



HAL
open science

Droit et Homosexualités

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Droit et Homosexualités : Une réconciliation fragile. Droit et Cultures, 2008, Droit étatique en négociations 2 (56). hal-01238667

HAL Id: hal-01238667

<https://hal.science/hal-01238667>

Submitted on 6 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit étatique en négociations



DROIT *et* CULTURES

Revue internationale interdisciplinaire

L'Harmattan

REVUE PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU CNRS **56** 2008/2

Daniel Borrillo

Droit et homosexualités : une réconciliation fragile

Rien à réconcilier...

Le rapport entre l'ordre juridique et social et les sexualités dissidentes, parmi lesquelles l'homosexualité, a toujours été d'une particulière complexité. Si la civilisation gréco-romaine baignait dans une atmosphère de tolérance, le monde judéo-chrétien jettera les bases d'une répression morale et juridique de laquelle l'Occident peine à s'affranchir.

Durant l'Antiquité, le sexe du partenaire ne joue pas un rôle spécifique dans l'érotisme. Les amours d'Achille et Patrocle ou Sapho et Anactoria ne constituent que quelques exemples des nombreux couples homosexuels célébrés par la mythologie et par les récits épiques. Certes, l'amour conjugal bénéficiait d'un statut privilégié en ce sens qu'il assurait la continuité de la *Polis*, les relations homosexuelles méritaient toutefois la plus haute considération. Le monde antique privilégiait une forme spécifique d'homoérotisme : l'amour des éphèbes. Élément essentiel dans l'éducation des jeunes garçons (*paideia*), la pédérastie pédagogique pouvait s'accompagner de désir sexuel. Comme le note P. Brown : « Que des hommes ressentirent le désir de caresser et de pénétrer d'autres hommes beaux ne surprenait guère, tout au moins chez les Grecs. Ce que l'on réprouvait fortement, c'était que la quête du plaisir amenât certains hommes à désirer jouer le rôle passif d'une femme, en s'offrant à la pénétration de leurs amants : pareille conduite déroutait les médecins et choquait la plupart des gens. Nul homme libre ne devait souffrir d'être affaibli par le désir au point de se laisser aller à s'écarter de la hiérarchie féroce gardée qui plaçait tous les hommes libres, dans tous leurs faits et gestes, au-dessus des femmes et des esclaves »¹.

Si les sociétés païennes étaient misogynes (pour utiliser une expression contemporaine), elles méconnaissaient l'homophobie. En effet, ce qui posait problème ce n'était pas le sexe du partenaire mais l'inversion du rôle que chaque partenaire devait assumer dans le rapport sexuel. Il s'agissait donc d'une question de genre. Un homme appartenait à la classe supérieure et ne pouvait pas se

¹ P. Brown, *Le renoncement à la chair. Virginité, célibat et continence dans le christianisme primitif*, Bibliothèque des Histoires, Paris, 1995, trad. française.

comporter ni socialement ni sexuellement comme une femme, c'était en quelque sorte trahir à sa supériorité.

La première rupture

La liberté du monde antique contraste avec les condamnations lapidaires de l'*Ancien Testament* et les prescriptions chrétiennes. La légende de Sodome et Gomorrhe, selon laquelle Dieu avait puni les habitants de ces villes pour les crimes contre nature commis contre ses envoyés, a été à l'origine des constructions argumentatives contre l'homosexualité. Terre calcinée, corps brûlés, pluie de souffre et malédiction éternelle de Yahvé à cette race maudite qui avait commis le plus infâme des péchés, le crime contre nature.

La violence du récit de la *Genèse* est renforcée par les prescriptions du *Lévitique* : « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme ; ce serait une abomination » ou « Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ce qu'ils ont fait tous les deux est une abomination ; ils seront mis à mort, leur sang retombe sur eux ».

Si la philosophie stoïcienne avait déjà beaucoup influencé la morale sexuelle romaine de par la valorisation du contrôle des pulsions et l'encouragement du sexe orienté exclusivement vers la procréation, l'homosexualité n'était condamnée que d'une manière diffuse. C'est la prédication de l'apôtre Paul qui jettera les bases d'une nouvelle norme sexuelle fondée non pas sur le rôle du partenaire (actif/passif) mais sur la référence au caractère naturel de l'accouplement hétérosexuel : « C'est pourquoi Dieu les a livrés à des passions infâmes : car leurs femmes ont changé l'usage naturel en celui qui est contre nature ; et de même les hommes, abandonnant l'usage naturel de la femme, se sont enflammés dans leurs désirs les uns pour les autres, commettant homme avec homme des choses infâmes, et recevant en eux-mêmes le salaire que méritait leur égarement »².

