



Lutte et protection contre l'homophobie : état des lieux

Virginie Fraissinier

► **To cite this version:**

Virginie Fraissinier. Lutte et protection contre l'homophobie : état des lieux. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2007, pp.41-64. hal-02543116

HAL Id: hal-02543116

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543116>

Submitted on 15 Apr 2020

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.

Lutte et protection contre l'homophobie : état des lieux

Virginie FRAISSINIER

Docteur en droit / Chargée de TD à l'Université de La Réunion

2007 a été déclarée année européenne de l'égalité des chances pour tous. Le 17 mai 2007 a été choisi comme date pour la journée internationale de lutte contre l'homophobie¹. C'est l'occasion de faire un état des lieux en la matière.

La personne homosexuelle a longtemps été considérée comme un être pervers et/ou malade. L'homosexualité était alors une « honteuse passion », « un acte immoral », « une passion morbide ». Aujourd'hui les mentalités, du moins occidentales, ont quelque peu évolué et l'homosexualité n'est « presque » plus envisagée comme un péché, un crime ou une maladie, par référence à la religion, la société et les médecins². L'homophobie, terme qui désigne l'hostilité explicite ou implicite subie par les homosexuels, est pourtant bien présente dans la vie courante et reste d'actualité. En effet, les homosexuels se font encore chaque jour injurier, harceler, agresser ou encore sont « laissés de côté », rejetés et ignorés en raison de leur seule orientation sexuelle³. Aux actes homophobes proprement dits s'ajoutent les discriminations quotidiennes.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la violence et le rejet ne sont pas l'apanage des Etats où l'homosexualité est encore incriminée⁴. Dans ceux où il y a eu dépénalisation les homosexuels et les lesbiennes sont encore victimes de brutalités policières, de tortures et d'agressions physiques⁵. Il arrive qu'on leur refuse également, dans les actes quotidiens, un droit, un bien, un service en raison de leur homosexualité avérée ou supposée.

1 Débats, projections de films, réunions publiques, expositions : comme chaque année depuis 2005, la Journée mondiale contre l'homophobie a lieu le 17 mai. La date n'a pas été choisie au hasard : elle commémore la suppression, en 1990, de l'homosexualité de la liste des maladies mentales dressée par l'Organisation mondiale de la santé. Lancée par l'universitaire Louis-Georges Tin, cette Journée mondiale a été officiellement reconnue par le Parlement européen, la Grande-Bretagne, le Mexique, le Québec, et elle sera célébrée, cette année, dans une cinquantaine de pays (Voir Chemin A., « La haine envers les homosexuels reste bien vivace en France », *Le Monde*, 18 mai 2007).

2 Cela fait seulement à peine quinze ans que l'Organisation mondiale de la santé a retiré l'homosexualité de sa liste des troubles mentaux.

3 Selon le Rapport pour 2005 de l'association SOS Homophobie le premier motif d'interpellation de l'association reste l'homophobie dans le monde du travail : 22% des témoignages reçus en parlent. Viennent ensuite l'homophobie subie dans le voisinage et dans les lieux publics (11% pour chacune de ces catégories) et l'homophobie dans la famille (8%). 5% des témoignages dénoncent l'homophobie dans les commerces et services, 4% en milieu scolaire et dans la police. 4% également des appels et des mails témoignent d'un mal de vivre. En bas de tableau se retrouvent l'homophobie des professionnels de la santé, des responsables religieux et des magistrats. Cette répartition des témoignages est sensiblement la même qu'en 2003, y compris pour les agressions physiques qui sont mentionnées dans 13% des cas.

4 Voir notamment le rapport d'Amnesty International, AMNESTY INTERNATIONAL, *Briser le silence, violations des droits de l'homme liées à l'orientation sexuelle*, Paris, 1998, coll. Ecrire contre l'oubli, 91 p.

5 Au Brésil et en Colombie fonctionnent des « escadrons de la mort » qui sont à l'origine de centaines d'assassinats d'homosexuels. Au Royaume-uni, des allégations de brutalités policières et de mauvais traitements ont été signalées.

En France, une homophobie récurrente a resurgi dans les années 1980 avec l'apparition du sida. A cette époque, de nombreuses personnalités politiques ont associé sida et homosexualité, tandis que les opinions religieuses se focalisaient sur « la punition divine ». A la fin des années 1990 le débat autour du PaCS a ravivé cette homophobie et a donné lieu à de multiples manifestations de rejet, de haine et de violence à l'égard des homosexuels¹. A cette époque certains auteurs ont ainsi affirmé qu'« *on peut parler d'une meilleure prise de conscience de l'homosexualité, mais concurremment s'est développée une homophobie jusqu'ici latente passée sans doute à une homophobie plus militante, plus organisée, plus compacte et plus agressive* »².

Cette époque « charnière » a marqué les esprits et a fait prendre conscience des lacunes quant à une protection efficace contre l'homophobie (§ 1). Un changement subtil est depuis lors intervenu : la protection contre l'homophobie semble aujourd'hui mieux assurée (§ 2).

§ 1. Une protection contre l'homophobie longtemps lacunaire (état des lieux jusque dans les années 1999-2000)

La protection contre l'homophobie est apparue longtemps lacunaire relativement à deux points. D'une part, la loi et les juges ont accordé une faible protection aux homosexuels victimes de discriminations (I). D'autre part, on a pu constater une protection imparfaite contre les actes homophobes proprement dits (II).

I/ Une protection faible contre les actes discriminatoires

Les textes constitutionnels français ne mentionnent pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En effet, la Constitution « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». De même, le préambule de la Constitution de 1946 interdit les discriminations dans le travail, mais seulement en raison des origines, des opinions ou des croyances³. La seule référence à un principe général de non-discrimination qui éventuellement pourrait assurer une protection aux personnes homosexuelles est l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui prévoit que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ».

Bien qu'une protection contre les discriminations envers les homosexuels soit apparue, elle est restée marquée par sa faiblesse. Celle-ci se manifeste sur deux points. D'abord les textes supranationaux et nationaux sont marqués par une certaine réticence à accorder une protection aux homosexuels victimes de discriminations (A). Ensuite, les difficultés rencontrées par les homosexuels lors d'éventuels procès entraînent l'existence d'une jurisprudence rare (B).

A. La faiblesse des textes supranationaux et nationaux

Le principe de non-discrimination apparaît dans plusieurs textes. Une certaine faiblesse transparait cependant tant en droit européen (1) qu'en droit interne (2).

1er) La faiblesse des textes de droit européen

1 Selon Borrillo (D.) « Homophobie, l'affaire de tous », *Libération*, 22 décembre 1999 : « *Le récent débat autour du PaCS a réveillé les vieux démons de l'intolérance, la violence et le mépris d'autrui* ».

2 Mignard (J.-P.), cité par Lebovici (E.) et Peron (D.), « Etat des lieux de l'homophobie », *Libération*, 26 juin 1999.

3 « *Tout être humain sans distinction de race, de religion ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés ; nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions, ou ses croyances* ».

L'interdiction des discriminations existe en droit européen. Que ce soit dans le cadre du Conseil de l'Europe ou dans le cadre de l'Union européenne la protection en faveur des homosexuels est restée en retrait pendant de nombreuses années.

◆ Dans le cadre du Conseil de l'Europe la prise en compte des discriminations subies par les personnes homosexuelles et l'instauration d'une nécessaire protection ont été opérées dès les années 1980. Suite à un rapport de la commission intitulé « *discrimination against homosexual* »¹, une recommandation et une résolution de l'Assemblée parlementaire ont été adoptées. L'Assemblée invite alors les gouvernements des Etats membres : « *à assurer ni plus ni moins l'égalité de traitement des homosexuels en matière d'emploi, de rémunération et de sécurité d'emploi, notamment dans le secteur public ; à assurer que la garde, le droit de visite et l'hébergement des enfants par leurs parents ne soient pas limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'entre eux ; à demander aux directeurs de prison et aux autres autorités publiques de faire preuve de vigilance contre le risque de viols, d'actes de violence et de délits sexuels dans les prisons* »². Il s'agit d'un premier pas vers un approfondissement de la protection contre les discriminations en matière de travail, de vie familiale et lorsque la personne homosexuelle vit en milieu carcéral. Il ne s'agit cependant pas encore d'une protection générale contre les discriminations certains domaines n'étant pas expressément cités. Il faudra au demeurant attendre l'année 2000 et le constat que la protection demandée n'a peu été suivie d'effet pour que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'intéresse à nouveau à la question de l'orientation sexuelle et des discriminations y afférant³.

En dehors des recommandations par l'Assemblée parlementaire, la protection contre les discriminations liées à l'homosexualité est issue de la Convention européenne des Droits de l'Homme, adoptée en 1950. L'article 14 de Convention dispose, concernant les discriminations, que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente 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* ». Faiblesse de la disposition, l'article 14 ne mentionne pas explicitement l'homosexualité, ni même les mœurs ou l'orientation sexuelle comme motifs d'interdiction à la discrimination.

En 1981, le projet de recommandation de la commission des questions sociales et de la santé de l'Assemblée du Conseil de l'Europe avait proposé d'amender l'article 14 de la Convention européenne en ajoutant à la liste des discriminations interdites la notion de « *penchant sexuel* » mais cet amendement n'avait pas été retenu lors de l'adoption définitive de la recommandation, en octobre de la même année⁴.

