L'homosexualité et le droit

Mathilde Bonnard

Doctorante en droit privé et sciences criminelles,
Institut François-Gény (EA7301), Université de Lorraine, France

Résumé : Tout au long du XX^{e} siècle, les personnes homosexuelles ont dû lutter pour la démédicalisation et la dépénalisation de leur sexualité qui se voyait aussi bien réprimée par le Code pénal que le Code de la santé publique. Cette première protection ne visait nullement à préserver la personne homosexuelle, mais la société contre cet individu jugé déviant. Stigmatisé en tant que malade mental ou encore instigateur du VIH, il est légitime de se demander si le patient était obligé de se soigner lorsqu'il était considéré comme un « aliéné » ou un porteur du VIH. Quelle était la place de son consentement ? Au fil des années, un changement de paradigme s'opère s'agissant du consentement. En matière de psychiatrie, le consentement du patient est tout d'abord nié, puis lorsque le VIH sévit, le consentement du soigné devient le principe. Néanmoins, à partir des évènements de mai 1968, c'est une protection effective, mise en place en droit, qui remplace, peu à peu, cette première protection illusoire. Protégé contre la société, la répression se déplace de l'homosexuel à l'homophobe. Après avoir créé une infraction spécifique et des circonstances aggravantes, il est légitime de se demander si, à l'instar du Parlement européen en mars 2018, cette protection ne va pas s'étendre aux thérapies de conversion en les interdisant. En France, elles ne sont pas prohibées, mais serait-il opportun qu'elles le deviennent puisque, d'une part, la qualification d'acte médical est douteuse penchant vers des violences volontaires, et d'autre part, d'autres infractions existent d'ores et déjà.

Mots-clés : acte médical, consentement, homosexualité, thérapie de conversion, VIH

Introduction

Depuis les années 1980, le Parlement européen s'est érigé en défenseur des droits des personnes homosexuelles, en demandant aux États de protéger cette minorité, par exemple en matière de droit du travail [1], de droit des biens [2] ou encore en droit pénal [3]. Concernant ce dernier point, il est notamment intervenu le 1er mars 2018 en votant un texte qui invite les États membres à interdire les thérapies de conversion,

1. Le 13 mars 1984, les députés européens ont voté une résolution concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de travail.

2. Le Parlement européen a en effet demandé de mettre un terme à la discrimination en matière de succession, de propriété, de location, de sécurité sociale, de pensions, d'impôt, etc.

3. Le 8 février 1994, le Parlement européen a invité les États membres à établir le même seuil d'âge légale pour les comportements sexuels pratiqués par des hétérosexuels ou des homosexuels. Dans une résolution du 16 janvier 2006, il a également invité les États à prendre toutes les mesures appropriées pour lutter contre l'homophobie et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

dont l'objet serait de « soigner » l'homosexualité. Bien qu'il ne soit pas contraignant, ce texte a largement été adopté.

La définition de l'« homosexualité » est souvent réduite à l'acte sexuel, à « une attirance sexuelle pour les personnes de son sexe [4] ». Cependant une telle définition semble incomplète, de la même manière qu'on n'imagine mal limiter l'hétérosexualité uniquement à des rapports sexuels entre un homme et une femme. La définition de Michel Foucault [5], plus générale, semble, *de facto*, plus adaptée. Il propose dès lors de conserver la même approche que pour l'hétérosexualité, c'est-à-dire le fait pour deux hommes ou deux femmes d'apprécier la compagnie d'une personne de son sexe, de commencer à aimer l'autre et à souhaiter vivre ensemble, voire désirer fonder une famille.

Alors qu'en 2017 la *Gay Pride* [6] rassemblait près de 700 000 personnes à Paris, il y a encore 30 ans, l'homosexualité était considérée comme une pathologie en psychiatrie. Si, aujourd'hui, les militants gays et lesbiens luttent pour un droit à l'assistance médicale à la procréation (AMP) pour tous, qui n'a pas à être réservée qu'aux hétérosexuels, tout au long du XX^{e} siècle, ils luttaient pour la démédicalisation et la dépénalisation de leur sexualité réprimée aussi bien par le Code pénal que par le Code de la santé publique.