« Ne savez-vous pas que les injustes n'hériteront point le royaume de Dieu ? Ne vous y trompez pas : ni les impudiques, ni les idolâtres, ni les adultères, ni les efféminés, ni les infâmes, ni les voleurs, ni les cupides, ni les ivrognes, ni les outrageux, ni les ravisseurs, n'hériteront le royaume de Dieu »³.

Comme le note l'historienne Eva Cantarella : « Il est difficile, à la lumière de ces considérations, de ne pas penser le christianisme comme la cause fondamentale et déterminante dans le changement de la politique répressive envers l'homosexualité »⁴.

² *Romains* 1-26.

³ *I Corin.* 6:9-11.

⁴ E. Cantarella, 1988, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Editori Riuniti (édition française : *Selon la nature, l'usage et la loi. La bisexualité dans le monde antique*, Paris, La découverte, 1991).

À partir de l'année 342 commence la persécution et en 438 Théodose II condamne tous les homosexuels passifs au bûcher (on est dans le registre du genre, la condamnation est adressée aux efféminés). Tout au long du Moyen Âge, ce fut autour de la notion de « sodomie » que les rapports sexuels entre personnes de même sexe ont été problématisés. La sodomie est une création de la théologie médiévale qui a permis de classer certains désirs et certaines dispositions dans la catégorie de *vitium contra natura*. Si le terme désigne en principe toutes les formes de rapports sexuels non reproductifs, c'est tout particulièrement l'homosexualité masculine qui se trouve visée. Au VI^e siècle l'empereur Justinien condamne à la peine de mort tous les homosexuels, indépendamment du rôle qu'ils assument dans le rapport sexuel (la question devient un problème lié à la pratique).

D'abord la Patristique (Augustin) et ensuite la Scolastique (Thomas) organisent un corpus cohérent d'interprétation de la sodomie. D'après Boswell, « à partir du XIV^e siècle, l'Europe occidentale céda à une haine farouche et obsessionnelle de l'homosexualité, conçue comme le plus effroyable des péchés »⁵. L'homosexuel est un hérétique et l'hérétique est un homosexuel. Comme le souligne, Maurice Lever : « En collant l'étiquette d'hérétique sur l'homosexuel et celle d'homosexuel sur l'hérétique, l'Eglise entretenait la haine de l'un par la haine de l'autre. Nul doute que l'accusation d'homosexualité n'ait puissamment contribué à la lutte contre les dissidences doctrinales qui déferlèrent sur l'Europe au cours du Moyen Âge, et qu'inversement la présomption d'hérésie pesant sur l'homosexualité n'ait encouragé la répression morale envers l'hétérodoxie sexuelle »⁶.

Une deuxième rupture...

Après le Moyen Âge, entre la Renaissance et le siècle des Lumières, une certaine liberté des mœurs caractérisera l'Occident. Mais cette période ne fut qu'une parenthèse dans l'histoire. En effet, à la fin du XIX^e siècle, s'opère une nouvelle manière d'approcher la question homosexuelle. Pour l'esprit scientifique de l'époque, il a été nécessaire de la faire sortir du registre du péché pour l'analyser sous l'angle de la médecine. Auxiliaire de la justice, la médecine légale (Zacchias, Casper, Tardieu) apparaît comme la première discipline moderne à traiter de l'homosexualité. La criminalité est expliquée à partir de la perversion et au sein de celle-ci « l'inversion » occupe une place privilégiée. Les diverses théories médicales de la sexualité (allant de la médecine légale à la psychanalyse en passant par la psychiatrie) partent de la croyance en l'homosexualité comme un phénomène inné fruit de la dégénérescence individuelle et sociale (Krafft-Ebing, Tardieu,

⁵ John Boswell, *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité. Les homosexuels en Europe Occidentale des débuts de l'ère chrétienne au XII^e siècle*, Gallimard, 1985.

⁶ Maurice Lever, *Les bûchers de Sodome. Histoire des Infâmes*, Fayard, 1985.