En 1990, dans l'esprit d'une meilleure protection, l'Association Internationale des Lesbiennes et des Gays a proposé l'instauration d'un protocole facultatif qui interdirait explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ce n'est toutefois qu'à la fin de 1998, soit huit ans après la proposition de l'association de « *défense des gays et lesbiennes* », que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme de rédiger une proposition de protocole additionnel élargissant le champ d'application de l'article 14 de la CEDH. Il semble que deux problèmes d'envergure aient « retardé » la mise en œuvre des travaux préparatoires d'un tel protocole additionnel. D'une part, la matière, particulièrement « brûlante », n'emportait bien évidemment pas l'adhésion de l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe. La ratification

1 Rapport de la Commission sur les questions sociales et de la santé, « *discrimination against homosexual* », Doc. 4436.

2 Recommandation 924 (1981) et Résolution 756 (1981), 1er 8 octobre 1981, citées par Leroy-Forgeot (F), *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, P.U.F., 1997, p. 85.

3 Voir *infra* § 2.

4 Recommandation 924 (1981).

des protocoles additionnels étant facultative, le risque était grand que seuls les Etats les plus favorables, et ayant déjà une législation conforme, s'engagent sur ce sujet. D'autre part, il pouvait paraître « dangereux » de créer une protection contre les discriminations fondées sur la seule orientation sexuelle et ce de manière spécifique dans un protocole alors que les autres motifs de discriminations « resteraient » à l'article 14. Après huit ans de tergiversations et sept mois de préparation, le Comité des ministres a finalement examiné **le projet de protocole dans lequel l'orientation sexuelle n'est mentionnée que dans l'exposé des motifs**. Le 26 juin 2000, le Comité des ministres a adopté le protocole n°12 tel qu'il lui avait été présenté : l'orientation sexuelle n'y figure pas¹.

Le Conseil de l'Europe, ici, n'a pu jouer pleinement son rôle de protection en faveur de la protection des homosexuels.

◆ Dans le cadre du droit communautaire une résolution du Parlement européen concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de travail² et une directive sur la discrimination en matière d'emploi³ commandent l'égalité entre tous les travailleurs. Force est alors de constater que l'interdiction des discriminations fondées sur l'homosexualité n'apparaît ici que dans une seule matière, le droit du travail. Cette faiblesse est en revanche compensée par l'article 13 du Traité instituant l'Union Européenne qui a permis l'adoption de règles juridiques appropriées afin de lutter contre les discriminations dans un certain nombre de situations. L'article prévoit ainsi que « *le Conseil, à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, pourra prendre toute mesure appropriée pour combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou la croyance, l'incapacité, l'âge ou l'orientation sexuelle* »⁴. C'est un premier pas vers une protection renforcée⁵.

2e) La faiblesse des textes de droit interne

La notion de discrimination a été introduite dans le Code pénal par la loi du 1^{er} juillet 1972 à l'article 225-1. Elle est définie alors comme « *toute distinction opérée à raison de (...)* ». A l'origine, les motifs énumérés par la loi étaient la race, l'origine, l'ethnie et la religion. En 1975, le sexe et la situation de famille apparaissent comme nouveaux motifs ; il faut attendre 1985 pour que les mœurs, et incidemment la sexualité, soient prises en compte⁶. Même si cela peut y ressembler, il ne s'agit cependant pas, encore, de l'orientation sexuelle.

L'article 225-2 du Code pénal affirme conjointement que « *la discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F d'amende lorsqu'elle consiste : à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; à refuser d'embaucher, à*

1 L'article 1er du protocole n°12 dispose que « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination 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* ».

2 Résolution du 13 mars 1984, JOCE C 104 du 16 avril 1984.

3 Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, JOCE C 369/3 du 21 décembre 1999.

4 L'article 13, cité par Borrillo (D.), « L'orientation sexuelle en Europe. Esquisse d'une politique publique anti-discriminatoire », *Revue Les Temps Modernes*, n° 605, Juin-juillet-août 2000, p. 273.

5 Voir *infra* § 2.

6 Loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, JO du 26 juillet 1985, p. 8471. L'article 225-1 du Code pénal prévoit alors plusieurs motifs de discrimination : « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

*sanctionner ou à licencier une personne ; à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ». L'article 416 du même code sanctionne « toute personne qui aura refusé un bien ou un service à une personne morale ou à un de ses membres à raison de l'origine, du sexe, des **mœurs** ou de la situation de famille ».*

Les thèmes abordés par le droit pénal sont multiples allant du refus de la fourniture d'un bien ou d'un service au refus d'embaucher un candidat à l'emploi ou encore au licenciement d'un individu en raison de ses mœurs.

De son côté le Code du travail dispose, à l'article L.122-45, qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses **mœurs**, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques (...) »¹. Relativement à l'embauche, l'article L. 121-6 considère que « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles »². L'article L. 122-35 énonce que le règlement intérieur des entreprises « ne peut comporter de disposition lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail à raison (...) de leurs **mœurs** »³. Plus général, l'article L.120-2 du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992, prévoit que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

On remarque immédiatement que des discriminations en fonction de certains motifs semblent bien prohibées que ce soit en matière pénale ou en droit du travail. L'orientation sexuelle n'est cependant jamais mentionnée en tant que telle. Le seul motif évoqué se rapprochant de l'orientation sexuelle reste « **les mœurs** », dénomination dont on ne sait pas ce qu'elle recouvre avec exactitude. Selon le député Jean-Pierre Michel, « cette proposition vise bien entendu les homosexuels, mais pas seulement eux. Elle concerne aussi tous ceux qui, par leur comportement, leur manière de vivre, leurs vêtements, leur coupe de cheveux, que sais-je encore, pourraient se voir refuser telle ou telle prestation ou service »⁴. Dans le « livre blanc 2000 », rédigé par l'association des lesbiennes et gays d'Ile de France, il est rappelé que l'ambiguïté du terme « **mœurs** », qui désigne à la fois des usages propres à un groupe social et des conduites individuelles susceptibles d'un jugement moral, « n'est pas de nature à faciliter la lutte contre les discriminations »⁵.

B. Une jurisprudence protectrice rare

Le dispositif jurisprudentiel de protection contre les actes discriminatoires est peu efficace et peu d'affaires ont été jugées relativement à des discriminations opérées en raison de l'homosexualité. L'un des problèmes majeurs reste le rapport de la preuve de la discrimination par la victime supposée. En droit du travail par exemple, comment en effet prouver que le véritable motif du refus d'embauche ou encore du licenciement réside dans les « **mœurs** » et plus particulièrement de l'homosexualité du candidat à l'emploi ou du salarié ? Autre exemple, comment prouver que le refus d'un logement est fondé sur l'homosexualité de la personne qui souhaite louer ? De même, une autre difficulté d'application réside dans le risque de représailles encouru par les éventuels témoins qui craignent pour

1 Loi n°82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JO* du 6 août 1982, p. 2518.

2 Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, *JO* du 1er janvier 1993, p. 19.

3 Loi n°86-76 du 17 janvier 1986, *JO* du 18 janvier 1986, p. 86.

4 *Journal Officiel Assemblée Nationale* n°29, 24 mai 1985, p. 1103.

5 Lesbian and Gay Pride Ile de France, *Le livre blanc 2000*, 10 mai 2000, p. 20, disponible sur www.france.qrd.org.

leur propre emploi¹ et dans le risque de représailles encouru par la victime elle-même quand elle engage des poursuites.

En droit du travail la Cour de cassation s'est prononcée dans une affaire restée célèbre. En l'espèce, il s'agissait de l'association Fraternité Saint-Pie X qui engage, le 1^{er} février 1985, Jacques Painsecq en qualité d'aide sacristain à la paroisse de Saint Nicolas du Chardonnet. Cette association ayant appris à la suite d'une indiscretion que monsieur Painsecq était homosexuel a estimé que celui-ci ne pouvait être maintenu dans ses fonctions en raison de ses mœurs contraires aux principes de l'Eglise catholique. Elle a licencié ce salarié le 19 juin 1987 lequel a saisi le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail. Le Conseil de Prud'hommes ayant donné raison au salarié, l'association catholique interjeta appel. Dans son arrêt du 29 mai 1990, la Cour d'appel de Paris² se base sur la vie privée du sacristain qui, en raison de son homosexualité, n'était pas conforme à la doctrine de l'Eglise catholique, pour juger que le licenciement pour homosexualité est fondé sur de « *justes motifs* ». Elle admet ainsi la licéité du licenciement, au motif que la bonne exécution des fonctions confiées au sacristain « *requérait que l'attitude corresponde aux dispositions intérieures dont elles n'étaient que le reflet* ».

La Cour de cassation³, le 17 avril 1991, casse l'arrêt de la Cour d'appel et estime que « *l'employeur ne peut congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs (...)* ». Elle ajoute toutefois, et cela vient compléter la définition de la cause réelle et sérieuse des licenciements en droit du travail, « *il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ». L'affaire fut par la suite renvoyée devant la Cour de Paris⁴ qui, le 22 janvier 1992, a affirmé que le motif de licenciement était uniquement tiré de la vie privée du salarié dont les agissements en dehors de l'entreprise relevaient de l'exercice de ses libertés et qu'un tel licenciement était ainsi sans cause réelle et sérieuse.

C'est la seule affaire qui, jusqu'alors, ait été jusqu'à la Cour de cassation laquelle a tranché en faveur de la protection de la victime.

Devant les juridictions du fond les cas ont été peu nombreux, faute de saisine du juge. Au surplus, pour les fois où les victimes ont « tenté » leur chance, les magistrats soit n'ont pas donné suite, soit n'ont prononcé aucune condamnation. Deux exemples en attestent.

