



# Histoire juridique de l'orientation sexuelle

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

| Daniel Borrillo. Histoire juridique de l'orientation sexuelle. 2016. hal-01398557

**HAL Id: hal-01398557**

**<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01398557>**

Submitted on 26 Nov 2016

**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.

# Histoire juridique de l'orientation sexuelle

*Conférence de DANIEL BORRILLO dans le cadre de la formation continue de l'Ecole Nationale de la Magistrature. Paris 17/11/2016*

*Plan de la conférence : Introduction – La liberté des Anciens – Une nouvelle catégorie : la sodomie – L'avant-garde révolutionnaire ? – Le triomphe de la psychiatrie – L'homophobie d'Etat – Homosexualité et Droits de l'Homme – L'orientation sexuelle en droit européen – La jurisprudence de la CEDH – L'orientation sexuelle en droit national - Conclusion*

## **Introduction**

Le terme « homosexuel » apparaît pour la première fois dans un pamphlet allemand rédigé en 1869 par un militant austro-hongrois, Karl Maria Kertbeny, pour convaincre l'opinion publique et les autorités prussiennes que les relations sexuelles entre hommes ne devraient pas être pénalisées (art. 143 du code pénal prussien) car il s'agirait d'une condition innée et non pas d'un choix.

D'origine militant, le terme acquiert une connotation scientifique lorsqu'en 1887, Richard von Krafft-Ebing l'intègre dans la seconde édition de son encyclopédie des déviations sexuelles *Psychopathia Sexualis* en la définissant comme une « anomalie lors du développement du cerveau de l'embryon ou du fœtus, anomalie provoquant une *inversion sexuelle* des sentiments, représentations et désirs sexuels ». Le mot homosexualité apparaît pour la première fois en France dans le *Larousse Mensuel illustré* en 1907. Proust déteste cette dénomination, il préfère parler d'inversion et d'invertis (baron de Charlus).

Curieusement, c'est en fonction du terme homosexualité que celui d'hétérosexualité non seulement apparaît mais aussi va se stabiliser comme représentatif de la sexualité considérée normale. David Halperin a raison d'affirmer que « l'homosexualité est à la fois une condition psychologique, un désir érotique et une pratique sexuelle » L'invention du terme homosexualité, son utilisation concomitante par une rhétorique militante et par un langage scientifique a permis la cristallisation d'une dualité et d'une binarité sexuelle, de deux espèces différentes et exclusives de la sexualité.

### **La liberté des Anciens**

Si l'attirance érotique et l'amour pour les personnes de même sexe existe depuis la nuit des temps, les civilisations prémodernes n'ont pas problématisé l'économie érotique en fonction du sexe du partenaire mais plutôt à partir du rôle assumé par celui-ci dans la relation sexuelle, de son statut social et de son âge. Dans l'amour pédérastique de la Grèce Antique, il existe un homme adulte (*erastes*) qui désire un éphèbe (*eromenos*) en tant qu'objet érotique.

Elément 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 »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Peter Brown, *Le renoncement à la chair. Virginité, célibat et continence dans le christianisme primitif*. (1988), Gallimard, 1995 pour la traduction française.

La littérature latine constitue également une source d'information capitale sur les relations érotiques entre hommes. Le citoyen plus âgé et occupant un rang supérieur devait toujours assumer le rôle actif. Ce qui choquait les Romains ce n'était pas l'homosexualité en tant que telle, mais le caractère efféminé d'un homme qui par sa douceur (*mollis*) s'apparentait à une femme. Un citoyen romain pouvait donc entretenir librement des rapports sexuels avec les esclaves et les prostitués à condition d'assumer le rôle actif. S'il existait à Rome un préjugé vis-à-vis des citoyens adultes qui assumait un rôle passif avec un autre homme c'est parce que ceux qui jouaient habituellement ce rôle étaient les jeunes garçons, les femmes et les esclaves, c'est-à-dire ceux qui étaient exclus de la politique, de telle sorte que la passivité était assimilée à l'impuissance politique. Un citoyen romain ne pouvait pas être associé, par son comportement sexuel, à ces individus de statut inférieur.

