



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

PREMIÈRE SECTION

AFFAIRE L. ET V. c. AUTRICHE

(Requêtes n^{os} 39392/98 et 39829/98)

ARRÊT

STRASBOURG

9 janvier 2003

DÉFINITIF

09/04/2003

En l'affaire L. et V. c. Autriche,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

M. C.L. ROZAKIS, *président*,

M^{me} F. TULKENS,

M. G. BONELLO,

M^{mes} N. VAJIĆ,

S. BOTOUCHAROVA,

M. A. KOVLER,

M^{me} E. STEINER, *juges*,

ainsi que de M. S. NIELSEN, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 5 décembre 2002,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 39392/98 et 39829/98) dirigées contre la République d'Autriche et dont deux ressortissants de cet Etat, M. G.L. et M. A.V. (« les requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») respectivement le 20 juin et le 10 décembre 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par M^e H. Graupner, avocat au barreau de Vienne. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. H. Winkler, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires étrangères.

3. Les requérants alléguaient en particulier que le maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal autrichien, qui criminalisait les actes homosexuels entre des hommes adultes et des adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans, ainsi que leur condamnation en vertu de cette disposition avaient emporté violation de leur droit au respect de leur vie privée et revêtaient un caractère discriminatoire.

4. Les requêtes ont été transmises à la Cour le 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n^o 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

5. Elles ont été attribuées à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Le 1^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente affaire a été attribuée à la première section remaniée en conséquence.

7. Par une décision du 22 novembre 2001, la chambre a déclaré les requêtes partiellement recevables.

8. Les requérants ont déposé des observations sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Nés respectivement en 1967 et 1968, les requérants résident à Vienne.

A. Le premier requérant

10. Le 8 février 1996, le tribunal pénal régional (*Landesgericht für Strafsachen*) de Vienne reconnut le premier requérant coupable en vertu de l'article 209 du code pénal (*Strafgesetzbuch*) d'actes homosexuels commis avec des adolescents et lui infligea une peine d'un an d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de trois ans. Se fondant essentiellement sur l'agenda du requérant, dans lequel celui-ci avait pris des notes concernant ses rendez-vous à caractère sexuel, le tribunal jugea avéré qu'entre 1989 et 1994 l'intéressé avait eu, en Autriche et dans plusieurs autres pays, des rapports homosexuels (fellations ou pratiques masturbatoires) avec de nombreux adolescents âgés de quatorze à dix-huit ans, dont l'identité ne put être établie.

11. Le 5 novembre 1996, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*), statuant sur le pourvoi en cassation présenté par le requérant, infirma le jugement pour autant qu'il avait trait aux infractions commises à l'étranger.

12. Le 29 janvier 1997, le tribunal pénal régional de Vienne reprit la procédure, laquelle avait été close quant aux infractions commises à l'étranger et, au titre de l'article 209 du code pénal, condamna le premier requérant pour les infractions perpétrées en Autriche à une peine de onze mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant une durée de trois ans.

13. Le 27 mai 1997, la Cour suprême rejeta le pourvoi en cassation du premier requérant, dans lequel celui-ci se plaignait que l'application de l'article 209 du code pénal eût emporté violation de son droit au respect de sa vie privée ainsi que de son droit à la non-discrimination et invitait la

Cour suprême à demander à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité de cette disposition.

14. Le 31 juillet 1997, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Vienne, saisie par le premier requérant, ramena sa peine à huit mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant une durée de trois ans.

B. Le second requérant

15. Le 21 février 1997, en application de l'article 209 du code pénal, le tribunal pénal régional de Vienne reconnut le second requérant coupable d'actes homosexuels commis avec des adolescents ainsi que d'un chef mineur d'abus de confiance. Il lui infligea une peine de six mois d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de trois ans. Le tribunal jugea établi qu'en une occasion le second requérant s'était livré à des fellations avec un adolescent de quinze ans.

16. Le 22 mai 1997, la cour d'appel de Vienne rejeta le pourvoi en cassation du second requérant, dans lequel celui-ci se plaignait que l'article 209 du code pénal fût discriminatoire et emportât violation de son droit au respect de sa vie privée et invitait la juridiction à demander à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité de cette disposition. Elle rejeta également le recours de l'intéressé contre la peine. La décision fut signifiée le 3 juillet 1997.

II. LE DROIT ET LE CONTEXTE INTERNES PERTINENTS

A. Le code pénal

17. Les actes sexuels commis avec des mineurs de moins de quatorze ans sont réprimés par les articles 206 et 207 du code pénal.