Cette répression résulte de l'essor du christianisme – de l'empereur Justinien jusqu'à la Révolution française – qui a apporté, dans son cortège, un maelström de préjugés et de répressions à l'égard des personnes homosexuelles. Endoctriné par l'esprit canonique, le pouvoir royal a réservé des traitements particulièrement violents – allant de la confiscation des biens à la mort – pour cette minorité, et ce tout au long du Moyen-Âge. En ce sens, l'exemple de la coutume d'Orléans de 1260 prévoyait aussi bien pour les hommes que pour les femmes l'ablation du sexe et, en cas de récidive, le bûcher [7]. Malgré leur couronne, les rois ne sont pas épargnés par la rigueur des temps, comme en témoigne l'histoire d'Edouard II, roi d'Angleterre, « exécuté » par l'introduction d'un tisonnier incandescent dans son anus.

Ce n'est qu'à la Révolution française que ces pratiques ont pris fin. Estimant que la loi n'avait pas à régir les mœurs des citoyens dès lors que l'ordre public n'était pas troublé, le Code pénal de 1791, puis, plus tard, le Code pénal napoléonien de 1810, ne punissaient plus les rapports entre individus de même sexe.

Cette dépénalisation va durer cent cinquante ans, jusqu'à l'arrivée du gouvernement de Vichy. Tandis que des milliers d'homosexuels sont déportés, livrés à l'Allemagne nazie en vue d'être envoyés dans des camps d'extermination, une loi française du 6 août 1942 [8] réprimait le fait de commettre « un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de vingt et un ans ». Malgré

4. Définition Larousse.fr.

5. Foucault, M. (1976 et 1984), *Histoire de la sexualité*, Paris, Éditions Gallimard – Olivier, L. « Problématique pour une histoire de l'homosexualité » : https ://www.psychaanalyse.com/pdf/PROBLEMATIQUE%20POUR%20UNE%20HISTOIRE%20DE%20L%20HOMOSEXUALITE%20-%20MICHEL%20FOUCAULT%20(11%20pages%20-%2094%20ko).pdf.

6. La marche des fiertés.

7. Lever, M. (1985), *Les bûchers de Sodome*, Fayard, 10/18, p. 50.

8. Loi n° 742 du 6 août 1942, *JO*, 27 août, p. 2922.

la Libération, en 1945, le texte est maintenu dans son principe. Plus tard, dans le cadre de la lutte contre certains « fléaux sociaux », une loi du 30 juin 1960 a placé l'homosexualité au même rang que l'alcoolisme ou les maladies vénériennes. De plus, la France a adopté les classifications des psychiatres américains et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui placent l'homosexualité parmi les maladies mentales, au même rang que la nécrophilie ou l'exhibitionnisme.

Néanmoins, ces dernières décennies, essentiellement à la suite des événements de mai 1968 et le retrait de la morale du Code pénal [9], la peur suscitée par l'homosexualité s'est atténuée [10].

Après avoir longtemps été bannie et stigmatisée par la société, l'homosexualité [11] est aujourd'hui officiellement protégée par le droit, voire reconnue, en lui accordant notamment une protection particulière contre les discriminations à caractère homophobe. Eu égard à ces évolutions, on peut dès lors se demander quelle a été, et quelle est aujourd'hui, la place en droit de la personne homosexuelle dans la société française.

Il s'avère, en effet, que l'homosexualité a fait l'objet de deux formes de protection, dont les finalités diffèrent. Dans un premier temps, la société a prétendu protéger la personne homosexuelle, alors qu'elle cherchait à se protéger de cet individu, jugé comme déviant à cause de la stigmatisation de son orientation sexuelle. Cette protection, en réalité illusoire, a été instaurée au détriment de la personne homosexuelle (1.). Ce n'est que dans un second temps qu'une protection effective a été mise en place en droit. La personne homosexuelle se voit alors protégée de la société (2.).

1 D'une protection illusoire de l'homosexualité...

L'homosexualité a été stigmatisée à plusieurs reprises, puisqu'en effet, elle a été considérée comme une pratique sexuelle déviante, une maladie mentale, mais également l'instigatrice du VIH, « virus de l'immunodéficience humaine ». Or, face à cette stigmatisation, il est légitime de se demander quelle a été la place du consentement de l'homosexuel en tant que patient. Était-il obligé de se « soigner » lorsqu'il était considéré comme un « aliéné » ? ou lorsqu'il était atteint du VIH ? Il est intéressant de constater qu'au fil des années, un changement de paradigme s'est opéré s'agissant du consentement du patient. Si dans un premier temps, le consentement du soigné est nié en matière de psychiatrie (1.1.), il s'avère que, dans un second temps, lorsque le VIH sévit, le consentement du soigné est devenu le principe (1.2.).