A l'occasion d'une mission de contrôle sur place des traitements informatisés et des fichiers manuels mis en oeuvre par les Laboratoires Servier, la CNIL⁵ a constaté qu'un fichier manuel de recrutement comportait une fiche relative à un candidat à l'embauche sur un poste d'aromaticien portant la mention : « *pas le profil - homosexuel* ». L'existence de cette fiche, révélant un comportement discriminatoire à l'embauche et contraire à l'ordre public, a conduit la CNIL à dénoncer les faits en juillet 1999 au Procureur de la République de Nanterre⁶. L'affaire n'a pas eu de suite : la fiche ayant été établie en 1995, ce délit de discrimination à l'embauche est en effet tombé sous le coup de la prescription de trois ans prévue par le Code pénal.

1 Voir Boducki (B.), « L'homosexualité et les dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », *LPA* n°95, 10 août 1994 ; Ménard (A.), « L'homosexualité et la rupture du contrat de travail », *LPA* n°95, 10 août 1994.

2 C.A. Paris, 29 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 630, note Ch. Pettiti.

3 Soc., 17 avril 1991, *JCP*, 1991.II.21724, note Alain Sériaux ; *D.* 1991, IR, p. 140 ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 474, note Echappé.

4 C.A. Paris, 22 janvier 1992, *D.* 1992, IR, p. 125.

5 Commission nationale informatique et libertés.

6 Inciyan (E.), « La CNIL dénonce un fichier discriminatoire aux laboratoires Servier », *Le Monde*, 15 juillet 1999.

En février 2001, le Conseil de prud'hommes de Sète a condamné deux pharmaciens à payer des dommages et intérêts à Valérie G., une de leurs employées, qui les poursuivait pour harcèlement moral et discrimination fondée sur son homosexualité¹. Sur appel des deux pharmaciens la Cour d'appel de Montpellier, le 19 mars 2002, a rejeté les déclarations de la jeune femme, notamment parce que le témoignage favorable d'un homosexuel séropositif, client de l'officine, était « *fortement marqué de subjectivité* ». Dans une notification en date du 29 février 2003, la Cour de cassation a informé la jeune femme qu'elle acceptait son pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier dans l'affaire qui l'oppose à ses anciennes employeuses. Ce pourvoi a cependant été rejeté dans un arrêt du 8 février 2005².

L'existence de textes protecteurs, interdisant les discriminations, ne suffit pas à proposer une protection pleine et entière aux victimes. Cette faiblesse est d'autant plus frappante que la jurisprudence, faute de saisine, est restée rare. S'ajoutent à ce phénomène les imperfections de la protection contre les actes homophobes.

II/ Une protection imparfaite contre les actes homophobes

« L'homophobie est de fait un phénomène complexe et varié. Elle se laisse entrevoir sous des blagues vulgaires qui ridiculisent l'efféminé, mais elle revêt aussi des formes brutales allant jusqu'à l'extermination de l'autre-homosexuel, comme se fut le cas de l'Allemagne nazie »³.

La protection contre les actes homophobes est demeurée imparfaite. Cette imperfection concerne aussi bien les délits d'injure et de diffamation (A) que ceux d'incitation à la haine et la violence et les agressions physiques dont sont victimes les homosexuels (B).

A. Une protection imparfaite contre les injures et la diffamation

Les imperfections peuvent être analysées sous deux angles complémentaires. D'une part il existe des imperfections au niveau législatif, la loi étant parfois insuffisante et mal adaptée (1). D'autre part, et corrélativement, la jurisprudence n'a guère été novatrice et s'en est tenue à l'application des textes existants (2).

1er) Les imperfections législatives

En principe, toute personne bénéficie d'une protection à l'encontre des agressions verbales dont elle est l'objet par la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse. Cette loi a en effet prévu deux incriminations : l'injure et la diffamation publiques⁴. La première consiste en « *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* »⁵. La seconde

1 Voir *Le Monde*, 24 janvier 2001.

2 Cass. soc., 8 mars 2005, pourvoi n°02-43281, inédit, www.legifrance.fr Selon l'arrêt de la Cour de cassation « *attendu que la cour d'appel a relevé que la salariée n'établissait pas les éléments de fait susceptibles de caractériser les manquements reprochés à l'employeur ; que les moyens qui ne tendent qu'à remettre en cause devant la Cour de Cassation les éléments de fait et de preuve souverainement appréciés par les juges du fond, ne peuvent être accueillis* ».

3 Borrillo (D.), « Homophobie, l'affaire de tous », *Libération*, 22 décembre 1999.

4 Il existe l'injure et la diffamation non publiques, infractions prévues respectivement par les articles R. 621-1 et R. 621-2 du nouveau Code pénal : ce sont des contraventions de première classe.

5 Article 29 alinéa 2, loi du 29 juillet 1881.

englobe « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé »¹.

Le caractère public des infractions est défini par l'article 23 de la loi comme « des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle ».

Deux remarques, sous lesquelles transparaissent les imperfections en matière de protection, nous semble indispensables.

En premier lieu, diffamation et injure ne sont constituées que lorsqu'elles visent une personne identifiable, soit qu'elle est directement nommée, soit que son identification est possible². Les délits d'injure et de diffamation sont en effet des infractions contre des personnes. Ils exigent une victime et la répression ne peut avoir lieu que lorsqu'un particulier est en cause. Une personne homosexuelle personnellement injuriée ou diffamée trouve alors une protection efficace dans la loi de 1881.

En revanche, il n'existe pas de textes permettant de poursuivre des faits injurieux ou diffamatoires fondés sur la seule orientation sexuelle. Certes, la loi punit spécialement la diffamation commise envers « une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion »³ ; elle ne le fait pas à raison des mœurs ou de l'orientation sexuelle. En dehors des groupes de personnes énumérés, la diffamation n'est pas un délit pénal. La loi ne permet pas à un groupe de personnes qui se sent diffamé en raison de son orientation sexuelle de porter plainte : c'est le cas d'une diffamation à l'égard « des homosexuels » car elle n'est infraction que si elle vise des personnes déterminées. Par conséquent, si la simple allégation « d'homo », visant une personne en particulier identifiable, peut être constitutive d'une diffamation condamnable, il est en revanche possible de dire de façon générale que les « homosexuels » sont des animaux⁴ sans encourir de sanction. Il semble qu'il existe « deux poids, deux mesures » sans justification.

En second lieu, à l'impossibilité pour des personnes non personnellement visées par la diffamation de se constituer partie civile, il existe une autre insuffisance en matière de protection contre l'homophobie. Les associations de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et contre les propos homophobes ne sont pas recevables à exercer les droits reconnus à la partie civile à la différence des associations de lutte contre le racisme et la xénophobie par exemple. En effet, les articles 2-1 à 2-5 du Code de procédure pénale permettent aux associations déclarées depuis au moins 5 ans soit relatives à la résistance et aux déportés, soit luttant contre le racisme, soit regroupant des anciens combattants d'exercer les droits reconnus à la partie civile. L'article 48-1 de la loi de 1881 prévoit quant à lui que « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 24 (dernier

1 Article 29 alinéa 1, loi du 29 juillet 1881.

2 L'article 2 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

3 Article 32 alinéa 2, loi du 29 juillet 1881, article introduit par la loi n°72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, JO du 2 juillet 1972, p. 6803.

4 Les homosexuels ont été comparés à des « animaux de compagnie » (François Vannson) ou à des « zoophiles » (Jacques Myard) voués à être « stérilisés » (Pierre Lellouche), cités dans « Votre vie privée contre la nôtre », *Le Monde*, 26 juin 1999.

alinéa), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3) de la présente loi ». Aucun de ces textes ne peut être avancé par une association de lutte contre l'homophobie en vue de se constituer partie civile lorsque des propos ou allégations homophobes sont proférés.

Comme le souligne en 1999 le pénaliste Renaud LE GUNEHEC, « la loi ne protège aujourd'hui que l'honneur d'un individu (loi de 1881) et l'ordre public (lois contre l'incitation à la haine raciale) »¹. Entre les deux, « les pédés et les gouines ne sont que des spectateurs, mis dans l'incapacité d'agir devant l'insulte et l'injure »².

2e) Une jurisprudence conforme aux textes existants

Conformément à la loi, toute personne individuellement diffamée ou injuriée peut intenter une action en justice contre l'auteur de la diffamation ou de l'injure. En revanche, aucun délit de diffamation ou d'injure ne peut être retenu contre un auteur lorsque la diffamation ou l'injure vise non plus une personne en particulier mais un groupe d'individu tel les homosexuels.

Dans plusieurs affaires les juges du fond ont fait une stricte application des textes.

◆ Le tribunal correctionnel de Strasbourg, suivi par la Cour d'appel de Colmar³ a jugé irrecevable l'action en diffamation intentée par des homosexuels, personnes physiques, contre l'évêque Elchinger qui lors d'une conférence de presse avait déclaré « *je respecte les homosexuels comme je respecte les infirmes. Mais s'ils veulent transformer leur infirmité en santé, je dois dire que je ne suis pas d'accord* ». Les plaignants furent déboutés et obligés de payer des dommages et intérêts pour procédure abusive. La Cour d'appel a en effet jugé que « **les homosexuels (...) ne constituent pas un corps légalement protégé** ». De ce fait ils ne pouvaient intenter une action contre les propos homophobes proférés. La Cour ajoute « *l'action peut, cependant, être individuellement intentée par les membres de ce corps qui seraient en droit de se considérer comme personnellement visés par les imputations ; qu'il convient toutefois, s'ils n'ont pas été nommément désignés, que leur identification soit possible. Or (...), les parties civiles (...) si elles ont décrit le préjudice personnel, n'ont pas rapporté la preuve qu'elles avaient été suffisamment désignées pour encourir un tel préjudice ; qu'en effet, leur identification n'est pas rendue possible par les propos généraux incriminés* ». C'était mettre un terme à toute action possible.