18. L'article 209 du code pénal, tel qu'en vigueur à l'époque des faits, se lisait ainsi :

« Tout individu de sexe masculin ayant atteint l'âge de dix-neuf ans qui se livre à la fornication avec une personne du même sexe âgée de plus de quatorze ans et n'ayant pas encore dix-huit ans est passible d'une peine allant de six mois à cinq ans d'emprisonnement. »

19. Cette disposition visait les rapports homosexuels masculins librement consentis, puisque tout acte sexuel entre des adultes et des personnes de moins de dix-neuf ans est réprimé par l'article 212 du code pénal si l'adulte abuse d'une position d'autorité (parent, employeur, professeur, médecin, etc.). Tout acte sexuel impliquant l'usage de la force ou de menaces est assimilé à un viol et puni comme tel en vertu de l'article 201, ou à une agression sexuelle relevant de l'article 202 du code pénal. Les

relations hétérosexuelles ou lesbiennes consenties entre adultes et adolescents de plus de quatorze ans ne sont pas passibles de sanctions.

20. Les infractions visées à l'article 209 faisaient régulièrement l'objet de poursuites ; ainsi, soixante procédures pénales en moyenne étaient ouvertes chaque année, un tiers d'entre elles aboutissant à une condamnation. Quant aux sanctions infligées, des peines d'emprisonnement généralement supérieures à trois mois étaient prononcées dans 65 à 75 % des cas, dont 15 à 25 % n'étaient pas assorties d'un sursis. Selon les informations fournies par le ministre fédéral de la Justice en réponse à une question parlementaire, en 2001 trois personnes purgeaient une peine de prison découlant uniquement ou essentiellement d'une condamnation fondée sur l'article 209 du code pénal, et quatre autres se trouvaient en détention provisoire dans le cadre de procédures qui portaient exclusivement sur des accusations relevant de cette disposition.

21. Le 10 juillet 2002, à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 juin 2002 (voir ci-dessous), le Parlement décida d'abroger l'article 209 et d'introduire l'article 207b réprimant les actes à caractère sexuel commis avec une personne de moins de seize ans si celle-ci, pour certaines raisons, n'a pas assez de maturité pour comprendre la signification de l'acte ou se trouve dans une situation difficile, et que l'auteur de l'infraction prend avantage de son immaturité ou de ses difficultés. En outre, l'article 207b érige en infraction le fait d'inciter des personnes de moins de seize ans à se livrer à des activités sexuelles contre paiement. L'article 207b est applicable que les actes en cause soient de nature hétérosexuelle ou homosexuelle. Cette modification, parue au Journal officiel (*Bundesgesetzblatt*) n° 134/2002, est entrée en vigueur le 14 août 2002.

22. Selon les dispositions transitoires, la modification ne s'applique pas aux procédures pénales dans lesquelles le jugement de première instance a déjà été rendu. Elle entre exceptionnellement en jeu, sous réserve du principe de l'application de la loi la plus favorable, lorsqu'un jugement est annulé, notamment à la suite de la réouverture de la procédure ou dans le cadre d'une reprise de l'instance après un constat de violation de la Convention par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Hormis ces situations, la modification en cause n'a pas eu d'incidence sur les condamnations en vertu de l'article 209.

B. La position de la Cour constitutionnelle

23. Par un arrêt du 3 octobre 1989, la Cour constitutionnelle a estimé que l'article 209 du code pénal se conciliait avec le principe constitutionnel d'égalité et, en particulier, avec l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe découlant dudit principe. Cet arrêt fut rendu à la suite de la plainte d'une personne qui porta ultérieurement son affaire devant la Commission

(*Zukrigl c. Autriche*, n° 17279/90, décision de la Commission du 13 mai 1992, non publiée).