H. Ellis, Tamassia). Si, pour les théologiens, le vice est dans l'âme, pour les médecins, il est à chercher dans le corps. Les parties génitales, la verge, le scrotum, la rainure balano-préputiale, les cuisses, l'anus, la bouche... partout dans le physique de l'inverti, on trouve les marques de sa dégénérescence. Toutefois, la médicalisation de l'homosexualité a eu un double effet, d'une part, elle a accru l'appareil répressif en mettant l'autorité du savoir psychiatrique au service du système pénal, mais, de l'autre côté, elle a été utilisée comme base pour permettre la dépénalisation d'actes sexuels entre personnes de même sexe (Kertbeny, Ulrichs, Hirschfeld).

La rupture définitive...

Le combat pour la dépénalisation de l'homosexualité en Allemagne s'est interrompu brutalement avec la prise du pouvoir par les nazis. En peu de temps les peines contre les homosexuels se sont durcies : l'article 175 du Code pénal prévoyait jusqu'à dix ans de prison et même les manifestations purement affectives seront sanctionnées. Dès 1936 les *gays* furent envoyés en masse dans les camps de concentration auxquels très peu survécurent.

Après la Deuxième Guerre Mondiale et malgré le prix payé par les homosexuels à la violence nazie, aucune disposition protectrice ne fut adoptée à leur égard. Au moment de l'élaboration d'une stratégie internationale de sauvegarde des libertés fondamentales, nulle disposition ne fut consacrée à la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. On cherchera ainsi en vain dans les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme une disposition ou une référence spécifique à l'homosexualité. Ni les textes à valeur universelle tels la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU 1948) et les deux *Pactes internationaux* (ONU, 1966), ni ceux à portée régionale comme la *Convention américaine des droits de l'homme* (OEA 1969) ou encore la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (OUA, 1981) ne font nullement mention des discriminations fondées sur la sexualité. En outre, alors qu'au fil des ans, la liste des droits protégés par la *Convention Européenne* a été progressivement complétée par le biais de protocoles additionnels, aucune norme ou disposition nouvelle ne se réfère à l'homosexualité en tant que telle.

En revanche, jusqu'à la fin des années 1960, l'ensemble des systèmes juridiques occidentaux pénalisait, d'une manière ou d'une autre, les relations entre personnes de même sexe.

La difficile réconciliation...

Une possible réconciliation avec le droit devrait commencer par la révision de la terminologie utilisée dès lors que l'on se réfère à l'homosexualité. En réalité plutôt que d'utiliser le terme homosexualité au singulier, il vaudrait mieux parler

d'homosexualités. Le pluriel permet de ne pas réduire à une catégorie monolithique un groupe d'individus qui, au fond, ont uniquement en commun le désir érotique et/ou affectif pour d'autres individus de leur propre sexe. Et plus généralement l'expérience d'avoir subi, à un moment ou un autre de leur existence, une discrimination, matérielle ou symbolique. Ce n'est donc pas tellement l'attraction sexuelle qui constituerait le dénominateur commun des homosexuels mais plutôt l'expérience de l'homophobie : « ce que l'injure me dit, c'est que je suis quelqu'un d'anormal ou d'inférieur (...) elle est ce par quoi s'exprime la dissymétrie entre les individus, entre ceux qui sont légitimes et ceux qui ne le sont pas (...) ainsi je suis produit comme ce que je suis dans mon être même par ces mots de stigmatisation que l'autre peut m'adresser, me lancer à tout moment, en toutes circonstances... »⁷. Le dernier rapport de *SOS Homophobie* montre que les insultes les plus répandues chez les adolescents sont celles relatives à l'homosexualité.

Nous utilisons le terme « homosexualités » dans un sens large, non seulement en tant qu'acte sexuel ou émotionnel mais aussi comme un type de conscience de soi (*gay*) et de la valeur que l'on attribue à cette conscience (identité).

Certes, il existe autant de sexualités que d'individus qui les pratiquent. Toutefois, force est de constater que, historiquement, la dichotomie clinique « hétérosexuel/homosexuel » élaborée au XIX^e siècle a représenté un dispositif politique particulièrement efficace à l'heure de distribuer des privilèges pour les uns et des sanctions pour les autres, surtout dans un type de société où l'on attribue au sexe plus une fonction reproductive qu'une finalité de jouissance et de plaisir, comme ce fut le cas dans la société hellénique ou dans la société musulmane du IX^e siècle.