9. En ce sens : Leonhard, J. (2018), « La pénalisation des clients de la prostitution : une infraction discutée ou un mal discutable ? », *in* Py, B. et Stasiak, F. (dir.), *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Seuvic,* PUN – Mistretta, P. (2018), « 2016, l'odyssée des mœurs en droit pénal et médical », *in* Py, B. et Stasiak, F. (dir.), *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Seuvic,* PUN.

10. En ce sens, on peut citer la loi du 4 août 1982 qui fait disparaître cette injuste différence d'âge requis pour les rapports entre hétérosexuels (15 ans) et homosexuels (18 ans).

11. Corraze, J. (2006), *L'homosexualité*, PUF, coll. « Que sais-je ? » Hocquenghem, G (2000) *Désir homosexuel*, Paros, Fayard – Castaneda, M. (1999), *Comprendre l'homosexualité*, Robert Laffont, coll. « Réponses » – Bonnet, M.-J. (1995), *Les relations amoureuses entre les femmes*, Odile Jacob – Courouve, C. (1985), *Vocabulaire de l'homosexualité masculine*, Payot – Gury, C. (1981), *L'homosexuel et la loi*, Éditions de l'Aire.

1.1 L'obligation du « malade mental » de se « soigner »

Il importe de bien distinguer le fait de réprimer et de soigner. En effet, la volonté de soigner est bien différente de celle de punir une orientation sexuelle. Après avoir longtemps été réprimée, la personne homosexuelle a subi une nouvelle forme d'oppression : celle de se soigner. Les chaînes religieuses ont laissé la place à des liens de contention, passant de considérations religieuses à scientifiques, notamment psychiatriques [12]. Considérée comme une « maladie mentale » jusqu'en 1973 [13] aux États-Unis et jusqu'en 1992 [14] en France, au même rang qu'une personne schizophrène ou paranoïaque, les psychiatres cherchaient à « guérir » cette minorité de la population [15]. Parallèlement à l'apparition de la Classification internationale des maladies (CIM) de l'OMS et du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) de l'American Psychiatric Association (APA) [16], les militants gays se sont mobilisés au niveau international. Plus spécifiquement, en France, les évènements de mai 1968 sont intervenus libérant les mœurs et profilant une véritable liberté sexuelle [17].

Tout au long du XX^{e} siècle, les homosexuels étaient donc « soignés » comme des malades mentaux et faisaient l'objet de différents traitements, qui allaient du harcèlement moral à la castration chimique ou chirurgicale, voire la lobotomie [18]. Dès lors, il est légitime de se demander quelle était la place du consentement de la personne homosexuelle. Était-elle obligée de se « soigner » ? Pour répondre à cette question, il convient de s'intéresser aux dispositions qui régissent la psychiatrie. En la matière, trois lois se sont succédées – en 1838, 1990 et 2011 –, mais seulement les deux premières seront développées, puisqu'à partir de 1992, l'homosexualité n'a plus été considérée comme une pathologie mentale.

Dans un premier temps, la loi du 30 juin 1838 [19] a défini « l'hospitalisation sans consentement ». Ce texte prévoyait que chaque département devait avoir au minimum un « asile ». Cette disposition est toujours en vigueur. À cette époque, la thérapeutique préconisée était le traitement moral qui comprenait deux points. D'une part, cette thérapie supposait une relation de suivi entre le patient et le psychiatre afin que ce

12. Tousseul, S. (2016), « Petite histoire conceptuelle de l'homosexualité », *Psychologie clinique et projective*, n° 22, p. 47-68.

13. En ce sens lire : Drescher, J. et Merlino, J.-P. (2007), *American Psychiatry and homosexuality. An oral History*¸1re éd., Routledge. Cet ouvrage revient sur cette période tumultueuse où l'homosexualité a été démédicalisée. Toutefois, le récit a pour originalité d'être confié aux acteurs de cette avancée.