24. Le passage pertinent de l'arrêt de la Cour constitutionnelle se lit ainsi :

« L'évolution du droit pénal dans les dernières décennies montre que le législateur cherche à appliquer le système de justice pénale de façon beaucoup plus restrictive qu'auparavant, ce qui s'inscrit dans sa politique de traitement des délinquants connue sous l'appellation générale de « dépenalisation ». Ce terme signifie que le législateur ne laisse des infractions dans les codes ou n'en crée de nouvelles que s'il continue à estimer après application des critères les plus rigoureux que sanctionner de la sorte un comportement nuisible à la société est absolument nécessaire et indispensable. La disposition pénale ici contestée vise des actes faisant partie de ceux que l'on a déclarés illégaux en vue d'empêcher – dans la mesure jugée strictement nécessaire – de jeunes hommes n'ayant pas atteint leur pleine maturité de « mal tourner » sur le plan sexuel. (« Les actes homosexuels ne constituent des infractions au regard du droit pénal que dans la mesure où il ne faut pas que des expériences homosexuelles viennent exercer une influence dangereuse sur le développement sexuel des jeunes hommes (...) », Pallin dans *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, éditions Foregger/Nowakowski, 1980, paragraphe 1, concernant l'article 209 (...)). De ce point de vue, la Cour constitutionnelle est convaincue qu'au regard du principe d'égalité énoncé à l'article 7 § 1 de la Constitution fédérale et à l'article 2 de la Loi fondamentale, on ne saurait raisonnablement reprocher à ceux qui sont chargés d'édicter le droit pénal d'avoir pensé, sur la base d'avis d'experts faisant autorité et de l'expérience acquise, que l'influence de la communauté homosexuelle exposait les jeunes hommes n'ayant pas atteint leur pleine maturité à un risque beaucoup plus grand que les filles du même âge, et d'avoir conclu qu'il était nécessaire de réprimer pénalement les actes homosexuels commis avec de jeunes hommes, comme le prévoit l'article 209 du code pénal. Cette conclusion se fondait également sur leur conception de la moralité, qu'ils entendaient imposer tout en observant comme il se devait la politique actuelle sur la justice pénale qui tend à une certaine modération et à limiter les sanctions des infractions (en mettant soigneusement en balance tous les multiples avantages et inconvénients). Tout bien pesé, nous avons affaire ici à une distinction qui se fonde sur des différences factuelles et est donc constitutionnellement recevable au regard de l'article 7 § 1 de la Constitution fédérale, combiné avec l'article 2 de la Loi fondamentale. »

25. Le 29 novembre 2001, la Cour constitutionnelle rejeta la demande du tribunal régional d'Innsbruck visant à faire contrôler la constitutionnalité de l'article 209 du code pénal.

26. Le tribunal régional avait notamment allégué que l'article 209 enfreignait les articles 8 et 14 de la Convention puisque la théorie invoquée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt précédent selon laquelle les adolescents de sexe masculin couraient le risque d'être embrigadés par la communauté homosexuelle avait depuis lors été réfutée. La Cour constitutionnelle estima que la question était revêtue de l'autorité de chose jugée. Elle observa que le fait qu'elle se fût déjà penchée sur cette disposition ne l'empêchait pas de la réexaminer s'il y avait une évolution dans les circonstances pertinentes ou un nouvel argument juridique. Or le tribunal régional n'avait pas motivé de façon détaillée son affirmation selon

laquelle les connaissances scientifiques dans ce domaine avaient changé à un point tel qu'en matière de relations sexuelles librement consenties le législateur n'était plus en droit de fixer pour les rapports homosexuels masculins une limite d'âge différente de celle définie pour les relations hétérosexuelles ou lesbiennes.

27. Le 21 juin 2002, à la suite d'une autre demande de contrôle présentée par le tribunal régional d'Innsbruck, la Cour constitutionnelle déclara l'article 209 du code pénal contraire à la Constitution.

28. Le tribunal régional avait soutenu en premier lieu, comme il l'avait fait précédemment, que l'article 209 du code pénal enfreignait les articles 8 et 14 de la Convention et, en second lieu, que cette disposition ne pouvait se concilier avec le principe constitutionnel d'égalité et avec l'article 8 de la Convention, puisqu'une relation entre des adolescents de sexe masculin âgés de quatorze à dix-neuf ans était tout d'abord autorisée en droit, puis était passible de sanctions pénales dès que l'un d'eux avait dix-neuf ans révolus, et enfin redevenait légale lorsque l'autre partenaire atteignait l'âge de dix-huit ans. La Cour constitutionnelle déclara que ce deuxième argument s'écartait des moyens dont elle avait eu à connaître dans son arrêt du 3 octobre 1989 et qu'elle pouvait donc l'examiner. Elle releva que l'article 209 concernait uniquement les rapports homosexuels consentis entre des hommes âgés de plus de dix-neuf ans et des adolescents âgés de quatorze à dix-huit ans. Dans la tranche d'âge des quatorze-dix-neuf ans, les actes homosexuels masculins entre des individus du même âge (par exemple deux adolescents de seize ans) ou entre des personnes ayant une différence d'âge allant de un à cinq ans n'étaient pas passibles de sanctions. Toutefois, dès que l'un des partenaires avait dix-neuf ans révolus, de tels actes constituaient une infraction réprimée par l'article 209 du code pénal. Ils redevenaient conformes à la loi lorsque le partenaire le plus jeune atteignait l'âge de dix-huit ans. Etant donné que l'article 209 ne s'appliquait pas uniquement à des rapports occasionnels mais également à des liaisons durables, il conduisait à des résultats assez absurdes : en effet, on en arrivait à des périodes successives pendant lesquelles la relation homosexuelle entre deux partenaires était tout d'abord légale, puis passible de sanctions, puis de nouveau légale, situation qui ne pouvait donc pas être considérée comme objectivement justifiée.