Pendant longtemps, le discours religieux, renforcé par un appareil conceptuel de type médico-psychiatrique (cristallisé dans la loi pénale) a considéré l'attraction par des personnes du même sexe comme un comportement (ou un trait de la personnalité) dangereux, malade, aliénant, pervers et préjudiciable tant pour l'individu que pour la société. Les différentes formes que ce désir a revêtues (sodomie, inversion de l'instinct sexuel, homosexualité, troisième sexe, pédérastie...) ont trouvé une répression spécifique en tant que :

- Pêché : encore de nos jours le Catéchisme de l'Église catholique dans son chapitre 2357 établit que « la Tradition a toujours déclaré que les actes d'homosexualité sont intrinsèquement désordonnés. Ils sont contraires à la loi naturelle. Ils ferment l'acte sexuel au don de la vie. Ils ne procèdent pas d'une complémentarité affective et sexuelle véritable. Ils ne sauraient recevoir d'approbation en aucun cas ».

⁷ Didier Eribon, *Reflexions sur la question gay*, Fayard, 1999, p. 12.

- Maladie : l'homosexualité n'a été retirée du *Manuel diagnostique et statistique des maladies mentales* qu'en 1985 et a été déclassifiée lors du congrès de 1992, pour tous les états signataires de la Charte de l'OMS.

- Ralentissement de l'évolution psychique : pour la psychanalyse, l'homosexualité devient un accident dans le parcours relationnel de l'enfant avec ses parents. Fixé dans une phase auto-érotique (narcissisme), effrayé par l'idée de perdre son pénis (castration), incapable de résoudre l'amour à sa mère (Oedipe), l'homosexuel est dépeint comme un handicapé affectif qui n'a pas su (ou n'a pas pu) dépasser les conflits d'enfance pour aboutir à l'hétérosexualité.

- Crime ou délit : ce n'est qu'au début des années 1980 que la dépénalisation est devenue un phénomène majoritaire dans les lois pénales occidentales. Ailleurs, aujourd'hui presque quatre-vingt-dix pays au monde pénalisent encore l'homosexualité dont neuf avec la peine de mort.

Ces classifications répondent à des paradigmes dominants dans différentes périodes historiques ; soulignons toutefois que l'homosexualité cumule fréquemment l'ensemble des stigmates. Si pendant le Moyen Âge, la sodomie a été exclusivement la base de la répression, à partir du XIX^e siècle ont coexisté les condamnations morales et juridiques avec des violentes interventions médicales.

De même, la haine des *gays* et des lesbiennes sert de cohésion aux groupes qui n'ont en commun que l'homophobie : rappelons-nous que pendant les manifestations contre le Pacs à Paris en 1999 marchaient ensemble des représentants des communautés musulmanes et juives avec le Front National ou encore dans la *Family Day* à Rome, le 13 mai 2007, se sont regroupés des catholiques allant de l'*Opus Dei* au Chemin Néocatéchuménal avec des églises évangéliques et des nationalistes païens. L'horreur de l'homosexualité est plus forte, elle unit tous ceux qui dans d'autres circonstances sont des adversaires...

Spécificité de l'homosexualité en tant que catégorie discriminée

Outre avoir cumulé les différentes formes de répression (péché, maladie, crime), formes qui ont coexisté et coexistent encore dans plusieurs pays, il est nécessaire d'explicitier d'autres spécificités de la minorité *gay* et lesbienne qui permettent de mieux comprendre les difficultés rencontrées par cette population.

À la différence des femmes ou des pauvres (catégories discriminées mais pas minoritaires), les lesbiennes et les *gays* constituent une véritable minorité. Par ailleurs, contrairement aux premiers pour lesquels il n'a jamais existé une volonté politique d'extermination, l'entreprise nazie avait comme objectif de faire disparaître les ariens incapables de guérir de leur homosexualité.

Par ailleurs, les *gays* et les lesbiennes forment une minorité dispersée dans le temps (ils ont toujours existé) et dans l'espace (ils se trouvent partout dans le

monde). De surcroît, comme l'a démontré l'historien John Boswell, chaque homosexuel subit individuellement l'homophobie. Chez les juifs, pour ne prendre que cet exemple, les valeurs sont transmises par les ascendants aux plus jeunes dans le cadre d'une communauté dans laquelle ses préceptes moraux sont légués de génération en génération : conseils pour esquiver ou éviter la persécution d'une majorité éventuellement hostile ou comment se faire oublier au moment opportun.

Cette culture « minoritaire » existe aussi dans les communautés d'origine africaine ou chez les gens du voyage lesquelles trouvent au sein de leur famille le réconfort nécessaire pour vivre dans un milieu nuisible. La situation est fort différente pour les *gays* et les lesbiennes. La plupart d'entre eux ne proviennent pas d'une famille *gay* et doivent supporter isolement les effets dévastateurs de la discrimination sans le soutien des proches.