◆ Une quinzaine d'années plus tard, Monseigneur Elchinger déclarait à nouveau, dans une tribune libre d'un quotidien régional, « *la dimension morale de la société est une composante fondamentale de l'homme. L'évacuer, lui préférer la satisfaction des pulsions instinctives [parlant des homosexuels], c'est faire régresser l'homme vers l'animalité* ». Aucune poursuite n'a pu être faite à l'encontre de ces propos homophobes puisque proférés ni à l'encontre de personnes identifiables ni à l'encontre d'un groupe énuméré à l'article 32 de la loi de 1881.

◆ Autre illustration d'une protection imparfaite, le 16 mars 1999, le journal « Présent » publie, en page une de son numéro 4299, un article intitulé « *PaCS : la contre attaque du lobby homosexuel* », accompagné d'une caricature d'un couple d'hommes tendant les bras à un petit garçon avec comme annotation « *viens mon petit, n'aie pas peur, tu vois bien qu'on te reçoit (...) à draps ouverts* ». En plein débat sur le PaCS et la question de l'adoption par les homosexuels, le dessin laissait à penser qu'il existe une assimilation entre homosexualité et pédophilie. L'attaque contre les homosexuels était générale et ne visait personne en particulier. De même le dessin ne visait pas une personne appartenant à l'un des groupes de personnes visés par l'article 32 de la loi sur la presse. *A priori*, personne ne pouvait attaquer le journal en question : ni un homosexuel qui s'estimerait diffamé, ni une association

1 Le Gunehec (R.), cité par Lebovici (E.) et Peron (D.), « Etat des lieux de l'homophobie », *Libération*, 26 juin 1999.

2 Borrillo (D.), cité par Lebovici (E.) et Peron (D.), « Etat des lieux de l'homophobie », *Libération*, 26 juin 1999.

3 Colmar, 27 juin 1983, *D.*, 1983, p. 550, note Koering-Joulin (R.).

de protection contre l'homophobie. Pourtant, le Centre gai et lesbien de Paris a porté plainte pour diffamation, d'une part parce qu'il appartient au « lobby homosexuel » que le dessin représente, ensuite parce que ses statuts d'association prévoient qu'il a pour fonction de lutter contre les discriminations, et enfin parce que personne ne pouvait agir individuellement¹. Furieux de cette attaque, le journal « Présent » a consacré à la plainte déposée à son encontre un nouvel article avec une illustration montrant deux hommes faisant semblant de s'interroger sur le mal qu'il y a à confondre « homosexuel et pédophile ». A l'audience du 26 novembre 1999 le directeur de la publication en cause a expliqué que le dessin attaqué « *n'était rien d'autre que l'expression du débat intellectuel très vif au moment du PaCS* ». Il ajoute qu'il ne « *s'agit que d'une caricature* ». Caroline Fourest, à l'époque présidente du Centre gai et lesbien a dénoncé « *le flou juridique* » permettant à certaines publications d'attaquer les homosexuels dans leur ensemble en toute impunité. Pour sa part, Agnès Tricoire, avocate du Centre, a défendu la recevabilité de celui-ci en tant que l'une des principales associations pouvant se reconnaître dans le terme de « lobby homosexuel »².

Dans son jugement du 7 janvier 2000, la chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris a estimé :

Sur la recevabilité de la constitution de partie civile du Centre gai et lesbien au nom de ses adhérents : « *le Centre gai et lesbien est une association déclarée qui a notamment pour objet, selon ses statuts, la lutte contre toute exclusion ou discrimination sociale, professionnelle, ou de toute autre nature, fondée sur l'orientation, l'identité, les mœurs ou les pratiques. **Aucun texte de portée générale ne confère aux associations les droits reconnus à la partie civile** à raison des faits délictueux qui leur porteraient un préjudice direct, tel le préjudice moral causé à l'ensemble de ses membres (...) En outre, l'article 2-6 du Code de procédure pénale permet aux **associations se proposant de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs d'exercer les droits reconnus à la partie civile seulement en ce qui concerne certaines infractions limitativement énumérées par ce texte, dont la diffamation ne fait pas partie** ».*

Sur l'action de l'association à titre personnel : « *l'action du Centre gai et lesbien est en revanche recevable en ce que cette association se prétend personnellement diffamée, comme faisant partie, selon la une de « Présent », du lobby homosexuel soutenant le PaCS et invoque à cet égard un préjudice personnel (...)* ». Le tribunal a débouté l'association parce que « *le Centre gai et lesbien n'est ni nommé, ni particulièrement identifiable dans les titres et les dessins figurant en première page du journal. **N'étant pas personnellement visé** par la publication qu'il incrimine, le Centre gai et lesbien ne saurait se prétendre atteint dans son honneur et sa considération ; le délit de diffamation n'est donc pas constitué »³.*

◆ Dans une affaire similaire à la précédente la Cour de cassation va dans le même sens. En l'espèce, des d'affiches avaient été placardées et s'en prenaient « *aux pédés* ». Le juge d'instruction a admis la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association de protection contre les discriminations et des personnes physiques plaignantes par une ordonnance du 19 octobre 1999. Pour infirmer cette décision et déclarer irrecevable la constitution de partie civile de l'association et des personnes physiques les juges du second degré se sont fondés sur le texte de l'article 2-6 du Code de procédure pénale lequel interdit aux associations de lutte contre les discriminations d'exercer les droits des parties civiles. Ils ont également affirmé par ailleurs que les affiches en question ne visaient nommément aucune des parties civiles, personnes physiques. Dans un arrêt en date du 30 janvier 2001

1 Voir Lebovici (E), « La diffamation doit être punie », *Libération*, 26 juin 1999, entretien avec Agnès Tricoire, avocate pour le Centre gai et lesbien.

2 Voir l'article dans « Prochoix » n°12, novembre-décembre 1999, p. 32.

3 Extrait du jugement dans « Prochoix » n°13, janvier-février 2000, p. 5.

la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'association et des parties civiles reprenant les thèses de la Cour d'appel¹.

L'ensemble de ces jurisprudences montre les limites de la protection des homosexuels contre les atteintes à leur dignité et leur considération. Ces insuffisances existent également en ce qui concerne les agressions physiques et l'incitation à la violence contre des personnes homosexuelles.

B. Une protection imparfaite contre l'incitation à la haine et la violence

Proche de la diffamation, l'incitation à la haine et la violence s'en distingue dans la mesure où la première est directement tournée vers la « victime potentielle » alors que la seconde est tournée vers le public pour l'exhorter à la violence et la haine. De l'incitation à la haine et la violence au passage à l'acte et l'agression physique, il n'y a qu'un pas.

En 1991, dans un rapport du Collectif Gay Pride, certaines associations estimaient que « *les incitations publiques à la haine donnent, parmi d'autres, une idée de ce que les homosexuels doivent affronter quotidiennement. Il n'est d'ailleurs pas de semaine sans que des bandes organisées ne cassent ou n'assassinent du pédé dans un square et ce dans l'indifférence générale* ».

Cette violence s'est accentuée et ce n'est plus dans l'indifférence générale que les agressions sont perpétrées, mais dans un certain climat de satisfaction et de passion. Plusieurs cas d'agressions physiques contre des homosexuels ont été dénoncés. Ainsi, à Mulhouse, en novembre 1999, un groupe d'adolescents s'est rendu dans un parc du centre ville connu comme lieu de « *rencontre gay* » avec « *le but avoué de s'en prendre à de l'homosexuel* »². A Lille, en janvier 2001, un jeune homme a agressé verbalement les clients d'un bar homosexuel, les traitant de « *sales enculés, bâtards de pédés* », avant de s'en prendre physiquement aux clients eux-mêmes³. A Reims dans la nuit du 13 au 14 septembre 2002, un jeune homme a été tabassé dans un lieu de rencontre homosexuel de la ville et laissé pour mort dans un plan d'eau où il s'est noyé. La liste pourrait être longue⁴. La police française affirme unanimement que les agressions sont fréquentes, notamment dans les lieux de drague, mais que peu de personnes portent plainte.

La protection juridique reste mitigée selon les cas.

En matière d'agressions physiques, l'homosexualité de la personne est indifférente à la protection qui lui est offerte. En tant que victime, la personne peut porter plainte et se constituer partie civile. Ainsi dans l'affaire du meurtre du jeune homme de Reims, en 2002, ses trois agresseurs ont été condamnés à des peines allant de 15 à 20 ans de prison. La protection juridique est donc pleine et entière sauf lorsque la victime n'ose porter plainte.

1 Cass. crim., 30 janvier 2001, pourvoi n°00-81292, inédit titré, www.legifrance.fr

2 Grosjean (B.), « Une année de haine trop ordinaire, morceaux choisis recensés dans le rapport 2000 de SOS homophobie », *Libération*, 23 juin 2000.

3 Hamoir (O.), « Chasse aux homos à Lille ou l'intolérance au quotidien », *Libération*, 17 janvier 2001.

4 La France n'est pas le seul pays à connaître un tel phénomène. A l'étranger également les lesbiennes et les gays sont de fait victimes non seulement de discriminations mais aussi d'hostilité voire de violence, comme en témoigne l'explosion d'une bombe dans un pub gay à Londres en avril 1999, qui a fait trois morts et plus de soixante blessés. Trois rapports importants relatifs aux crimes homophobes dans trois pays très différents, l'Irlande, la Suède et le Royaume-Uni, brossent un tableau très semblable des violences infligées aux homosexuels (Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », 6 juin 2000, *Doc.* 8755).