C. Le débat parlementaire

29. Au printemps 1995, le Parti social-démocrate, les Verts et le Parti libéral déposèrent devant le Parlement des propositions visant à l'abrogation de l'article 209 du code pénal. Ils firent valoir en particulier que le législateur, dans les années 70, avait justifié cette disposition par la théorie selon laquelle des adolescents de sexe masculin risquaient d'être embrigadés par la communauté homosexuelle alors que les adolescentes ne couraient

pas un tel risque. Or la science moderne avait démontré que l'orientation sexuelle était déjà établie au début de la puberté. En outre, des âges de consentement différents ne cadraient pas avec les normes européennes. A cet égard, ils invoquèrent en particulier la recommandation 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans laquelle celle-ci préconisait d'appliquer le même âge de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels. La protection des mineurs – quelle que fût leur orientation sexuelle – contre les violences et les abus sexuels était suffisamment assurée par d'autres dispositions du code pénal.

30. Par la suite, le 10 octobre 1995, une sous-commission de la commission parlementaire pour les questions juridiques recueillit les dépositions de onze experts dans divers domaines tels que la médecine, la sexologie, la prévention du sida, la psychologie du développement, la psychothérapie, la psychiatrie, la théologie, le droit et les droits de l'homme. Neuf d'entre eux se déclarèrent expressément en faveur de la suppression de l'article 209, les experts dans les domaines de la médecine, de la psychologie et de la psychiatrie soulignant en particulier que l'orientation sexuelle était, dans la majorité des cas, établie avant l'âge de la puberté, ce qui réduisait à néant la théorie selon laquelle les adolescents de sexe masculin étaient embrigadés dans la communauté homosexuelle à la suite d'expériences avec des personnes du même sexe qu'eux. Selon un autre argument récurrent, la criminalisation des relations homosexuelles rendait la prévention contre le sida plus difficile. Deux experts préconisèrent le maintien de l'article 209 : l'un déclara simplement qu'il le jugeait nécessaire à la protection des adolescents de sexe masculin ; l'autre estima que si l'on ne pouvait parler d'embrigadement, tous les adolescents de sexe masculin n'étaient pas encore très sûrs de leur orientation sexuelle et qu'il valait donc mieux leur donner plus de temps pour asseoir leur identité à cet égard.

31. Le 27 novembre 1996, le Parlement débattit de la motion visant à l'abrogation de l'article 209 du code pénal. Les intervenants militant pour la suppression de cet article se fondèrent sur les arguments de la majorité des experts entendus par la sous-commission. Quant aux intervenants souhaitant le maintien de l'article 209, certains d'entre eux se contentèrent de se prononcer en faveur de cette disposition alors que d'autres soulignèrent qu'ils la jugeaient toujours nécessaire pour les adolescents de sexe masculin qui n'étaient pas sûrs de leur orientation sexuelle. A l'issue des débats, les votes s'équilibrèrent (91 voix contre 91). L'article 209 demeura donc dans le code.

32. Le 17 juillet 1998, les Verts déposèrent de nouveau devant le Parlement une proposition visant à la suppression de l'article 209 du code pénal. Le débat qui s'ensuivit se déroula à peu près de la même façon que le précédent. La proposition fut rejetée par 81 voix contre 12.

33. Le 10 juillet 2002, le Parlement décida d'abroger l'article 209 du code pénal (paragraphe 21 ci-dessus).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

34. Les requérants se plaignent du maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal, qui réprime les actes homosexuels librement consentis entre des hommes adultes et des adolescents âgés de quatorze à dix-huit ans, et dénoncent leur condamnation en vertu de cette disposition. Invoquant l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14, ils allèguent que leur droit au respect de leur vie privée a été violé et que la disposition contestée est discriminatoire en ce que les relations hétérosexuelles et lesbiennes entre des adultes et des adolescents appartenant à la même tranche d'âge que ceux visés par l'article 209 ne sont pas passibles de sanctions.

L'article 8 se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'article 14 est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

35. Eu égard à la nature des griefs, la Cour juge approprié de se placer directement sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8.