Cette absence de socialisation dans une culture minoritaire spécifique fait que l'addition des expériences individuelles n'arrive que rarement à constituer une expérience commune. De surcroît, les références homos-érotiques dans la littérature et l'histoire ont été systématiquement occultées et il n'est que très récemment que certaines universités de l'Amérique du Nord ont commencé à documenter une histoire de l'homosexualité dépourvue de préjugés homophobes.

De plus, comme le souligne E. Goffman, les homosexuels sont une minorité avec un stigmate invisible ou plutôt « invisibilisable ». En effet, jusqu'au *coming out*, chaque *gay* et chaque lesbienne est considéré comme hétérosexuel et, s'il est vrai que cela peut constituer un élément favorable pour éviter la discrimination en se confondant avec la majorité, le prix à payer est souvent très élevé. Le stress et l'aliénation d'une double vie poussent certains homosexuels au suicide (chez les adolescents *gays*, le suicide est de quatre à sept fois supérieur que chez les hétérosexuels)⁸. Ces informations n'ont nullement comme objet de victimiser les *gays* et les lesbiennes, elles tendent tout simplement à comprendre leur spécificité afin de rendre la réconciliation avec le droit plus efficace, en particulier lorsqu'il s'agit de régler des contentieux liés à la discrimination.

La situation internationale

Si le climat politique a beaucoup évolué pendant ces vingt dernières années en Occident, la situation internationale est loin d'être satisfaisante. En effet, il existe actuellement quatre-vingt-sept pays qui pénalisent encore les relations homosexuelles. Dans les Emirats Arabes, au Yémen, en Iran, au Soudan et en Mauritanie, les *gays* sont condamnés à la peine de mort. Dans d'autres parties du globe comme la Zambie, la Tanzanie, le Kenya, le Pakistan ou l'Afghanistan, c'est la prison à vie qu'ils subissent. En Egypte, en Ethiopie, au Maroc, au Nicaragua ou en Libye, la peine peut aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement.

⁸ Eric Verdier et Jean-Marie Fridion, *Homosexualité & suicide*, H&O, 2003.

Louise Arbour, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme, a fait remarquer en août 2006 que plusieurs pays sanctionnent l'homosexualité. « Il ne fait aucun doute que ces lois contreviennent aux normes acceptées sur le plan international en matière de droits de l'homme (...) Aucune législation en vigueur ou coutume ne pourront jamais justifier les sévices, la violence, la torture et même les meurtres commis contre les membres des communautés gay, lesbienne, bisexuelle, et transsexuelle ». Malheureusement, l'aggravation de la situation internationale est accompagnée d'une politique d'asile de plus en plus restrictive en Occident. Bien que la Convention de Genève de 1951 reconnaisse, par le biais de la jurisprudence, le statut de réfugiés aux lesbiennes et gays persécutés, les pays signataires sont de plus en plus réticents à octroyer ce statut. L'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a établi le 30 juin 2005 avec d'autres pays de l'UE une liste de pays sûrs. Les demandes provenant de ces pays n'ont désormais plus aucune chance d'être traitées avec succès. Le fait que neuf de ces pays (le Bénin, la Bosnie Herzégovine, le Cap-Vert, le Ghana, l'Inde, le Mali, Maurice, la Mongolie ou le Sénégal) répriment ouvertement l'homosexualité n'est donc plus un critère pour que l'OFPRA étudie des dossiers concernant les ressortissants homosexuels de ces pays.

En 1996, la CEDH a statué que lorsqu'il existe un risque d'application de la peine capitale pour une minorité dans son pays d'origine, les pays européens sont obligés d'octroyer l'asile politique. Cependant, en 2004 la Cour a jugé irrecevable la requête d'un gay iranien permettant ainsi sa déportation même s'il risquait dans son pays des mauvais traitements ou la peine capitale à cause de son homosexualité (*Fashkami c. Royaume-Uni*).

