discrimination. Ces mesures devraient tenir compte des droits des parents concernant l'éducation de leurs enfants.

VII. Santé

33. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées, législatives et autres, pour assurer la jouissance effective du plus haut niveau de santé réalisable, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; en particulier, ils devraient tenir compte des besoins particuliers des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transsexuelles dans l'élaboration de plans de santé nationaux, y compris des mesures de prévention du suicide, des enquêtes de santé, des programmes d'enseignement médical, des cours et des matériels de formation, ainsi que dans le cadre du suivi et de l'évaluation de la qualité des services de soins de santé.

34. Des mesures appropriées devraient être prises afin d'éviter de classer l'homosexualité comme une maladie, conformément aux normes de l'Organisation mondiale de la santé.

35. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour que l'accès des personnes transgenres aux services appropriés de changement de sexe, y compris à des spécialistes de la santé des personnes transgenres en psychologie, en endocrinologie et en chirurgie, soit assuré sans être soumis à des exigences déraisonnables ; personne ne devrait être soumis à des procédures de changement de sexe sans son consentement.

36. Les Etats membres devraient prendre des mesures appropriées, législatives et autres, pour garantir que toutes décisions limitant la couverture par l'assurance maladie des coûts d'une procédure de changement de sexe sont légales, objectives et proportionnées.

VIII. Logement

37. Des mesures devraient être prises afin de garantir la jouissance effective et égale par tous de l'accès à un logement convenable, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; ces mesures devraient en particulier tenter de fournir une protection contre les expulsions discriminatoires et de garantir l'égalité des droits d'acquisition et de propriété de terres et autres biens.

38. Une attention appropriée devrait être accordée aux risques encourus par les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres de se retrouver sans abri, notamment les jeunes personnes et les enfants qui peuvent être particulièrement vulnérables à l'exclusion sociale, y compris par leurs propres familles ; à cet égard, les services sociaux pertinents devraient être assurés sur la base d'une évaluation objective des besoins de chaque individu, sans aucune discrimination.

IX. Sports

39. L'homophobie, la transphobie et toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre dans le sport sont, comme le racisme ou toutes autres formes de discrimination, inacceptables et devraient être combattues.

40. Les activités et les installations sportives devraient être ouvertes à tous, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; en particulier, des mesures efficaces devraient être prises afin de prévenir, combattre et punir les insultes discriminatoires faisant référence à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre pendant un événement sportif ou en liaison avec celui-ci.

41. Les Etats membres devraient encourager le dialogue avec et soutenir les associations sportives ainsi que les fan-clubs en développant des activités de sensibilisation sur la discrimination des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans le sport, et en condamnant toute manifestation d'intolérance à leur encontre.

X. Droit de demander l'asile

42. Dans les cas où les Etats membres ont des obligations internationales à cet égard, ils devraient reconnaître dans leur législation nationale qu'une crainte bien fondée de persécution motivée par l'orientation sexuelle ou l'identité de genre puisse être un motif valide d'octroi du statut de réfugié et de l'asile.

43. Les Etats membres devraient en particulier s'assurer que les demandeurs d'asile ne sont pas envoyés dans un pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées ou dans un pays où ils risquent d'être soumis à des tortures, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, et ce en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre.

44. Les demandeurs d'asile devraient être protégés contre toute politique ou pratique discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; en particulier, des mesures appropriées devraient être prises pour prévenir les risques de violence physique, y compris des violences sexuelles, d'agressions verbales ou d'autres formes de harcèlement pesant sur les demandeurs privés de leur liberté, et pour garantir l'accès des intéressés à des informations visant leur cas particulier.

XI. Structures nationales des droits de l'homme

45. Les Etats membres devraient veiller à ce que les structures nationales des droits de l'homme soient clairement mandatées pour examiner les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; en particulier, ces structures devraient pouvoir formuler des recommandations sur des lois et des politiques, sensibiliser le grand public, ainsi que, dans la mesure où cela est prévu par la législation nationale, examiner des plaintes individuelles concernant à la fois les secteurs privés et publics, et engager ou participer à des procédures judiciaires.

XII. Discrimination multiple

46. Les Etats membres sont encouragés à prendre des mesures garantissant que les dispositions du droit national interdisant ou empêchant les discriminations protègent également contre les discriminations fondées sur des motifs multiples, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; les structures nationales des droits de l'homme devraient disposer d'un large mandat pour leur permettre de répondre à de tels problèmes.