36. Il ne prête pas à controverse que la présente affaire tombe sous l'empire de l'article 8, puisqu'elle concerne un aspect des plus intimes de la vie privée des requérants (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45, p. 21, § 52, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999-VI). L'article 14 est donc applicable.

37. Les requérants font valoir que, à la suite de la décision sur la recevabilité rendue par la Cour en l'espèce, la Cour constitutionnelle autrichienne a déclaré l'article 209 du code pénal contraire à la Constitution,

et le Parlement a ultérieurement décidé d'abroger cette disposition. Toutefois, la Cour constitutionnelle, qui a motivé son arrêt par d'autres arguments que ceux qui sont invoqués dans la présente requête, n'a pas reconnu, encore moins réparé, la violation alléguée de la Convention. Par ailleurs, leurs condamnations n'ont pas été annulées. Dès lors, les requérants se prétendent toujours victimes au regard de l'article 34 de la Convention de la violation alléguée. On ne saurait davantage prétendre que le simple fait de supprimer la disposition contestée a résolu le litige au sens de l'article 37 § 1 b) de la Convention.

38. Les intéressés observent qu'en Autriche comme dans la majorité des pays européens les relations hétérosexuelles et lesbiennes entre adultes et adolescents consentants de plus de quatorze ans ne sont pas passibles de sanctions. Selon eux, rien ne permet de dire qu'il soit nécessaire, dans le cas de rapports librement consentis avec des adultes, de mieux protéger les adolescents contre des relations homosexuelles masculines que contre des relations hétérosexuelles ou lesbiennes. Non seulement l'article 209 du code pénal n'est pas indispensable pour protéger les adolescents de sexe masculin en général, mais en outre il entrave le développement des adolescents homosexuels en stigmatisant aux yeux de la société leurs relations avec des hommes adultes et leur orientation sexuelle en général. A cet égard, les requérants affirment, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, que toute ingérence dans la vie sexuelle d'une personne et toute différence de traitement fondé sur le sexe ou l'orientation sexuelle requièrent des raisons particulièrement solides (*Smith et Grady* précité, § 94, et *A.D.T. c Royaume-Uni*, n° 35765/97, § 36, CEDH 2000-IX).

39. Il en est d'autant plus ainsi dans ce domaine qu'il existe un consensus en Europe pour abaisser l'âge du consentement aux relations homosexuelles. Alors que ce consensus se dégage de plus en plus nettement depuis l'introduction des présentes requêtes, le Gouvernement n'a avancé aucune justification valable du maintien, jusqu'à très récemment, d'un âge de consentement différent pour les rapports homosexuels entre hommes d'une part et pour les relations hétérosexuelles ou lesbiennes d'autre part. En particulier, les requérants soulignent qu'en avril 1997, en septembre et décembre 1998 puis de nouveau en juillet 2001, le Parlement européen a demandé à l'Autriche d'abroger l'article 209. De même, en novembre 1998, le Comité des droits de l'homme, instauré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a estimé que l'article 209 était discriminatoire. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis deux recommandations en 2000 préconisant d'instaurer le même âge de consentement pour les relations hétérosexuelles, lesbiennes et homosexuelles masculines et un certain nombre des Etats membres du Conseil de l'Europe ont récemment suivi ces recommandations.

40. En outre, les requérants soulignent que dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* (n° 25186/94, rapport de la Commission du 1^{er} juillet 1997,

non publié) la Commission s'est écartée de sa jurisprudence antérieure invoquée par le Gouvernement. A leur avis, il n'existe pas de différences déterminantes entre les présentes causes et l'affaire *Sutherland*, puisque dans celle-ci ce n'est qu'à titre subsidiaire que la Commission a souligné que le partenaire adolescent était également passible de sanctions au regard du droit britannique en vigueur à l'époque des faits. Quant à l'autre argument du Gouvernement tenant à la nécessité de l'article 209 pour la protection des adolescents de sexe masculin, les intéressés font valoir que la grande majorité des experts scientifiques que le Parlement a entendus en 1995 ne souscrivaient pas à cette thèse.

41. Le Gouvernement attire l'attention sur la modification récente du code pénal. Il affirme que, dans les cas des requérants, ce nouvel état juridique n'a pas entraîné d'évolution. En conséquence, le Gouvernement déclare que la situation des intéressés est demeurée inchangée et il maintient ses arguments précédents.