En matière de provocation à la haine et la violence, l'homosexualité n'entraîne pas de protection particulière. L'article 24 alinéa 6 de la loi de 1881 envisage un délit spécifique pour « *la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». **Rien n'est prévu pour la provocation en raison des mœurs ou de l'orientation sexuelle** sauf évidemment si la provocation est directe et suivie d'effet, auquel cas elle devient complicité de crime réprimée à l'article 23 de la loi sur la presse¹.

Au vu de la législation et de la jurisprudence la protection contre les actes discriminatoires et homophobes connaît de nombreuses insuffisances. Dans son rapport pour 2000, l'association de lutte contre l'homophobie « SOS Homophobie » déclarait relever « *une homophobie ordinaire avec son cortège de rumeurs, d'insultes, dans la rue, sur le lieu de travail ou en famille, puis une homophobie agressive faite de refus d'attribution de garde d'enfants... enfin une homophobie destructrice avec son lot d'agressions physiques...* ».

Il semble que la protection s'est cependant renforcée depuis les années 1999-2000, au moment même où les attaques envers les homosexuels se sont multipliées et où les lacunes en matière de protection juridique ont été dénoncées.

§ 2. Une protection contre l'homophobie aujourd'hui mieux assurée (état des lieux 2000-2007)

Les demandes d'une protection renforcée contre l'homophobie se sont multipliées. Les associations de lutte contre l'homophobie ont souhaité d'une part que soient réprimées la diffamation et l'injure commises contre une personne ou un groupe de personne en raison de leur orientation sexuelle et, d'autre part, pouvoir se constituer partie civile pour éviter « certains dénis de justice »². Elles ont réclamé également la mise en œuvre de sanctions dans les cas de provocation à la haine homosexuelle qui n'étaient pas réprimés. Enfin les associations ont proposé de rajouter « *l'orientation sexuelle* » au rang des motifs de discrimination dans le Code pénal et celui du travail.

Des améliorations ont été constatées, répondant à certaines revendications. Ces améliorations concernent la protection contre les actes discriminatoires visant les homosexuels (I) et la protection contre les actes homophobes à proprement parler (II).

I/ Les améliorations contre les actes discriminatoires (2000-2004)

1 L'article 23 de la loi de 1881 prévoit que « *seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet. Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du code pénal* ».

2 Elles proposaient d'élargir la loi du 29 juillet 1881, ainsi que les articles du Code de procédure pénale s'y rapportant, dans ce sens : « *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits qui se propose par ses statuts de combattre le sexisme ou l'homophobie, ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur sexe ou leur orientation sexuelle, peut exercer les droits reconnus à la partie civile, en ce qui concerne les articles 24 alinéa 6, article 32 alinéa 2 et article 33 alinéa 3* ».

Les améliorations contre les actes discriminatoires relèvent, d'une part, de la prise en compte de l'orientation sexuelle dans la législation (A) et, d'autre part, de la création d'une autorité administrative indépendante chargée de la lutte contre les discriminations et en faveur de l'égalité (B).

A. L'amélioration par la prise en compte de l'orientation sexuelle dans la législation (2000-2001)

La prise en compte de l'orientation sexuelle résulte tant de l'impulsion du droit européen (1) que de l'adoption de lois en droit interne (2).

1er) La prise en compte par le droit européen

◆ Dans le cadre du Conseil de l'Europe l'année 2000 semble avoir été une année « hétérogène » quant à une réelle prise en compte de l'orientation sexuelle en tant que facteur discriminatoire.

Lors du débat relatif à l'adoption du protocole n°12, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 26 janvier 2000, a émis un avis selon lequel il serait souhaitable d'ajouter « ***l'orientation sexuelle*** à la liste des formes de discriminations "particulièrement odieuses" visées par la Convention »¹. Il s'agissait là d'une avancée protectrice par rapport à la faiblesse de l'article 14 qui ne mentionnait pas l'orientation sexuelle en tant que telle. Cet avis n'a pas été suivi².

Peu de temps après l'Assemblée Parlementaire s'est intéressée à nouveau à la question de l'orientation sexuelle. Le 30 juin 2000, elle examine un nouveau projet de recommandation sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, datant du 6 juin 2000, commande de « ***supprimer de la législation des pays membres toutes dispositions discriminatoires à l'encontre des homosexuels. Le propos est la non-discrimination et l'égalité des droits*** »³. Une recommandation a été adoptée le 26 septembre 2000. Elle invite les Etats membres du Conseil de l'Europe « ***à inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés dans leur législation nationale*** »⁴. C'est donc une incitation européenne envers les Etats membres qui permet un renforcement de la protection.

Dans le cadre de l'Union européenne la protection s'est également renforcée par une prise en compte de l'orientation sexuelle.

◆ Même si pour l'heure elle aucune valeur juridique et fait figure de « symbole »⁵, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée le 7 décembre 2000¹ précise, dans son article

1 Avis n°216 (2000) du 26 janvier 2000, projet de protocole n°12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

2 Voir *supra* § 1.

3 Rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Situation des gays et lesbiennes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », 6 juin 2000, *Doc. 8755*.

4 Recommandation 1474 (2000) sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, 26 septembre 2006, sur le site du Conseil de l'Europe, www.coe.int.fr

5 D'un point de vue purement juridique, la Charte des droits fondamentaux est dépourvue de caractère obligatoire puisqu'elle n'a été ni intégrée ni annexée aux Traités communautaires. Un auteur, en 2001, écrivait que la Charte pourrait cependant avoir un avenir plus ambitieux car elle « *pourrait bien figurer comme le premier élément fondateur, à titre de préambule, de déclaration des droits, voire de premier chapitre de la future Constitution de l'Union* » (Gruber A., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique », *LPA n°15*, 22 janvier 2001, pp.4-17). L'échec du *referendum* sur le Traité de Constitution pour l'Europe du 29 mai

21, qu'« est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou **l'orientation sexuelle** ».

Beaucoup plus concrètement, en 2000, une directive et une décision du Conseil sont venues conforter la protection des homosexuels face aux discriminations.

Dans la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 concernant l'emploi et le travail, le Conseil estime que discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou **l'orientation sexuelle** peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE. De même, les membres du Conseil considèrent que les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou **l'orientation sexuelle** doivent disposer de moyens de protection juridique adéquats. Pour assurer un niveau de protection plus efficace, les associations ou les personnes morales doivent aussi être habilitées à engager une procédure, selon des modalités fixées par les Etats membres, pour le compte ou à l'appui d'une victime, sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions. De plus, et toujours dans la perspective d'une meilleure protection, les membres du Conseil estiment que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en oeuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. Les articles 9 et 10 de la directive prévoient alors expressément une protection particulière de la défense des droits par les associations² et un aménagement de la charge de la preuve³.

La décision 2000/50/CE du 27 novembre 2000 s'intitule « un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) ». Son article 1^{er} est clair : il s'agit d'établir « pour la période allant du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2006, un programme d'action communautaire visant à promouvoir des mesures de lutte contre toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou **l'orientation sexuelle** ».

La prise en compte de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination est aujourd'hui certain. Le droit européen a pu ainsi donner une impulsion. Aux parlementaires français d'agir au niveau interne.

2005 en France semble avoir remis à plus tard une telle perspective. Pour sa part Guy Braibant, membre de la Convention qui a préparé la Charte et représentant du Président de la République et du Premier ministre, déclarait, en l'an 2000 : « je suis persuadé que les juges tireront parti de la Charte avant même qu'elle soit déclarée juridiquement contraignante » (cité dans « Débat sur le premier thème : le Contexte de la Charte », *La Charte des droits fondamentaux*, Acte des journées d'études de Strasbourg les 16 et 17 juin 2000, RUDH n°1-2, 2000, p. 11).

1 JOCE C 364, 31 décembre 2000, pp. 1-22.

2 Article 9 « Les Etats membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive ».

3 Article 10 « les Etats membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

2e) La prise en compte par le droit interne

La prise en compte de l'orientation sexuelle dans les textes de droit interne apparaît en matières pénale et civile.

La loi du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, intègre à l'article 225-1 du Code pénal, lequel réprime les discriminations, l'orientation sexuelle¹. Selon l'article 225-1 du Code pénal « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison (...), de leur orientation sexuelle, (...)* ». Ce ne sont donc plus seulement les « mœurs » qui sont visées comme motifs mais bien l'orientation sexuelle.

La même loi a également agi au niveau civil et plus particulièrement en matière de droit du travail.

D'abord, elle a élargi les motifs de discrimination interdits en matière de droit du travail. L'article L.122-45 du Code du travail est aujourd'hui beaucoup plus large que dans sa rédaction initiale laquelle ne contenait aucune référence à l'orientation sexuelle². En 2001, l'article L.122-45 du Code du travail précise qu' : « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...) de ses mœurs, de son orientation sexuelle, (...)* »³.

Ensuite, en vue de faciliter les démarches judiciaires des victimes, la loi a étendu, à travers l'article L.122-45-1 du Code du travail, le cercle des personnes susceptibles de saisir la justice en faveur des associations qui depuis au moins cinq ans ont pour objet de lutter contre les discriminations⁴.