Homosexualités et Droits de l'homme : une réconciliation lente et fragile

Jusqu'à récemment on croyait qu'en Europe, le dépassement de l'égalité formelle permettrait finalement aux États de se consacrer à la mise en place des politiques publiques de lutte contre l'homophobie et de sensibilisation contre toutes les formes de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Mais, l'arrivée des nouveaux membres comme la Pologne des frères Kaczynski a constitué un retour en arrière, mettant en question des acquis tels que la liberté d'expression et d'association. En effet, la Cour européenne a condamné ce pays de l'Est à cause de la prohibition d'une marche de défense des droits de gays à Varsovie. Bien que les décisions de la CEDH soient obligatoires pour tous les pays membres du Conseil, parmi lesquels se trouve la Russie, le maire de Moscou Yuri Luzhkov après avoir qualifié la *Gay Pride* de rassemblement « satanique » a affirmé que « de même qu'il a l'obligation de combattre l'alcoolisme ou le tabagisme, son gouvernement se doit d'interdire toute manifestation en faveur des homosexuels afin que cela n'exerce une influence nocive vis-à-vis des jeunes ». Ainsi, il n'est pas étonnant

que la dernière marche de la fierté *gay* à Moscou ait été le scénario des nombreuses agressions provenant des groupes ultra-conservateurs religieux et nationalistes.

L'évolution timide des institutions européennes

L'acquis des droits fondamentaux (droit à la vie, droit à l'intégrité physique, droit à la vie privée, droit à la liberté d'association et d'expression...) a été le fruit, en Europe, d'un lent et difficile processus. Entre la dépénalisation de la sodomie effectuée par la Révolution Française et l'abrogation des dispositions discriminatoires sous la présidence de François Mitterrand, deux siècles se sont écoulés, pendant lesquels (spécialement sous le régime de Vichy), les *gays* et les lesbiennes continuaient à être persécutés. À l'occasion de la dernière réforme du Code pénal en 1992, certains sénateurs de droite, en particulier Ch. Jolibois et M. Rufin, ont essayé de réintroduire les termes de l'infraction dépénalisée en 1982, preuve qu'un retour en arrière est toujours possible.

Au niveau européen, il faut souligner que pendant plus de vingt-cinq ans, entre 1955 et 1981, la CEDH considérait irrecevables les plaintes des *gays* allemands contre l'article 175 du Code pénal⁹ en statuant que la pénalisation de l'homosexualité tombait dans la marge d'appréciation de l'Allemagne afin de protéger « la santé de la population et d'éviter la perturbation des adolescents ». Cette jurisprudence était particulièrement choquante sachant que les requérants avaient été déportés dans les camps de concentration à cause de cette même disposition pénale. Il a fallu attendre l'an 2000 pour que ceux qui portaient le triangle rose soient officiellement reconnus comme victimes du nazisme.

Une première dépénalisation partielle a eu lieu en 1981. En effet, dans l'affaire *Dudgeon v. Royaume Uni*, la CEDH a statué que la sanction des rapports sexuels entre adultes consentants constituait une violation de la vie privée. Le 26 octobre 1988 dans l'arrêt, *Norris c/ Irlande* ainsi que dans l'affaire *Modinos c/ Chypre* du 22 avril 1993, la Cour confirmera la violation de l'article 8 et condamna respectivement l'Irlande et Chypre en les obligeant à abroger leur législation répressive.

Cependant, la différence d'âge de consentement ainsi que la criminalisation de l'homosexualité dans l'Armée n'étaient pas considérées comme contraires à la Convention. Ainsi, pendant longtemps, la Cour a jugé que, s'agissant des militaires, même âgés de plus de 21 ans, la pénalisation de leur homosexualité pouvait être considérée comme « nécessaire à la protection de la morale et de la défense de l'ordre »¹⁰, reprenant à son compte les arguments avancés par les

⁹ « L'obscénité contre nature, consistant en des relations sexuelles entre personnes de sexe masculin ou entre un homme et des animaux, est punie de prison ».

¹⁰ Commission Européenne des droits de l'homme, citée par Catherine-Anne Meyer in Borrillo, *Homosexualités et Droit*, PUF, 1999, p. 125.

autorités militaires britanniques. Ce n'est qu'en 1999 que la CEDH opère un changement de sa jurisprudence en stipulant que « ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants (militaires) ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense ne se justifiaient pas au regard de l'article 8 de la Convention », condamnant ainsi le Royaume-Uni pour violation au respect de la vie privée¹¹. Concernant l'âge de consentement, il faudra attendre une décision du 9 janvier 2003 (affaires *L. et V. c. Autriche, S.L. c. Autriche*) pour que la CEDH condamne la pénalisation d'actes homosexuels entre hommes adultes et adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans.