42. Le Gouvernement invoque l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 octobre 1989 ainsi que la jurisprudence de la Commission (*Zukrigl*, décision précitée, et *H.F. c. Autriche*, n° 22646/93, décision de la Commission du 26 juin 1995, non publiée), faisant valoir que celle-ci n'a rien trouvé qui puisse l'amener à conclure à la violation de l'article 8 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14 du fait de l'article 209 du code pénal autrichien. Quant à l'affaire *Sutherland* susmentionnée, le Gouvernement souligne qu'elle présente une différence notable avec celle-ci, à savoir qu'en vertu de l'article 209 l'adolescent participant à l'infraction n'est pas passible de sanctions. En outre, il rappelle qu'en 1995 le Parlement autrichien avait entendu de nombreux experts et avait eu des débats approfondis sur l'article 209 en vue d'abroger cette disposition mais qu'il avait décidé de la maintenir, cet article étant toujours considéré comme nécessaire, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, à la protection des adolescents de sexe masculin.

43. La Cour relève d'emblée que, à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 juin 2002, l'article 209 du code pénal a été supprimé le 10 juillet 2002. La modification en question est entrée en vigueur le 14 août 2002. Toutefois, cette évolution n'a pas d'incidence sur la qualité de victime des requérants au sens de l'article 34 de la Convention. A cet égard, la Cour rappelle qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de victime que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, par exemple, *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI). En l'espèce, il suffit de relever que les requérants ont été condamnés en vertu de la disposition contestée et que la modification de la loi n'a eu aucune incidence sur leurs condamnations respectives. Ainsi, comme ils le soulignent à juste titre, on ne saurait dire que le litige a été résolu au sens de l'article 37 § 1 b) de la Convention.

44. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire sous l'angle de l'article 14 si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24 ; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 29, CEDH 1999-IX, et *Fretté c. France*, n° 36515/97, §§ 34 et 40, CEDH 2002-I).

45. Les requérants se plaignent d'une différence de traitement fondée sur leur orientation sexuelle, notion qui – la Cour le rappelle – tombe sous l'empire de l'article 14 (*Salgueiro da Silva Mouta*, arrêt précité, § 28). A l'instar des différences fondées sur le sexe (*Karlheinz Schmidt*, arrêt précité, *ibidem*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 587, § 37), les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Smith et Grady*, arrêt précité, § 90).

46. Le Gouvernement affirme que la disposition contestée visait à protéger le développement sexuel des adolescents de sexe masculin. La Cour admet que la protection des droits d'autrui est un but légitime. Il reste à vérifier si la différence de traitement trouvait une justification.

47. La Cour observe que dans des affaires précédentes invoquées par le Gouvernement et relatives à l'article 209 du code pénal autrichien, la Commission n'a pas constaté de violation de l'article 8 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14. Toutefois, la Cour a dit à de fréquentes reprises que la Convention était un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, *Fretté*, arrêt précité, *ibidem*). Dans l'affaire *Sutherland*, la Commission, considérant que des recherches récentes démontraient que l'orientation sexuelle était en général établie avant la puberté tant chez les garçons que chez les filles et que la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe avaient instauré le même âge de consentement, a déclaré explicitement qu'il était « opportun de reconsidérer sa jurisprudence antérieure à la lumière des récentes évolutions » (rapport de la Commission précité, §§ 59-60). Elle est parvenue à la conclusion que, en l'absence de toute justification objective et raisonnable, le maintien d'un âge de consentement plus élevé pour les actes homosexuels que pour les actes hétérosexuels était contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, § 66).

48. En outre, la Cour estime que la différence entre l'affaire *Sutherland* et la présente espèce, à savoir que dans cette dernière le partenaire adolescent participant aux actes homosexuels prohibés ne s'exposait à

aucune sanction, n'est pas déterminante. Cet élément ne constituait qu'une considération secondaire dans le rapport de la Commission (*ibidem*, § 64).

49. La question décisive est celle de savoir s'il existe une justification objective et raisonnable à affirmer que les jeunes hommes âgés de quatorze à dix-huit ans ont besoin d'être protégés contre les rapports sexuels avec des hommes adultes, alors que les jeunes femmes appartenant à la même tranche d'âge pourraient se passer d'une telle protection contre des relations avec des hommes ou des femmes adultes. Sur ce point, la Cour rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Petrovic*, § 38, et *Fretté*, § 40, arrêts précités).

50. En l'espèce, les requérants soulignent qu'il existe un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines, ce dont le Gouvernement ne disconvient pas. De même, la Commission a observé dans l'affaire *Sutherland* susmentionnée que « l'égalité de traitement quant à l'âge du consentement est à présent admise par la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe » (*ibidem*, § 59).