Enfin, parallèlement aux précédentes mesures adoptées, et toujours en vue de faciliter l'action judiciaire, la loi a repris l'idée avancée par la directive 78/2000/CE d'un nécessaire aménagement de la charge de la preuve. Il est en effet de principe, et ce en vertu de l'article 1315 du Code civil, que c'est au demandeur de rapporter la preuve de ce qu'il allègue et demande : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Selon l'adage *actori incumbit probatio*, le salarié homosexuel qui s'estime victime d'un acte discriminatoire doit rapporter la preuve de la discrimination alléguée. Or cette charge de la preuve pèse particulièrement en la matière⁵. Aménageant le principe de la charge de la preuve, la loi du 16 novembre 2001 a complété l'article L.122-45 du Code du travail par un quatrième alinéa selon lequel « *en cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise*

1 Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, JO du 17 novembre 2001, p. 18311.

2 Voir *supra*.

3 Il faut noter qu'en règle générale les Etats européens ont d'abord adopté une loi pour lutter contre les discriminations raciales. Dans certains cas (Belgique et Danemark par exemple), la loi initiale a été modifiée pour ajouter l'orientation sexuelle aux premiers critères de discrimination visés (race, origine ethnique ou nationale...). D'autres, comme la Grande-Bretagne ou la Suède, ont successivement adopté des lois prohibant un seul type de discrimination, parfois même un type de discrimination dans un domaine donné, de sorte que, dans ces pays, il existe plusieurs textes sur les discriminations. Ces textes visent respectivement les discriminations raciales, les discriminations sexuelles, les discriminations relatives au handicap, et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

4 Voir l'article L. 122-45-1 du Code du travail selon lequel « *Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent de l'article L. 122-45, dans les conditions prévues par celui-ci, en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment* ».

5 Voir Favennec-Hery (V.-F.), « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Droit social*, 1985, p. 173.

présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »¹. En d'autres termes il appartient au salarié homosexuel, qui s'estime victime de discrimination en rapport avec son orientation sexuelle, de fournir au juge les éléments susceptibles de caractériser ladite discrimination. La loi actuelle fait ainsi peser sur l'employeur une grande partie de la charge de la preuve puisque celui-ci est obligé de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002² a étendu au domaine du logement les principales innovations que la loi de novembre 2001 avait introduite dans le Code du travail. Le critère de « l'orientation sexuelle » est retenue de même qu'est reconnu le principe de l'aménagement de la preuve en faveur de la victime³.

B. L'amélioration par la création d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (2002-2006)

Le 14 octobre 2002, lors de son discours à Troyes, Jacques Chirac, alors Président de la République, a indiqué que « le refus des communautarismes ne se conçoit pas sans une lutte contre les discriminations ». Il a exprimé le souhait « qu'une autorité indépendante soit créée pour lutter contre toutes les formes de discriminations qu'elles proviennent du racisme, de l'intolérance religieuse, du sexisme ou de l'homophobie ».

Le Parlement a définitivement adopté en décembre 2004 le projet de loi créant la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), projet qui inclut un dispositif de lutte contre le sexisme et l'homophobie⁴.

1 Cette solution avait déjà été retenue dans deux arrêts de la Cour de cassation, l'un relatif à la discrimination sexuelle, l'autre syndicale. A cette occasion les juges ont procédé à un aménagement de la charge de la preuve favorable au salarié victime. Voir Cass. soc., 23 novembre 1999, arrêt Seillier, *Bull. civ. V n°447* ; *Droit social*, 2000, p. 592 et Cass. soc., 28 mars 2000, arrêt Fluchère, *Bull. civ. V n°126* ; *RJS*, 2000, n°498.

2 Loi n°2002-73, 17 janvier 2002, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1008.

3 L'article 158 la loi du 17 janvier 2002 précise que : « Toute personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille, son état de santé, son handicap, ses mœurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. En cas de litige relatif à l'application de l'alinéa précédent, la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision n'est pas fondée sur un motif discriminatoire. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». L'article 158 de la loi de modernisation sociale a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel relativement au fait que le locataire doit présenter des éléments de fait caractéristiques d'une discrimination, le bailleur devant ensuite justifier de sa décision de refus de louer le logement. Des parlementaires y ont vu un renversement de la charge de la preuve sur le défendeur-bailleur, mais la rédaction de cet article a été validée par le Conseil constitutionnel, sous réserve que le candidat-locataire qui s'est vu refuser l'accès à un logement pour de telles raisons, ne puisse être dispensé d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'il présente, laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Le bailleur doit ensuite prouver que son refus était motivé par la gestion normale de son patrimoine immobilier, le juge pouvant prescrire toutes les mesures qu'il estime utiles au vu des différents éléments dont il dispose.

4 Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004, *JO* du 31 décembre 2004, p. 22567. Son président est Louis Schweitzer. A titre de comparaison en Europe, seuls la Belgique, les Pays-Bas et la Suède ont mis en place un organisme indépendant qui veille au respect des droits des homosexuels. Il s'agit d'organismes chargés de lutter contre toutes les formes de discrimination, et donc notamment contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

La HALDE se présente comme une « autorité administrative indépendante », compétente pour connaître « toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international ». Elle a compétence sur toute forme de discrimination légale, qu'elle soit fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou **l'orientation sexuelle** et ce dans les domaines les plus divers tels que le travail, le logement, l'éducation ou encore l'accès aux biens et services.

Sans empiéter sur les pouvoirs de la justice, la HALDE peut mettre à jour des pratiques discriminatoires en aidant les victimes à constituer leur dossier, grâce à un pouvoir d'investigation important permettant notamment de demander des explications, d'auditionner des personnes, de consulter des documents ou même dans certains cas de procéder à des vérifications sur place. A cet égard, la Haute Autorité a vu ses pouvoirs renforcés lors de l'adoption de la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances¹. Il est aujourd'hui permis à la Haute Autorité d'effectuer, en cas de suspicions de discrimination, des perquisitions sans l'accord du responsable des lieux². Les agents de la HALDE, assermentés et spécialement habilités par le Procureur de la République, peuvent désormais dresser des procès verbaux pour des faits de discriminations qui ont été prouvés par la méthode du « Testing » légalisée par l'article 225-3-1 du Code pénal. Enfin, la HALDE peut informer le Procureur de la République lorsque des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit sont portés à sa connaissance³.

Depuis son instauration la HALDE a été saisie à plusieurs reprises de cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Dans une première affaire, une chambre avait été réservée, et réglée d'avance, dans un hôtel au bord de la mer. Lorsque les clients se présentent à la réception, les propriétaires leur indiquent qu'ils attendaient un couple. Les deux hommes confirment qu'ils sont bien ensemble. Le propriétaire et son épouse refusent de donner les clés de la chambre louée et remboursent la réservation en indiquant « *qu'il ne veut pas de ça chez lui* ». Interrogés par la HALDE, les propriétaires de l'hôtel indiquent spontanément qu'ils ne sont pas homophobes, mais qu'ils avaient proposé une chambre à deux lits, pour éviter des problèmes qu'ils avaient déjà rencontrés avec des hommes seuls. Au vu des éléments du dossier, des explications contradictoires fournies par les hôteliers et en l'absence d'arguments sérieux et objectifs à l'appui de leur refus de location d'une chambre double à deux hommes, la HALDE a considéré que ce refus était constitutif d'une différence de traitement prohibée par les articles 225-1 et 225-2-1^o du Code pénal. Toutefois, comme les réclamants étaient disposés à renoncer à une action en justice si des excuses officielles leur étaient présentées, la Haute Autorité a proposé une médiation confiée au Centre de médiation du barreau, ce que les deux parties ont accepté⁴.

Dans une seconde affaire, Monsieur Z a saisi la Haute autorité de lutte contre les discriminations d'une réclamation relative à l'article 21 alinéa 5 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Le réclamant estime que l'impossibilité pour un partenaire lié au copropriétaire par un pacte civil de solidarité d'être membre du conseil syndical instaure une discrimination. L'article 21 alinéa 5 de la loi mentionne en effet : « *les membres du conseil syndical sont désignés par l'assemblée générale parmi les copropriétaires, les associés [...], les accédants ou les acquéreurs à terme [...], leurs conjoints ou leurs représentants légaux...* ». Pour la HALDE l'impossibilité pour une personne liée par un PaCS à un copropriétaire de siéger au Conseil syndical de copropriété caractérise une différence de traitement fondée sur la situation de famille. Cette disposition est contraire aux principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination garantis par l'article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (PIDCP) lequel est d'application directe. Le Collège de la Haute autorité a invité le Président à interroger le

1 Loi n°2006-396 du 31 mars 2006, JO du 2 avril 2006, p. 4950.

2 Article 87 de la loi du 31 mars 2006, précitée.

3 Article 12 de la loi du 30 décembre 2004, précitée.

4 Voir le rapport de la Halde pour 2005, Délibération n° 2005-91 du 19 décembre 2005, p. 40.

Premier ministre ainsi que le Garde des sceaux et le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement sur les justifications du maintien de la distinction opérée au profit des conjoints par l'article 21 alinéa 5 de la loi fixant le statut de la copropriété¹.

II/ Les améliorations contre les actes homophobes (2000-2007)

Plusieurs textes ont été adoptés en vue de lutter contre les actes homophobes (A). Il semble que petit à petit la jurisprudence ait été dans le même sens (B).

A. L'amélioration par l'adoption d'une législation particulière (2000-2006)

La protection contre les actes homophobes résultent de l'adoption de lois visant les agressions dont peuvent être victimes les homosexuels (1) mais également de lois particulières visant les injures, la diffamation et l'incitation à la haine homophobe (2).