Les difficultés rencontrées auprès des organes de l'Union européenne

L'Union européenne a longtemps ignoré le sort des *gays* et des lesbiennes, considérant que la question n'était pas de sa compétence car aucun texte ne faisait référence aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Ce n'est qu'en 1997 qu'un texte officiel (le Traité d'Amsterdam) introduit l'orientation sexuelle comme une forme spécifique de discrimination prohibée et, trois ans plus tard, une directive obligera les États membres de l'UE à protéger les travailleurs homosexuels contre toutes les formes de discriminations à l'emploi. Cette directive 2000/78/CE est particulièrement importante car non seulement elle introduit la notion de discrimination indirecte (permettant ainsi de sanctionner les effets discriminatoires indépendamment de la volonté explicite de discriminer), mais elle produit également un renversement partiel de la charge de la preuve autorisant de surcroît les associations à se porter partie civile dans les cas de discriminations à l'emploi.

Depuis 1999, on imaginait que l'évolution en la matière serait constante et que le passage de la sauvegarde des droits individuels aux questions relatives à la vie familiale n'était qu'une question de temps, mais l'élargissement vers l'Est a constitué un frein à cette évolution. En effet, comment parler de mariage ou d'homoparentalité dans des pays comme la Pologne où l'on refuse aux homosexuels des droits fondamentaux comme la liberté d'association et d'expression ?

Il est significatif à cet égard que la présidence portugaise de l'Union européenne a accepté le 5 octobre 2007 le refus de l'application contraignante sur le territoire polonais de la Charte des droits fondamentaux des citoyens européens. Varsovie craignait que certains termes à caractère général de la Charte concernant la morale et la famille n'entraînent des conséquences juridiques « contraires à l'esprit de la législation polonaise ». La Pologne s'oppose violemment au mariage homosexuel et aux droits des parents de même sexe. La récente victoire du

¹¹ CEDH *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 28 septembre 1999.

candidat libéral Donald Tusk devrait changer la situation des minorités sexuelles en Pologne.

Un groupe sujet aux vicissitudes politiques

Plus que d'autres groupes minoritaires, les *gays* et les lesbiennes se trouvent dépendants des différents changements politiques et des humeurs d'une opinion publique parfois manipulée. Cette fragilité est due à plusieurs raisons, aussi bien intrinsèques qu'extrinsèques.

Raisons intrinsèques :

Comme nous l'avons souligné plus haut, la fragilité de la communauté homosexuelle n'est pas tant à chercher dans des variables individuelles mais plutôt dans des situations structurelles qui ont pour origine la difficile transmission d'une mémoire minoritaire et d'un sentiment d'appartenance communautaire très faible. Et même pour ceux qui l'acquièrent, il est toujours tardif (en tout cas jamais pendant l'enfance). Cette absence de sentiment d'appartenance rend impossible une conscience commune, seul moyen efficace pour toute mobilisation politique. En plus le « retour au placard » constitue un repli possible pour les lesbiennes et les *gays* ; plusieurs homosexuels finissent par se marier et créer une famille pour occulter leur orientation sexuelle. Alors que les minorités visibles ne peuvent pas changer la couleur de leur peau ou l'orthographe de leurs noms, les *gays* peuvent toujours « devenir hétérosexuels ». Sans aller jusqu'à la dissimulation, les *gays* et les lesbiennes ne dérogent pas à la règle du confort de l'intimité. En effet, comme l'a bien montré le sociologue Albert Hirschman dans son livre *Bonheur privé, action publique*¹², aux périodes d'expansion politique suivent des périodes de repli dans le bonheur de l'intimité, surtout lorsque l'on a le sentiment qu'il n'y a plus rien à faire. Ce refuge dans l'intérêt privé constitue pour les *gays* un risque supplémentaire surtout lorsque l'égalité formelle est atteinte comme en Espagne, aux Pays-Bas, au Canada ou en Belgique où, après l'adoption des lois relatives au mariage et à l'homoparentalité, on constate une forte démobilisation des associations. Nous avons déjà assisté à ce repli en matière de lutte contre le sida : l'arrivée des thérapies en 1996 a apporté l'espoir de survivre à l'épidémie, mais a produit également un désengagement politique. Aussi, la plupart du temps le militantisme repose sur l'effort d'individus isolés qui, malgré leur motivation, s'épuisent en l'absence de soutien institutionnel.