Comme le note Boswell, « le problème de décider qui est noir métis ou mulâtre ne trouble que les sociétés en proie au préjugé racial.... Dans le monde antique, si peu de gens se préoccupaient de classer les autres en fonction du sexe vers lequel les portaient leurs goûts érotiques qu'aucune dichotomie exprimant cette distinction n'avait cours. Chacun était « chaste » ou « célibataire », voire « actif » ou « passif » mais nul ne jugeait utile ou important d'opérer une distinction reposant sur la préférence sexuelle, de sorte que les catégories « homosexuel » et « hétérosexuel » n'accédèrent tout simplement pas à la conscience claire des Grecs et des Romains »<sup>2</sup>

De la tolérance presque illimitée des Romains, nous sommes passés à une persécution qui peut s'expliquer surtout par l'avènement des forces nouvelles qui, en matière de morale sexuelle, étaient résolument contraire à la civilisation romaine : je veux parler des barbares et surtout des chrétiens.

---

<sup>2</sup> J. Boswell, *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité. Les homosexuels en Europe occidentale des débuts de l'ère chrétienne au XIV<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, Paris, 1985, p. 91

## **Une nouvelle catégorie : la sodomie**

La liberté du monde antique contraste avec les condamnations lapidaires de l'Ancien Testament juif et les prescriptions chrétiennes. La légende de Sodome et Gomorrhe (Genèse 19, 1-29) 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 soufre et malédiction éternelle de Yahvé à cette race maudite qui avait commis les plus infâmes de 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 » (Lévitique 18, 22) 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 » (Lv 20, 13).

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 l'attitude du partenaire (actif/passif), son statut social (libre/esclave) ou son âge (imberbe/mature) 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 », (Rm 1, 26-27). « 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 », (1 Co 6, 9-10). Comme le note Eva Cantararella, après une analyse très détaillée : « Il est difficile, à la lumière de ces considérations, ne pas penser le christianisme comme la cause fondamentale et déterminante dans le changement de la politique répressive envers l'homosexualité »<sup>3</sup>.

A partir de l'année 342 commence la persécution et en 438 Théodose II condamne tous les homosexuels passifs au bûcher.

Tout au long du Moyen Âge, ce fut autour de la notion de «sodomie» que les rapports sexuels entre personnes de même 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<sup>e</sup> siècle l'empereur Justinien II condamne à la peine de mort tous les homosexuels, indépendamment du rôle qu'ils assument dans le rapport sexuel.

D'abord la patristique (Jean Chrysostome, Augustin) et ensuite la scolastique (Thomas) organisent un corpus cohérent d'interprétation de la sodomie. D'après Boswell, « à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, l'Europe occidentale céda à une haine farouche et obsessionnelle de l'homosexualité, conçue comme le plus effroyable des péchés ». 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

---

<sup>3</sup> Eva Cantarella, *Secondo Natura*, Editori Reuniti, 1988.

cour du Moyen Age, et qu'inversement la présomption d'hérésie pesant sur l'homosexualité n'ait encouragé la répression morale envers l'hétérodoxie sexuelle »<sup>4</sup>.

La Renaissance, de par sa référence fondamentale au passé gréco-romain, a constitué une période de relative tolérance de l'homosexualité. « Vivre et laisser vivre », fut le mot d'ordre des aristocrates italiens lesquels, sans approuver moralement l'homosexualité, ne trouvaient pas non plus nécessaire de la punir. C'est surtout par le biais de l'art que l'homosexualité émerge à la superficie sociale. Antonio Beccadelli, Massimo d'Ascoli et Montaigne, pour la littérature, Ludovico Ariosto, Pietro Aretino et Poliziano pour le théâtre mais ce sont surtout la peinture et la sculpture qui développent le plus l'homosexualité : Donatello, Léonardo da Vinci, Botticelli, Caravage et Michel-Ange.

Autour de la problématique de l'amitié, l'homosexualité acquiert à la Renaissance un statut ambigu. A la fois crime contre nature et le plus haut des amours, l'homosexualité est omniprésente dans l'iconographie et la littérature. Cet esprit d'indulgence s'est étendu au siècle de Lumière, lequel, malgré les condamnations explicites de certaines de ces principales figures, prônait le respect de la vie privée. Toutefois, aussi bien pendant la Renaissance que tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle les bûches de l'inquisition ne se sont jamais éteints. Au mois d'octobre de l'année 1783, un dénommé Jacques-François Pascal devient la dernière victime des flammes en France. Il brûla dans la place de Grève à Paris avec une inscription qui pendait de son cou : « Débauché contre nature et assassin ».