1er) Les lois améliorant la protection contre les agressions homophobes

La loi du 15 mai 2000, sur la présomption d'innocence, a permis aux associations de lutte contre l'homophobie de se constituer partie civile en cas d'atteinte physique ou matérielle, « *lorsque ces faits ont été commis en raison du sexe ou des mœurs de la victime* »². L'article 2-6 du Code de procédure pénale dispose désormais « (...) *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits peut également exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne et de destructions, dégradations et détériorations réprimées par les articles 221-1 à 221-4, 222-1 à 222-18 et 322-1 à 322-13 du code pénal, lorsque ces faits ont été commis en raison du sexe ou des mœurs de la victime, dès lors qu'elle justifie avoir reçu l'accord de la victime ou, si celle-ci est un mineur ou un majeur protégé, celui de son représentant légal* »³. Cette possibilité ne concerne cependant que les cas où la personne homosexuelle a été victime d'une agression physique ou matérielle et non d'agression verbale, injure et diffamation⁴.

Par la suite, deux lois ont fait de l'orientation sexuelle une circonstance aggravante d'une part en cas de crime et délit et, d'autre part, en cas de menaces, vols et extorsions. Dans le premier cas la loi du 18 mars 2003, sur la sécurité intérieure, prévoit expressément la possibilité de retenir une nouvelle circonstance aggravante lorsqu'un crime ou un délit est commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime⁵. La loi du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a

1 Délibération n°2006-249 du 20 novembre 2006, voir le site de la Halde : www.halde.fr

2 Loi n°2000-516 du 15 mai 2000, *JO* du 16 mai 2000, p. 9038.

3 Par exemple, le 13 février 2007, la Chambre Correctionnelle du Tribunal de Grande Instance de Lyon a jugé une agression physique homophobe commise le 11 janvier de la même année. Avertie des faits la Lesbian and Gay Pride de Lyon s'est constituée partie civile dans ce dossier afin de soutenir la victime. Le tribunal a condamné l'agresseur à un 1 an de prison ferme pour agression homophobe et à verser 500 euros de dommages et intérêts à la victime. Pour la première fois, la Lesbian and Gay Pride de Lyon a été reconnue partie civile et a obtenu un euro symbolique.

4 Pour ces infractions voir *infra*, 2ème)

5 Loi n°2003-239 du 18 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761. Modifiant l'article 132-77 du Code pénal, l'article 47 de la loi du 18 mars 2003 précise que « *dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise en raison de l'orientation sexuelle de la victime* ». La circonstance aggravante est constituée « *lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la*

élargi aux menaces, vols et extorsions la liste des infractions pour lesquelles les circonstances aggravantes à caractère raciste ou homophobe peuvent être retenues¹.

2e) Les lois améliorant la protection contre les injures, la diffamation et l'incitation à la haine homophobe

L'amélioration de la protection contre les injures, la diffamation et l'incitation à la haine homophobe relève à la fois du droit européen (a) et du droit interne (b).

a) L'amélioration de la protection par le droit européen

En premier lieu, la recommandation 1474 (2000) qui invite les Etats membres du Conseil de l'Europe à inclure l'orientation sexuelle dans leur législation en vue de combattre les discriminations² préconise également des moyens de lutte contre l'homophobie. Elle invite les Etats membres « à prendre des mesures positives pour combattre les attitudes d'homophobie »³.

En second lieu, une résolution du Parlement européen, adoptée le 18 janvier 2006, condamne fermement l'homophobie. « *Considérant que l'homophobie peut être définie comme un sentiment irrationnel de peur et d'aversion à l'égard de l'homosexualité et des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et "transgenres", fondé sur des préjugés et comparable au racisme, à la xénophobie, à l'antisémitisme et au sexisme* » et « *considérant que l'homophobie se manifeste dans le domaine privé et public sous différentes formes, parmi lesquelles les discours haineux et l'incitation à la discrimination, la ridiculisation, la violence verbale, psychologique et physique, ainsi que la persécution et le meurtre, (...)* » le Parlement européen invite les Etats membres à veiller à ce que les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et « transgenres » soient protégées des propos haineux et des violences à caractère homophobe. Il exhorte les Etats membres et la Commission à condamner fermement les propos haineux et les incitations à la haine et à la violence à caractère homophobe. Il invite enfin l'ensemble des Etats membres à prendre toute autre mesure qui leur semble appropriée pour lutter contre l'homophobie et la discrimination du fait de l'orientation sexuelle,⁴

b) L'amélioration de la protection par le droit interne

Selon un auteur « (...) l'incitation à l'homophobie devrait être sanctionnée au même titre et avec la même rigueur que le racisme, la xénophobie, le sexisme ou l'antisémitisme »⁵. Par leur violence, les débats parlementaires relatifs au PaCS et les manifestations publiques anti-PaCS ont incité certains

considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur orientation sexuelle vraie ou supposée ».

1 Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO du 10 mars 2004, p. 4567.

2 Voir *supra*.

3 Recommandation 1474 (2000) sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, *précitée*.

4 Résolution RC-B6-0025/2006 du Parlement européen sur l'homophobie en Europe, 18 janvier 2006, www.europarl.europa.eu

5 Borrillo (D.), « L'homophobie dans le discours des juristes autour du débat sur l'union entre personnes de même sexe », *Homosexualité, expression répression*, sous la direction de George Tin en collaboration avec Geneviève Pastre, 1998, pp. 156-179.

députés, poussés par les associations de défense des homosexuels, à créer un délit d'incitation à la haine homophobe et à modifier la loi sur la liberté de la presse en ce qui concerne la diffamation des homosexuels en général. Le 3 novembre 1999 le quotidien *Le Monde* titrait ainsi « *l'idée d'une législation contre les propos homophobes fait son chemin* »¹.

Plusieurs projets ont été élaborés : tous se proposent d'élargir à l'orientation sexuelle les incriminations pénales d'injure, de diffamation et de provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les parlementaires communistes ont présenté une proposition de loi visant à « *faire de l'incitation à la haine homophobe* » un délit passible de sanction pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement². La même année, un texte de Patrick BLOCHE demandait au CSA³ à « *veiller à ce que les programmes ne contiennent aucune incitation à la haine et la violence en raison de l'homosexualité* » tandis qu'une proposition de loi était déposée par François LEOTARD et le groupe UDF. Cette proposition, « *relative à la lutte contre la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard des personnes à raison de leurs pratiques sexuelles non réprimées par la loi* », visait à créer une sorte de délit d'incitation à la haine homophobe comme il existe un délit d'incitation à la haine raciale.

Le 10 février 2000, un amendement du député Jean-Pierre Michel a été déposé. Il visait à permettre aux associations de lutte contre l'homophobie de se constituer partie civile pour faire valoir les droits des homosexuels dans leur ensemble.

Il faut cependant attendre 2004 pour que des avancées significatives soient visibles.

Un projet de loi, relatif à la lutte contre les propos diffamatoires à caractère sexiste ou homophobe, adopté en Conseil des ministres, prévoit d'intégrer dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse deux dispositions particulières⁴. Le projet de loi tend à compléter l'article 24 de la loi de 1881 réprimant les provocations à la discrimination, à la haine et à la violence et les articles 32 et 33 de la même loi réprimant de manière aggravée les diffamations et injures lorsque ces infractions sont commises en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle.

Les propositions sont reprises par la loi du 30 décembre 2004 relative à la lutte contre les discriminations⁵. Les dispositions de cette loi, concernant plus particulièrement les actes d'injure, de diffamation et d'incitation à la haine homophobe sont multiples.

En premier lieu, certaines dispositions visent à renforcer la lutte contre les propos sexistes et homophobes publics. Elles ont pour principal objet d'aligner la répression des propos homophobes (injures, diffamations) et les propos sexistes, racistes, et antisémites. Est ainsi créé le délit de diffamation et d'injure publiques envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur

1 Kremer (P.), « L'idée d'une législation contre les propos homophobes fait son chemin », *Le Monde*, 3 novembre 1999.

2 Texte n°2150 déposé le 9 février 2000.

3 Conseil supérieur de l'audiovisuel.

4 Projet de loi n°1700 du 23 juin 2004 relatif à la lutte contre les propos diffamatoires à caractère sexiste ou homophobe. L'une des circonstances qui a favorisé l'adoption de la loi est « l'affaire Sébastien Nouchet ». En janvier 2004, un homosexuel du nord de la France fut grièvement brûlé à son domicile après ce qui semble être une agression particulièrement barbare. En juin 2004, le ministre de la Justice Dominique Perben présente un projet de loi contre l'homophobie au Conseil des ministres. À la sortie du conseil, celui-ci déclare : « *J'ai été bouleversé par ce qui était arrivé à Sébastien Nouchet. Cette loi c'est au fond quelque part la loi Nouchet pour faire prendre conscience à chacun qu'il est hors de question de s'en prendre comme ça à des minorités quelles qu'elles soient* ». Dans cette affaire la justice a cependant rendu une ordonnance de non-lieu en septembre 2006, laissant entendre que la victime se serait elle-même immolée. La Cour d'appel de Douai a confirmé le 12 avril 2007 le non-lieu prononcé en septembre 2006 par un juge de Béthune.

5 Loi n°2004-1486, 30 décembre 2004, *JO* du 31 décembre 2004, p. 22567.

orientation sexuelle. Les injures et diffamations sexistes ou homophobes seront désormais passibles d'un an de prison et d'une amende de 45.000 euros. Elles visent également à créer un nouveau délit de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle¹. La loi du 30 décembre 2004 ne s'est pas prononcée sur les propos injurieux ou diffamatoires non publics. Ceux-ci font néanmoins l'objet d'un traitement dans la partie réglementaire du Code pénal, modifié par un décret en date du 25 mars 2005. Dorénavant, l'agression verbale dans la rue ou sur le lieu de travail en raison de l'orientation sexuelle ou du sexe fait l'objet d'une contravention plus sévère qu'une simple injure².

