



**HAL**  
open science

# Le long chemin vers la dépénalisation totale de l'homosexualité

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le long chemin vers la dépénalisation totale de l'homosexualité. Eric Alt. Le sexe et ses juges, Editions Syllepse 2006, 2-84950-091-7. hal-01242301

**HAL Id: hal-01242301**

**<https://hal.science/hal-01242301>**

Submitted on 11 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.

## Le long chemin vers la dépénalisation totale de l'homosexualité

*Daniel Borillo, maître de conférences*

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 l'homosexualité avec la plus grande fermeté. Inspirés 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'État dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. Le libéralisme français tant célébré nécessite néanmoins d'être nuancé. En effet, comme le démontre Jean Danet, le silence des codes pénaux est accompagné, pendant cette période, d'une jurisprudence particulièrement répressive à l'égard des homosexuels et d'un appareil médico-psychiatrique extrêmement violent.

Un siècle et demi plus tard, 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 d'« *actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'au-*

teur », alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans. À la libération en 1945, le Général De Gaulle maintiendra cette incrimination en la remplaçant dans le chapitre des « attentats aux mœurs » (art. 331 al. 2 Code pénal). 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 discriminations. Par ailleurs, le 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 légitimer les licenciements pour mauvaise moralité. Le 1<sup>er</sup> février 1949, le Préfet de Police de Paris prend une ordonnance : « dans tous les bals [...] il est interdit aux hommes de danser entre eux ».

Plus tard, dans le cadre de la lutte contre certains fléaux sociaux, une loi du 30 juin 1960 place l'homosexualité au même niveau que le proxénétisme ou l'alcoolisme notamment. Une ordonnance du 25 novembre de la même année complète le panorama en ajoutant à l'article 331 une circonstance aggravante d'outrage public à la pudeur lorsque l'acte est accompli par des individus de même sexe. En 1968, la France adopte la classification de l'Organisation Mondiale de la Santé (datant de 1965) concernant les maladies mentales au sein desquelles figure l'homosexualité au même titre que le fétichisme, l'exhibitionnisme, la nécrophilie...

Une loi du 23 décembre 1980, modifiant les dispositifs pénaux relatifs au viol, maintient l'incrimination fondée sur la différence d'âge selon que les rapports soient entre personnes du même sexe ou de sexe opposé. Le Conseil constitutionnel considéra que la loi était conforme à la constitution (décision 80-125 du 19 décembre 1980).

Suite aux mobilisations du mouvement homosexuel, le 11 juin 1981, le ministère de l'intérieur adresse une circulaire à la hiérarchie policière interdisant « le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti homo-

sexuelles ». Le lendemain, le ministère de la santé n'accepte plus de prendre en compte l'homosexualité sur la liste des maladies mentales de l'Organisation Mondiale de la Santé. Le 22 juin 1982, voit le jour la loi Quilliot (relative au logement) qui supprime l'obligation pour les homosexuels de disposer de leurs appartements « en bons pères de famille ».

Le 4 août 1982, la majorité socialiste de l'époque avec les autres partis de gauche vota la loi n° 82-683 mettant ainsi fin à la différence d'âge entre les rapports hétérosexuels (15 ans) et homosexuels (18 ans). Enfin, le 13 juillet 1983, une nouvelle loi abroge l'article 40 du Code de la Fonction publique qui stipulait qu'un fonctionnaire « doit être de bonne moralité ». Depuis ces premières mesures, plusieurs dispositifs juridiques sont venus protéger les gays et les lesbiennes des discriminations à leur égard aussi bien au niveau civil que pénal.

En quelques années, on passe de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation des discriminations envers les homosexuels.

## La pénalisation de l'homophobie

Concernant le dispositif juridique relatif à la protection contre les divers phénomènes discriminatoires, il convient de différencier les actes matériels (refus de service, licenciement, entrave d'une activité économique...) du discours injurieux, diffamatoire ou incitant à la discrimination.

Depuis 1985, il existe en France un dispositif juridique de protection contre les discriminations (actes matériels) qui, sous la notion de « mœurs », a mis en place une protection en droit du travail et en droit pénal.

Ainsi, le principe d'égalité de nature constitutionnelle est complété par un dispositif anti-discriminatoire consacré par l'article 225-1 du Code pénal. Il faut signaler que ce principe général ne permet pas de sanctionner tout acte discriminatoire mais uniquement les situations énumérées par l'article 225-2 du même code.



Dans le domaine pénal sont sanctionnées les discriminations consistantes à :

- refuser d'embaucher ;
  - sanctionner ou licencier une personne ;
  - subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1.
- Aussi, dès lors que celui qui discrimine est une autorité publique, sont sanctionnées les discriminations consistant à :
- refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou à,
  - entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Au-delà de la protection pénale prévue pour les cas de discrimination dans la vie civile (refus de service, refus de location...) et dans l'emploi (embauche, sanction, licenciement et subordination d'une offre), il existe de nombreuses dispositions spécifiques au droit du travail (règlement intérieur, rémunération, qualification, mutation, carrière...).

Pour les emplois publics, la norme applicable est l'article 6 de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations). Enfin, le dispositif est complété par l'article 432-7 du Code pénal.