### **L'avant-garde révolutionnaire ?**

La France fut le premier pays au monde à faire sortir de la loi pénale le crime de sodomie. Comme dans l'ensemble des pays occidentaux, avant la Révolution française plusieurs normes condamnaient

---

<sup>4</sup> Maurice Lever, *Les bûchers de Sodome*, Fayard 1985.

l'homosexualité avec la plus grande fermeté. Inspiré par la Philosophie des Lumières, le premier code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les « mœurs contre nature ». Le libéralisme politique et la laïcisation de l'Ordre public prônaient l'abstention de l'Etat dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. Toutefois, comme le démontre Jean Danet<sup>5</sup>, le silence des codes pénaux fut accompagné d'une jurisprudence particulièrement répressive à l'égard des homosexuels et d'un appareil médico-psychiatrique extrêmement violent. En effet, à la fin du XIXe 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'homosexualité occupe une place privilégiée. Les diverses théories médicales de l'inversion de l'instinct sexuel (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, 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.

### **Le triomphe de la psychiatrie**

Selon Foucault, « Cette chasse nouvelle aux sexualités périphériques entraîne une incorporation des perversions et une spécification nouvelle des individus. La sodomie - celle des anciens droits civil ou canonique - était un type d'actes interdits ; leur auteur n'en était que le

---

5 « Discours juridique et perversions sexuelles », Centre de Recherche Politique, vol. 6, Université de Nantes 1977.



sujet juridique. L'homosexuel du XIXe siècle est devenu un personnage : un passé, une histoire et une enfance, un caractère, une forme de vie ; une morphologie aussi, avec une anatomie indiscreète et peut-être une physiologie mystérieuse. Rien de ce qu'il est au total n'échappe à sa sexualité. Partout en lui, elle est présente : sous-jacente à toutes ses conduites parce qu'elle en est le principe insidieux et indéfiniment actif ; inscrite sans pudeur sur son visage et sur son corps parce qu'elle est un secret qui se trahit toujours. Elle lui est consubstantielle, moins comme un péché d'habitude que comme une nature singulière (...) L'homosexualité est apparue comme une des figures de la sexualité lorsqu'elle a été rabattue de la pratique de la sodomie sur une sorte d'androgynie intérieure, un hermaphrodisme de l'âme. Le sodomite était un relaps, l'homosexuel est maintenant une espèce. »<sup>6</sup>

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 (Karoly Maria Kertbeny, Heinrich Ulrichs, Hirschfeld).

### **L'homophobie d'Etat**

La lutte pour la dépénalisation de l'homosexualité en Allemagne s'est interrompue brutalement avec la prise du pouvoir par les nazies. 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 homosexuels furent envoyés en masse dans les camps de concentration auxquels très peu survécurent. Si l'on estime à 15 000 le nombre d'homosexuelles victimes des camps, il semble raisonnable, d'après F. Rector, de considérer qu'au moins 500 000 ont trouvé la mort dans les

---

<sup>6</sup> Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, Tome 1 : *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976

prisons, les exécutions sommaires ou lors de traitements expérimentaux<sup>7</sup>. Paradoxalement, La propagande communiste n'eut de cesse d'identifier l'homosexualité à une « perversion fasciste »

Dans ce contexte, le 6 août 1942, quelques mois après la promulgation de la loi sur le statut des Juifs, la France réintroduit dans la loi criminelle une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, le maréchal Philippe Pétain modifiera le code pénal en insérant le délit de « actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur »<sup>8</sup>, alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans. A la libération en 1945, le Général De Gaulle, maintiendra cette incrimination en la replaçant dans le chapitre des « attentats aux mœurs » (art. 331 al. 2). De plus, en 1946 un article de loi, qui fera partie ultérieurement du statut général des fonctionnaires, stipulait : "nul ne peut être nommé à un emploi public s'il n'est de bonne moralité" justifiant ainsi des répressions. Un article du code du travail établissait : "le maître doit se conduire envers l'apprenti en bon père de famille, surveiller sa conduite et ses mœurs, soit dans la maison soit au dehors, et avertir ses parents [...] des penchants vicieux qu'il pourrait manifester", permettant donc de justifier les licenciements pour mauvaise moralité. Le 1er février 1949, le Préfet de Police de Paris prend une ordonnance : "dans tous les bals [...] il est interdit aux hommes de danser entre eux"

La situation outre-Rhin est encore pire, comme le souligne Florence Tamagne, « Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, rares sont les homosexuels à témoigner du sort qui fut le leur sous le régime nazi. C'est que le retour à la démocratie en Allemagne ne signifie pas la suppression de la législation discriminante à l'égard des

---

<sup>7</sup> F. Rector, *The Nazi Extermination of Homosexuals*, New York, Stein & Day, 1981. Voir également G. Grau, *Hidden Holocaust? Gay and Lesbian Persecution in Germany 1933-1945*, Chicago, London, Fritzroy Dearborn 1995.