51. Le Gouvernement se fonde sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 octobre 1989, qui a jugé l'article 209 du code pénal nécessaire pour éviter que « des expériences homosexuelles [ne] viennent exercer une influence dangereuse sur le développement sexuel des jeunes hommes ». Toutefois, cette approche est apparue obsolète lors des débats qui se sont tenus au Parlement en 1995 sur une éventuelle suppression de cette disposition. Comme les requérants le soulignent à juste titre, les experts entendus par le Parlement se sont, dans leur très grande majorité, clairement prononcés en faveur d'un même âge de consentement, estimant en particulier que l'orientation sexuelle était dans la plupart des cas établie avant l'âge de la puberté et que la théorie selon laquelle les adolescents de sexe masculin pourraient être « embrigadés » par la communauté homosexuelle était donc infondée. Alors qu'ils avaient connaissance de cette évolution dans les thèses scientifiques en la matière, les parlementaires ont décidé en novembre 1996, c'est-à-dire peu avant les condamnations des requérants en janvier et février 1997 respectivement, de maintenir l'article 209 dans le code.

52. Dans la mesure où l'article 209 du code pénal traduit les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour 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 différentes (*Smith et Grady* précité, § 97).

53. En conclusion, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes et solides justifiant le maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal et, en conséquence, les condamnations des requérants en vertu de cette disposition.

54. Partant, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

55. Eu égard à ce qui précède, la Cour juge superflu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 8 pris isolément.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

56. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

57. Les requérants réclament chacun 1 million de schillings autrichiens, soit l'équivalent de 72 672,83 euros (EUR), en réparation du dommage moral. Ils affirment avoir éprouvé des sentiments de désespoir et d'humiliation en raison du maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal et, en particulier, du fait que les poursuites pénales à leur encontre ont abouti à leurs condamnations, ce qui les a stigmatisés comme délinquants sexuels. En outre, le premier requérant affirme qu'il souffre d'épilepsie, ce qui a intensifié ses sentiments d'angoisse et de souffrance pendant le procès, et qu'il a perdu son emploi à la suite de sa condamnation.

58. Pour le Gouvernement, le constat de violation offrirait en soi aux requérants une satisfaction équitable suffisante pour le préjudice moral éventuel.

59. La Cour relève que dans plusieurs affaires concernant le maintien en vigueur d'une législation criminalisant les actes homosexuels entre adultes consentants, elle a estimé que le constat de violation constituait en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout préjudice moral subi (*Dudgeon c. Royaume-Uni* (article 50), arrêt du 24 février 1983, série A n° 59, pp. 7-8, § 14 ; *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142, pp. 21-22, § 50 ; et *Modinos c. Chypre*, arrêt du 22 avril 1993, série A n° 259, p. 12, § 30). Toutefois, dans une affaire ayant trait à un individu condamné pour s'être livré à des actes homosexuels avec plusieurs adultes consentants (*A.D.T. c. Royaume-Uni* précité, §§ 43-45), elle a accordé 10 000 livres sterling (GBP) au titre du dommage moral. De même, dans des affaires qui portaient sur des investigations relatives aux requérants ayant abouti à leur

renvoi de l'armée en raison de leur homosexualité, la Cour a alloué à chacun des intéressés 19 000 GBP pour dommage moral (*Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), n^{os} 33985/96 et 33986/96, § 13, CEDH 2000-IX).

60. En l'espèce, la Cour relève que l'article 209 du code pénal a été récemment supprimé et que les requérants ont donc en partie atteint l'objectif de leur requête. Il reste qu'ils ont été condamnés en vertu de cette disposition. Pour la Cour, il faut considérer que la procédure pénale et, en particulier, le procès pendant lequel les détails de certains aspects des plus intimes de la vie privée des requérants ont été étalés en public ont bouleversé profondément leur vie, ce qui a eu et – on ne peut l'exclure – continue d'avoir un impact émotionnel et psychologique sur eux (*Smith et Grady* (satisfaction équitable), *ibidem*). Statuant en équité, la Cour octroie 15 000 EUR à chacun des intéressés.

B. Frais et dépens

61. Les requérants réclament un montant total de 65 590,93 EUR, qui se ventile ainsi : 5 633,53 EUR et 1 655,12 EUR pour les frais et dépens exposés respectivement par le premier et par le second dans la procédure interne, et 58 302,28 EUR au titre des frais et dépens engagés par eux deux pour la procédure devant les organes de la Convention.