L'apport de la directive communautaire 2000/78 relative à la protection contre les discriminations au travail a été capitale pour la situation des salariés homosexuels. Avant l'adoption de la norme communautaire et malgré la protection existante en droit français, une seule décision a été rendue au plus haut niveau de la juridiction nationale. C'est dire combien le dispositif était peu efficace. En effet, dans un arrêt du 17 avril 1991 -P... c. *Association Fraternité Saint-Pie X* - la chambre Sociale de la Cour de cassation avait décidé que le licenciement d'un salarié d'une congrégation religieuse en raison de son homosexualité pourrait constituer une rupture abusive du contrat de travail, et partant une discrimination, si l'employeur n'apporte pas la preuve du fait que « *comme tenu de la nature de ses fonc-*

*tions et de la finalité propre de l'entreprise [...] le comportement du salarié cause au sein de celle-ci un trouble caractérisé* ». D'après la Cour de cassation, il n'est pas légitime d'invoquer l'homosexualité du salarié comme étant contraire à la tradition catholique (comme l'avait souligné la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt cassé). Toutefois, si les « mœurs » du salarié produisent un trouble dans l'entreprise, un tel licenciement ne serait pas abusif. La Cour d'appel chargée de réexaminer l'arrêt cassé a bien intégré l'objection en décidant, dans le cas en question, que « le licenciement de ce salarié fondé sur son homosexualité et sa séropositivité procède d'un motif tiré uniquement de sa vie privée et ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail dès lors que les agissements du salarié en dehors de l'entreprise, qui relèvent de l'exercice de ses libertés, ne sauraient justifier un licenciement indépendamment du trouble caractérisé qu'un tel comportement est susceptible de provoquer au sein de la collectivité qu'elle forme, l'adhésion sans réserve du salarié à la foi catholique ne faisant d'autre part l'objet d'aucune discussion ».

Dans d'autres circonstances, la jurisprudence a considéré justifié le licenciement d'un homosexuel. Ainsi, dans une décision du 28 janvier 1993, la Cour d'appel de Montpellier s'est prononcée en ce sens dans une affaire où l'employeur reprochait au salarié « *d'avoir travaillé pour le compte d'une entreprise concurrente et de s'être livré à des actes provocants contraires aux bonnes mœurs, à savoir des actes d'homosexualité sur la personne d'un handicapé également employé de la société* ». Par ailleurs, la plupart des décisions des tribunaux et des cours d'appel se réfèrent à des avantages professionnels liés à la vie de couple.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, la situation est bien plus favorable aux salariés homosexuels. Ainsi, dans une décision du 20 janvier 2003, le Conseil de prud'hommes de Martigues a condamné une entreprise à payer une somme de 130 000 € à titre de dommages-intérêts du fait de la discrimi-



nation fondée sur l'orientation sexuelle et du harcèlement moral envers un employé homosexuel.

Enfin, l'article 47 de la loi du 18 mars 2003 a modifié le Code pénal en établissant que certains crimes dès lors qu'ils sont commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime sont aggravés dans leur peine. Cette circonstance aggravante s'applique notamment à l'homicide, aux violences et aux agressions sexuelles.

### **Une évolution de la géographie de la discrimination**

Depuis plus de trente ans, les associations de défense des droits des gays et des lesbiennes, mais aussi d'autres composantes de la société civile (associations de défense des droits de l'homme, mouvement féministe, associations de lutte contre le sida, groupes de consommateurs...) revendiquent l'alignement des dispositifs existants (contre l'injure, la diffamation et l'incitation à la haine à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine, leur appartenance à une ethnie ou une religion déterminée), aux violences verbales envers les personnes en raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle. C'est par une modification de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qu'en 1972 fut introduit en France, un dispositif contre le discours de haine raciale. Depuis, le système n'a cessé de s'affiner et la jurisprudence a notamment permis de tracer la limite entre une simple opinion et un propos à caractère injurieux, diffamatoire ou incitant à la discrimination. Ainsi, on ne peut plus dire impunément que « les noirs sont inférieurs aux blancs » ou que « les juifs constituent un lobby contraire aux intérêts nationaux ».

À la différence du système juridique anglo-saxon, pour lequel la liberté d'expression est une valeur absolue, la loi pénale française encadre cette liberté en considérant que l'insulte ne peut pas circuler de la même manière que l'opinion. Certes, les lois antiracistes n'ont pas fait disparaître le racisme. Toutefois,

elles ont permis d'inscrire dans le droit les valeurs qui fondent notre vie dans une société qui se veut laïque et démocratique. Cette dimension symbolique de la loi pénale fonctionne en ce sens comme un indicateur axiologique. Ce n'est pas par une volonté plus ou moins « capricieuse » des minorités que ces sanctions furent introduites dans le droit français. Elles constituent une réponse, plus ou moins efficace, au lourd passé colonial et raciste qui, à force de présenter l'exclusion de certaines catégories de la population comme normale, avait fini par banaliser la rhétorique justificatrice des inégalités. De même, la mobilisation des associations en faveur de l'élargissement de la protection juridique aux homosexuels est étroitement liée à un contexte politique et social qui, du débat sur le pacte civil de solidarité au mariage de Bègles, n'a pas cessé de voir augmenter le nombre de propos vexatoires à l'égard des gays et des lesbiennes.

Dans un projet de loi sur la création d'une Haute autorité de lutte contre les discriminations, trois amendements ont modifié la loi de 1881 relative à la liberté de la presse en permettant désormais de pénaliser les propos injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle.

Cette évolution du droit pénal manifeste une transformation de la « géographie de la discrimination ». En effet, aujourd'hui celle-ci s'est déplacée du terrain pénal (qui est devenu l'espace de criminalisation des comportements ou des paroles anti-homosexuelles) vers l'espace civil et plus particulièrement le droit de la famille.