<sup>8</sup> Art. 334 :

«Sera puni d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 200 F à 600 000 F: 1° Quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au dessous de 21 ans, soit pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans.»(Loi n°742, JO 27 août 1942, p. 2923)

homosexuels, et ces derniers se voient même nier le statut de « victimes du nazisme », qui est alors octroyé à d'autres catégories de déportés, en particulier aux « politiques ». Au sentiment de honte – l'impression de ne pas être des victimes « honorables », ou « méritantes » – s'ajoute par ailleurs souvent la volonté de préserver la réputation de familles déjà éprouvées »<sup>9</sup>.

## **Homosexualité et Droits de l'Homme**

C'est en vain que l'on rechercherait dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme adoptés après la guerre une disposition ou une référence à l'homosexualité.

Ce n'est que dans les années 1970 que l'on cesse de problématiser l'attrait du même sexe pour se consacrer à l'analyse de l'hégémonie hétérosexuelle. Comme le souligne Eve Kosofsky Sedgwick, il a fallu la prise de parole des intellectuels homosexuels « pour mettre fin au long processus de justification épistémologique et sociale du privilège hétérosexuel »<sup>10</sup>.

Les processus de dépénalisation et démedicalisation arrivent plus tard. En France les derniers vestiges de criminalisation ont été abrogés en 1982 et au niveau international, ce n'est qu'en 1993 que l'Organisation Mondiale de la Santé fait sortir l'homosexualité de la liste des maladies mentales. Toutefois, ce terme demeurait assimilé à cette connotation clinique et progressivement il a vu se substituer par celui d'orientation sexuelle. Le mot est apparu pour la première fois dans une disposition légale aux Etats-Unis en 1973 (district de Columbia) pour sanctionner les discriminations à l'égard des homosexuels.

## **L'orientation sexuelle en droit européen**

---

<sup>9</sup> Tamagne Florence, « La déportation des homosexuels durant la Seconde Guerre mondiale », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2/2006 (n°239), p. 77-104

<sup>10</sup> *Epistemology of the Closet*, 1990.

Dans la perspective générale des garanties politiques données aux minorités en Europe, la question de l'orientation sexuelle, en tant que forme spécifique de protection des homosexuel/les, constitue un élément nouveau dans l'action publique antidiscriminatoire. Depuis la première requête auprès de la Commission des droits de l'homme en 1955, jusqu'à l'élaboration de l'article 13 du Traité de Rome (modifié en 1997 par le Traité d'Amsterdam) et de la directive communautaire relative à l'égalité d'orientations sexuelles en matière d'emploi (2000), plusieurs protagonistes politiques - acteurs publics, organisations non-gouvernementales, plaignants, consommateurs, intellectuels, etc. - ont fait de la "question homosexuelle" un véritable enjeu public dans la construction de l'Europe des citoyens.

C'est après le traitement des problèmes plus classiques tels que le racisme, l'antisémitisme ou la xénophobie que les discriminations fondées sur le sexe, et plus tard celles fondées sur l'orientation sexuelle, deviennent un problème susceptible d'être traité par les instruments juridiques traditionnels de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A une première étape d'action judiciaire - organisée principalement à partir des requêtes individuelles auprès des organes d'application de la Convention européenne des droits de l'homme - succède une phase déclarative, caractérisée par l'énonciation de principes provenant d'autorités politiques telles que le Conseil de l'Europe et le Parlement européen<sup>11</sup>. Ce n'est que très récemment qu'un véritable programme d'action

---

<sup>11</sup> - Résolution du PE sur les discriminations sur le lieu de travail du 13 mars 1984.- Résolution du PE A3-0028/94 du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne. - Résolution B4-824 et 0852/98 du 17 décembre 1998 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union Européenne.- Recommandation 1474 (2000) du Conseil de l'Europe sur la Situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. - Avis n° 216 (2000) Projet de protocole n° 12 à la Convention Européenne des droits de l'homme proposant la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle envers les gays et les lesbiennes.- Recommandation du PE du 5 juillet 2001 sur les droits des homosexuels et les unions de même sexe.- Résolution 1728 du Conseil de l'Europe sur la Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre du 29 avril 2010

politique, s'inscrivant pleinement dans l'agenda de la Commission européenne<sup>12</sup>, a succédé aux déclarations de principes.