Causes extrinsèques :

Dans le même temps que la militance s'affaiblit, le pouvoir conservateur se voit renforcé. Plusieurs exemples manifestent la persistance des attaques contre les

¹² Traduit en français et publié chez Fayard en 1983.

acquis en matière d'égalité. Contrairement aux homosexuels, les conservateurs jouissent d'une forte culture du pouvoir et un sens de l'appartenance aiguisé. Ainsi, le gouvernement polonais a présenté un projet de loi afin de prohiber non seulement la présence d'homosexuels dans l'enseignement mais aussi toute référence à l'orientation sexuelle dans les programmes scolaires. Récemment le chef de l'État majeur des USA a qualifié l'homosexualité d'immorale. La presse a révélé que le laboratoire Wright de l'Armée de l'air à Dayton (Ohio) avait sollicité en 1994, 7,5 millions de dollars pour développer une bombe contenant un produit chimique d'effet aphrodisiaque que produirait un comportement homosexuel et fragiliserait ainsi l'esprit et la discipline de la troupe. En Espagne, le « Fuero de la familia » et l'association *HazteOir* ont sollicité au Parti populaire qu'il inclue la dérogation de la loi relative au mariage homosexuel dans son programme pour 2008.

Ratzinger a exhorté les parlementaires à voter contre les lois relatives à la reconnaissance des couples homosexuels et a ordonné que, lorsque la loi est déjà adoptée, l'on fasse tout le possible pour réduire ses effets. Le président de la république islamique d'Iran, Mahmoud Ahmadinejad, a déclaré lors d'un débat à l'université de Columbia en septembre dernier qu'il n'y avait pas d'homosexuels dans son pays alors que les persécutions que subissent les citoyens homosexuels iraniens sont notoires. Lors des dernières élections législatives en France, un certain nombre d'hommes et de femmes politiques, comme Christine Boutin, qui avaient manifesté publiquement leur hostilité envers les *gays* et les lesbiennes (et qui ont même été condamnés par la Justice pour injures à caractère homophobe, comme le député Christian Vanneste) ont obtenu des résultats très importants. Cela ne veut pas dire que la population française soit plus homophobe que d'autres populations, mais révèle davantage la faible mobilisation de la communauté *gay* pour mettre en place un travail pédagogique vis-à-vis de l'opinion publique.

La vague d'intégrisme des pays arabes (rappelons-nous de l'affaire *Queen Boat* en Egypte), le durcissement de la théologie vaticane (pour l'énième fois le Pape attaque les homosexuels dans sa lettre pastorale *sacramentum caritatis*), la croissance des sectes chrétiennes en Afrique et en Amérique latine, mettent en danger l'intégrité des millions de citoyens dont leur seul « crime » est de désirer émotionnellement ou sexuellement d'autres de leur propre sexe.

Les groupes religieux (catholiques, musulmans, juifs, évangéliques) s'allient dans les forums internationaux et particulièrement aux Nations unies pour empêcher la réaffirmation de droits pour les minorités sexuelles. Appuyée par le Vatican, la Conférence islamique (OCI) s'est mobilisée pour empêcher le vote d'une résolution présentée par le Brésil en 2004 et dans laquelle serait inscrite au sein de la Déclaration des droits de l'homme l'interdiction contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Face à la pression de ces pays, la mission diplomatique brésilienne a retiré son projet de résolution, sans même le

Daniel Borrillo

soumettre au vote. Ces quelques exemples illustrent les « retours du bâton » des politiques assimilationnistes mises en place ces dernières années.

En guise de conclusion, il faudrait rappeler que, malgré les avancées juridiques et sociales significatives, l'homosexualité demeure la seule catégorie à ne pas avoir acquis en France, ni dans la majorité des pays occidentaux, l'égalité formelle. Sachant que même l'égalité de droit conquise, les inégalités de fait subsistent, il faudra longtemps pour que la réconciliation des *gays* et des lesbiennes avec le droit devienne une réalité. L'histoire nous montre que nul n'est à l'abri des retours en arrière en matière d'égalité, les discriminations dont sont victimes les homosexuels, hommes et femmes, les rendent encore plus vulnérables. La montée des intégrismes religieux, la mise en question de la laïcité et des valeurs de la modernité et le retour d'un ordre conservateur de plus en plus radicalisé ne nous permettent pas de regarder l'avenir avec beaucoup d'optimisme.

Résumé : La relation entre l'ordre social et juridique et les sexualités dissidentes, parmi lesquelles l'homosexualité, a toujours été particulièrement complexe. Si dans la civilisation gréco-romaine il régnait une atmosphère de tolérance, le monde judéo-chrétien a posé les fondations d'une répression morale et légale de laquelle le monde occidental a toutes les difficultés de se défaire. Cet article analyse l'évolution du traitement légal de l'homosexualité et montre la difficile réconciliation entre le droit et les citoyens homosexuels.

Mots-clés : homophobie, orientation sexuelle, discrimination.