62. Dans leurs observations du 3 août 2002, les requérants ont en outre affirmé qu'à la suite de l'arrêt de la Cour ils devront assumer d'autres dépenses afin de voir réparer les conséquences découlant de la violation de la Convention. Ils allèguent en particulier que, dans le cas où la Cour constaterait une violation, ils seraient en droit, en vertu de l'article 363 a) du code de procédure pénale, de solliciter la réouverture de l'instance pénale en vue de faire annuler leurs condamnations et d'en obtenir l'effacement de leur casier judiciaire. Ils demandent donc à la Cour de dire que l'Etat défendeur est tenu de régler toutes les dépenses futures qui se révéleront nécessaires pour supprimer les conséquences de la violation en cause, et de réserver pour une décision séparée la question de la détermination du montant exact.

63. Le Gouvernement juge exorbitant le montant sollicité par les intéressés. Il soutient en particulier que ceux-ci n'ont pas soumis un état détaillé des frais afférents à la procédure interne. En outre, le second requérant a également été condamné pour abus de confiance. En conséquence, l'instance devant les juridictions nationales n'a pas été engagée uniquement pour l'infraction relevant de l'article 209 du code pénal. De plus, le Gouvernement allègue que l'avocat des requérants n'a pas correctement appliqué les barèmes d'honoraires quant à la procédure devant les organes de la Convention, et soutient qu'il ne s'imposait pas de présenter deux requêtes séparées. Il estime que, s'agissant des frais et dépens, il serait

approprié d'octroyer un montant total de 5 813,83 EUR au premier requérant et de 4 142,35 EUR au second requérant.

64. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement et nécessairement exposés pour prévenir ou redresser la situation constitutive d'une violation de la Convention et sont d'un montant raisonnable (*Smith et Grady* (satisfaction équitable), arrêt précité, § 28, avec d'autres références).

65. Quant aux frais afférents à la procédure interne, la Cour relève que les requérants ont soumis chacun une note d'honoraires de l'avocat qui les a représentés dans l'instance pénale, sur laquelle figure la somme globale demandée pour assurer leur défense. La différence entre les montants réclamés par chacun des intéressés s'explique par le fait que, dans le cas du premier d'entre eux, deux procédures pénales ont été engagées, puisque sa première condamnation a été en partie annulée par la Cour suprême. La Cour relève que, pour ce premier requérant, la procédure avait seulement trait à l'article 209 du code pénal. Elle estime dès lors que l'ensemble des frais ont été réellement et nécessairement exposés. En outre, elle considère que le montant réclamé est raisonnable et l'accorde en entier, soit 5 633,53 EUR. Quant au second requérant, la Cour, relevant que la procédure pénale à son encontre avait trait principalement à l'article 209 mais également à un chef mineur d'abus de confiance, lui octroie 1 500 EUR.

66. En ce qui concerne les frais relatifs à la procédure devant les organes de la Convention, la Cour les juge excessifs. Statuant en équité, elle alloue 5 000 EUR à chacun des requérants.

67. Le montant total octroyé au titre des frais et dépens s'élève donc à 10 633,53 EUR pour le premier requérant et 6 500 EUR pour le second requérant.

68. Quant à la demande des intéressés concernant des dépenses futures liées à la réparation de la violation constatée de la Convention, la Cour estime qu'elle relève de la spéculation. Elle note en particulier que les deux requérants ont été condamnés en 1997 à une peine de prison assortie d'un sursis et que la période probatoire de trois ans est déjà arrivée à son terme. Il ne reste que l'inscription de leur condamnation sur leur casier judiciaire. Dès lors, il est douteux que les requérants aient besoin de demander une réouverture de la procédure pénale à leur encontre, puisque l'Etat défendeur peut parfaitement opter pour d'autres moyens d'oblitérer leur condamnation, par exemple en leur accordant une grâce et en faisant effacer leur condamnation de leur casier judiciaire. Partant, la Cour rejette la demande des requérants pour les dépenses à venir.

C. Intérêts moratoires

69. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
2. *Dit* qu'il ne s'impose pas de statuer sur les griefs tirés de l'article 8 de la Convention pris isolément ;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au premier requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 15 000 EUR (quinze mille euros) pour dommage moral et 10 633,53 EUR (dix mille six cent trente-trois euros cinquante-trois centimes) pour frais et dépens ;
 - b) que l'Etat défendeur doit verser au second requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 15 000 EUR (quinze mille euros) pour dommage moral et 6 500 EUR (six mille cinq cents euros) pour frais et dépens ;
 - c) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 9 janvier 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren NIELSEN
Greffier adjoint

Christos ROZAKIS
Président