## **Jurisprudence de la CEDH en matière d'orientation sexuelle**

En vingt ans on est passé de la pénalisation de l'homosexualité à la criminalisation de l'homophobie. Bien que le terme « orientation sexuelle » ou « homosexualité » n'apparaissent pas dans la Convention européenne des droits de l'Homme, la CEDH a construit une protection en fonction des principes généraux tels que la vie privée, la vie familiale, la liberté d'expression ou l'interdiction des traitements inhumain et dégradants notamment.

Dans un premier temps, la CEDH justifie la pénalisation au nom de la protection de la santé, de la morale ou des droits des tiers (a), puis dans une période de transition (b) elle va commencer à considérer la question sous l'angle de la vie privée, grâce à l'impulsion du Conseil de l'Europe. Entre 1981 et 1997, la CEDH procède à une dépénalisation partielle (c) et depuis l'année 1997 commence une période d'affirmation de l'égalité dans plusieurs domaines (Armée, filiation, vie de couple, liberté d'expression....). A la lecture de la jurisprudence de la CEDH, nous constatons un passage de la liberté négative (l'Etat doit s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée) à une liberté positive (l'Etat doit être garant de la protection des personnes LGBT et de leur vie familiale). La CEDH va jusqu'à considérer que les opinions incitant à la haine contre les homosexuels ne sont pas protégées par la liberté d'expression (*Vejdeland et autres c. Suède*, 9/2/2012)

### **a) La justification de la pénalisation (1955-1977) :**

---

<sup>12</sup> - Article 13 du Traité de Rome modifié par le Traité d'Amsterdam :- Directive 2000/78/CE portant la création d'un cadre général en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail. Décision du conseil établissant un programme d'action communautaire contre la discrimination (2001-2006). Art. 21 de la Charte de droits Fondamentaux de l'Union Européenne (repris par le traité de Lisbonne).- Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres

10 octobre 1955, 1er requête devant l'ancienne Commission Européenne des droits de l'homme. Autres requêtes :104/55; 135/55; 167/56; 261/57; 530/59; 600/59; 704/60; 1307/61; 2566/65, etc.

b) La période de transition (1977-1981)

- Requête 7215/75 déclarée recevable le 7 juillet 1977 (Commission)
- Résolution 756 (1981) du Conseil de l'Europe "relative à la discrimination à l'égard des homosexuels".
- Recommandation 934 (1981) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe "relative à la discrimination à l'égard des homosexuels".

c) La dépenalisation limitée (1981-1997)

- *Dudgeon c. Royaume-Uni et Irlande du Nord*, 22 octobre 1981.
- *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988.
- *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993.

d) L'émergence de l'égalité de droits (à partir de 1997)

- *Sutherland c. Royaume-Uni* (Rapport Commission, 1 juillet 1997).
- *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni et Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999 (Armée).
- *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21/12/1999 (Autorité parentale).
- *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 31 juillet 2000 (CEDH)
- *Perkins et R. c. Royaume Uni et Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002 (Armée)
- *L. et V c. Autriche ; S. L. c. Autriche*, 9/1/ 2003 (âge majorité sexuelle)

- *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003 (transfert du bail).
- *Baczkowski et autres c. Pologne*, 3 mai 2007 (liberté d'association)
- *E.B. c. France*, 22 janvier 2008 (adoption)
- *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010 (vie familiale)
- *Kozak c. Pologne*, 2 mars 2010 (transfert du bail)
- *P.B. et J.S. c. Autriche*, 22 juillet 2010 (sécurité sociale)
- *Alekseyev c. Russie*, 21 octobre 2010 (liberté d'expression)
- *Genderdoc-M c. Moldova*, 12 juin 2012 (Liberté d'expression)
- *X. c. Turquie*, 9/10/2012 (condition de détention)
- *X et autres c. Autriche*, 19/02/2013 (adoption enfant de la partenaire)
- *Vallianatos et autres c. Grèce*, 07/11/2013 (union civile)
- *Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie*, 17/04/2014 (liberté d'expression)
- *Identoba et autres c. Géorgie*, 12/05/2015 (liberté d'expression)
- *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015 (Union civile)
- *Pajić c. Croatie*, 23 février 2016 (permis de séjour compagne)
- *M.C. et C.A c. Roumanie*, 12/04/2016 (traitements inhumains)
- *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016 (permis de séjour)