Ces dispositions prennent indéniablement en compte les imperfections des lois jusqu'alors en vigueur. Se pose néanmoins la question, d'un point de vue critique, de la restriction implicite faite à la liberté d'expression protégée au niveau constitutionnel³ et au niveau européen⁴. A cet égard, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a considéré, dans un avis du 18 novembre 2004, qu'« *il n'est pas démontré que l'orientation sexuelle d'une personne ou d'un groupe d'individus génère une vulnérabilité nécessitant une protection spécifique de l'Etat* » et que la répression prévue dans les articles 2 et 3 du projet de loi était disproportionnée par rapport à la liberté d'expression.⁵ La même opinion prévaut chez les journalistes de « Reporters sans frontières » : « *tout en partageant la préoccupation du gouvernement et de tous les démocrates de lutter contre toutes formes de discriminations, Reporters sans frontières réaffirme que c'est par la liberté de s'exprimer et la liberté de débattre, et non par la répression, qu'une société progresse vers la tolérance et le respect de la dignité de chacun* ». Il est cependant nécessaire de préciser que même si la liberté d'expression s'étend aux propos qui « *heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population* » et comporte le droit de recourir « *à une certaine dose d'exagération, voire de provocation* »⁶ l'exercice de cette liberté peut être soumis à certaines restrictions qui constituent des mesures nécessaires à préserver les droits d'autrui. La lutte contre les actes homophobes semble devoir faire partie de ces mesures limitant la liberté d'expression.

En deuxième lieu, deux des principales revendications exprimées par les associations de lutte contre l'homophobie ont été adoptées. D'abord le texte du 30 décembre 2004 confère aux associations consacrées à la lutte contre le sexisme et l'homophobie les droits reconnus à la partie civile en ce qui

1 Voir Padova (Y.), « Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie », *Gaz. Pal.* n°76, 17 mars 2005. Notons, comparativement, que la Belgique, le Danemark, l'Espagne, les Pays-Bas et la Suède ont adopté des dispositions pénales spécifiques. Dans ces cinq pays, des dispositions pénales visent directement l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers les homosexuels. Ces dispositions s'appliquent quel que soit le moyen de communication utilisé. Elles sont parfois assez récentes : elles ont été adoptées en 1987 au Danemark, en 1992 aux Pays-Bas, en 1995, lors de l'introduction du nouveau code pénal en Espagne, à la fin de l'année 2002 en Suède et en 2003 en Belgique. Pour leur part, l'Allemagne et la Grande-Bretagne ne sanctionnent pas les propos homophobes.

2 Décret n°2005-284 du 25 mars 2005, relatif aux contraventions de diffamation, d'injure et de provocation non publiques à caractère discriminatoire et à la compétence du tribunal de police et de la juridiction de proximité, *JO* du 30 mars 2005, p. 5752.

3 L'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose en effet que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* »

4 L'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme rappelle que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ». La liberté d'expression est considérée par les juges de Strasbourg comme le fondement essentiel d'une société démocratique et comme l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun (Cr.EDH, 7 décembre 1976, Handyside / Royaume-Uni, *Série A* n°24, § 49).

5 Extraits de l'avis rendu au gouvernement par la CNCDH, le 18 novembre 2004, sur le site de la CNCHD (www.commission-droits-homme.fr).

6 Cr.EDH, 23 septembre 1994, affaire Jersild contre le Danemark.

concerne certains délits de presse. Ces associations pourront porter plainte pour injure ou diffamation si elles sont déclarées « depuis au moins cinq ans ». Ensuite la loi met en place une répression des injures et diffamations concernant l'ensemble des homosexuels et non un seul particulier identifiable comme c'était le cas auparavant.

En troisième lieu, la HALDE a reçu, en matière de provocation à la haine et la discrimination, compétence pour décider si les faits incriminés sont susceptibles d'être condamnés.

B. L'amélioration par l'existence d'une jurisprudence conforme aux nouveaux textes protecteurs (2006-2007)

Il semble que la jurisprudence ait suivi les prescriptions législatives nouvelles, que ce soit celles visant les agressions physiques ou celles relatives aux propos homophobes et à l'incitation à la haine.

La justice semble avoir suivi et les magistrats appliquer avec rigueur les nouvelles dispositions de la loi du 18 mars 2003. Face à une agression, voire un meurtre homophobe, ils savent se montrer sévères. Plusieurs décisions de justice à l'automne 2004 ont témoigné de cette intransigeance des juges face à des actes homophobes¹. La justice joue alors pleinement son rôle coercitif puisqu'en condamnant de tels actes, elle indique ce qui peut être fait et ce qui est proscrit et démontre que l'homophobie est punie par la loi.

De la même façon les juges ont appliqué la loi du 30 décembre 2004. L'un des premiers procès en application de cette loi pénalisant les propos et injures homophobes concerne le député du Nord, monsieur Vanneste. Ce dernier avait notamment déclaré que l'homosexualité était « inférieure à l'hétérosexualité »². Trois associations de lutte contre l'homophobie ont alors porté plainte et se sont portées partie civile. Dans un jugement rendu le 24 janvier 2006 le tribunal correctionnel de Lille a estimé que ces propos tombaient sous le coup de la loi du 30 décembre 2004. Il a condamné le député à 3000 euros d'amende et à verser 3000 euros à chacune des trois associations qui s'étaient portées partie civile ainsi qu'à la publication judiciaire de cette condamnation dans *Le Monde*, *La Voix du Nord* et *L'Express*³. Le 25 janvier 2007 la Cour d'appel de Douai a confirmé la condamnation de Christian Vanneste jugeant que les propos homophobes étaient de nature à inciter à la haine, la violence et la discrimination. Le député avait fait appel pour annuler le jugement de première instance au motif que la loi du 30 décembre 2004 serait illégitime, non nécessaire et disproportionnée, et qu'elle serait contraire à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur la liberté d'expression. Ce moyen de défense n'a pas été retenu⁴. Lors de sa plaidoirie, le 12 décembre 2006, l'avocate générale de la Cour d'appel, Catherine Champrenault, avait affirmé que les propos du député étaient « illégaux depuis le 30 décembre 2004, et d'autant plus grave de la part d'un élu »⁵. Dans un communiqué, Christian Vanneste a annoncé son intention de saisir la Cour de cassation et former un pourvoi.

1 Le 3 novembre 2004, à Nîmes, quatre mineurs ont été placés en garde à vue puis poursuivis par le parquet pour violences « motivées par l'orientation sexuelle présumée de la victime » contre un homme handicapé de 59 ans. Fin novembre, c'est le tribunal correctionnel de Roanne qui a condamné un homme de 31 ans à huit mois de prison pour avoir agressé un jeune homme quelques mois plus tôt parce qu'il était homosexuel (cité dans le *Rapport sur Homophobie, Rapport établi par SOS Homophobie*, mai 2005, p. 67).

2 Publication du 4 février 2005 dans « Nord Eclair ».

3 TGI Lille, 24 janvier 2006, *Légipresse*, 2006, n°229.

4 Rappel : c'est sur le même thème de la liberté d'expression que la Commission nationale consultative des droits de l'homme avait considéré, dans un avis du 18 novembre 2004, que la répression prévue dans les articles 2 et 3 du projet de loi était disproportionnée par rapport à la liberté d'expression, droit fondamental à valeur constitutionnelle, et consacré par de nombreux textes européens et internationaux.

5 Voir *Le Monde*, 25 janvier 2007.

Encore plus récemment, par un arrêt en date du 26 avril 2007, la Cour d'appel de Versailles a condamné Charles C.-R. et Joëlle C.-R. au paiement d'une amende et de dommages-intérêts pour diffamation et complicité envers un « blogueur » homosexuel. Les condamnés avaient en effet mis en ligne, le 16 juin 2004, un texte sur le site de la mairie de Puteaux insinuant que Christophe G., « blogueur » et opposant municipal, avait des penchants pédophiles manifestés sur la voie publique¹.

Sans contestation possible l'on peut aujourd'hui affirmer que l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle sont combattues avec vigueur, le législateur ayant adopté de nombreux textes protecteurs. Force est néanmoins de constater qu'en pratique, malgré les progrès réalisés, encore trop souvent la personne homosexuelle est victime d'humiliations, de violences, de discriminations, en raison de sa seule homosexualité supposée ou avérée. L'une des améliorations encore à atteindre serait la mise en œuvre de mesures préventives telles, parmi d'autres, la pédagogie et l'information². Reste à savoir le degré d'efficacité de telles mesures au cas où celles-ci seraient adoptées.

1 Cet arrêt confirme la décision du tribunal correctionnel de Nanterre adoptée le 5 septembre 2006. Voir www.legalis.net la décision entière de la Cour d'appel de Versailles.

2 Cette position a été rappelée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH). Selon elle, afin de combattre l'intolérance et les discriminations en découlant, la loi ne saurait remplacer les vertus pédagogiques de l'éducation. « *Considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics* » (Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789), la CNCDH rappelle l'importance de l'éducation aux droits de l'homme, à tous les niveaux de la société, afin d'une part que chacun soit amené à se comporter en concordance avec ces valeurs fondamentales et que d'autre part ceux qui verraient leurs droits bafoués soient en mesure de demander justice.