## **L'orientation sexuelle en droit national**

Depuis 1985, il existait en France une protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle d'abord sur le plan pénal (Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985) puis en droit du travail (par la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 et par la loi n° 92-1446 du 31

décembre 1992) mais la dénomination choisie par le Législateur fut celle de « mœurs ». Avant donc la promulgation de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, le droit français ignorait le terme orientation sexuelle. L'adoption de cette loi n'a pourtant pas fait disparaître le vocable « mœurs » qui coexiste à côté du nouveau terme « orientation sexuelle ». La loi de 2001 répond à une exigence de la directive européenne 2000/78 relative à l'égalité en matière d'emploi (La Charte des droits fondamentaux de l'UE interdit les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans son article 21).

Les comportements homophobes sont prohibés depuis 2004. Ainsi, discriminer une personne en raison de son orientation sexuelle peut entraîner jusqu'à (trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende). Non seulement les actes matériels sont sanctionnés mais aussi les discours de haine. Ainsi, le droit sanctionne l'injure, la diffamation et l'incitation à la violence envers les gays et les lesbiennes. Le Ministère public peut engager des poursuites lorsque les insultes ont été adressées à un groupe de personnes et les associations ont la possibilité de se constituer en partie civile, pour poursuivre l'homophobie. Mais aussi pour condamner ceux qui traitent les autres d'homophobes comme fut le cas dans la récente condamnation de la cour d'appel de Paris pour injure par l'affichage sur la façade extérieure de la fondation "Jérôme Lejeune" d'affiches portant le logo de l'association "La Manif Pour Tous", barré de l'inscription "Homophobes" (CA Paris 02/11/2016).

La loi prévoit également une circonstance aggravante en raison de "l'orientation sexuelle" de la victime pour plusieurs infractions. Désormais, le mobile homophobe est considéré aussi odieux que le mobile raciste ou antisémite. Par exemple, le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et même les agressions mineures sont punies de trois ans d'emprisonnement.



En vingt-deux ans la perception de l'homosexualité dans le droit a profondément changé passant de sa pénalisation jusqu'en 1982 à la criminalisation de l'homophobie en 2004. L'opinion publique semble également évoluer aussi dans ce sens. Selon l'Eurobaromètre 2015, 72% des sondés en France estime que la discrimination à l'égard des personnes homosexuelles ou bisexuelles est répandue sur notre territoire et 81% des personnes interrogées estiment que les personnes homosexuelles, lesbiennes et bisexuelles devraient avoir les mêmes droits que les personnes hétérosexuelles.

Ainsi, selon un sondage Ifop (publié par *Le Monde* le 14 septembre dernier), 63% des personnes interrogées considèrent qu'un couple d'homosexuels vivant avec ses enfants "constitue une famille à part entière" et 62% des sondés sont contre l'abrogation de la loi Taubira ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe. Même en matière de PMA, les lignes bougent avec 59% des personnes favorables à cette technique de procréation pour les couples de femmes.

Après le PaCS, le mariage pour tous et l'adoption, les questions relatives à l'AMP pour les couples de femmes et la GPA commencent à être réglées par la voie prétorienne aussi bien au niveau national par la validation des adoptions d'enfants nés par procréation assistée à l'étranger ce qui « *ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu* » selon la Cour de cassation dans son avis du 22/09/2014. Le Conseil d'Etat octroyant un laissez-passer pour les enfants nés par GPA à l'étranger (2011 et 2016) et la condamnation de la France par la CEDH pour avoir refusé la retranscription sur l'état civil de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger (*Mennesson c. France et Labbassé c. France* 26/06/2014) constituent des exemples de l'évolution juridique en la matière.

## **Conclusion**

Trente-cinq ans se sont passés entre l'égalité de la majorité sexuelle homo/hétéro et la reconnaissance de l'homoparentalité. C'est grâce au droit européen et à la mobilisation de la société civile que l'égalité de droits semble s'installer en France. En revanche au niveau international, la montée des intégrismes religieux et des partis d'extrême droite constituent un danger pour la population LGBT, l'augmentation de demandes de droit d'asile fondées sur l'orientation sexuelle en témoigne.

Daniel Borrillo