14. En effet, les psychiatres français se référaient plutôt à la CIM qui émane de l'OMS.

15. Un médecin aliéniste, Richard von Krafft-Ebing, pensait que cette « affection » se transmettait de manière héréditaire. À l'inverse, pour Sigmund Freud, l'orientation sexuelle s'acquérant, l'homosexualité s'apparentait donc à un « comportement pervers », au sens inhabituel. Tousseul, S. (2016), « Petite histoire conceptuelle de l'homosexualité », *Psychologie clinique et projective*, n° 22, p. 47-68 – Rigliano, P. (2012), « Chapitre 5. Les thérapies réparatrices : présomption de soigner ou persécution », *in* Graglia, M. (dir.)., *L'homosexualité dans les psychothérapies*, De Boeck Supérieur, coll. « Carrefour des psychothérapies », p. 141-203.

16. Cf. : Cochran, S. D., Drescher, J., Kismödi, E., Giami, A., García-Moreno, C., Atalla, E., Adele Marais, A., Melon-Vieirah„E. et Reedi, G. M. (2014), « Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11) », *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, Policy & practice.

17. Giami, A., Hekma, G. (2015), *Révolutions sexuelles*, Paris, Éditions La Musardine.

18. Vauthier, J.-P. (2013), *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine.

19. Loi n^{o}7443 sur les aliénés du 30 juin 1838.

dernier persuade, avec fermeté si nécessaire, le malade de « renoncer à sa folie[20] ». En d'autres termes, la psychiatrie cherche à persuader l'homosexuel de renoncer à son orientation sexuelle. D'autre part, ce traitement imposait de couper le malade de son environnement habituel.

À l'époque, l'internement était la seule forme de prise en charge envisagée pour les « aliénés », il est donc légitime de s'interroger sur la place de leur consentement à la fois lors de l'admission et de la sortie.

En premier lieu, concernant l'admission des malades, la loi du 30 juin 1838 prévoyait deux types de placements qui sont tous les deux contraignants[21]. Les placements dits « volontaires » sont sollicités par la famille ou un proche du malade. À côté de ces placements volontaires mais qui n'en ont que le nom, il existait des placements dits « d'office », qui sont « ordonnés par l'autorité publique ». « À Paris, le préfet de police, et, dans les départements, les préfets [ordonnaient] d'office le placement, dans un établissement d'aliénés[22] », en cas de trouble à l'ordre public ou d'atteinte à la sûreté des personnes.

Certes, la loi avait une dimension sécuritaire, mais elle tentait vainement d'offrir des garanties contre l'arbitraire en prévoyant la présentation d'un rapport de police ou d'un certificat médical. Le rapport de police était émis dès lors qu'un trouble à l'ordre public était constaté.

Ce rapport énonçait les circonstances dans lesquelles l'ordre public avait été troublé. Par exemple, le législateur de 1810 regroupait différentes infractions sous l'expression « attentat aux mœurs[23] ». À l'époque, l'homosexualité ne faisant pas partie des « bonnes mœurs », une personne homosexuelle pouvait donc être internée du fait de ce trouble à l'ordre public. Quant au certificat médical, l'admission dans l'établissement était subordonnée à sa présentation, datant de moins de 15 jours et attestant à la fois de l'état mental et de la nécessité de suivre un traitement.

En définitive, la dimension arbitraire semble douteuse, puisqu'à cette époque, l'homosexualité était stigmatisée. Le préfet prononçait un trouble à l'ordre public, la famille pouvait demander le placement et le médecin, consulté pour le certificat médical, pouvait attester de la « maladie » qui devait être « guérie », puisqu'on considérait cette orientation sexuelle à la fois comme pathologique et contraire aux bonnes mœurs.

En second lieu, au sujet de la procédure de levée de soins, il convient de différencier si le placement est volontaire ou d'office. S'agissant du placement volontaire, il pouvait être levé même si le médecin n'avait pas prononcé la guérison, il suffisait que la sortie soit demandée par un parent ou le préfet. Quant au placement d'office, le préfet décidait de maintenir ou non le patient dans l'établissement au vu du rapport mensuel adressé par le médecin.

20. Von Bueltzingsloewen, I. (2017), « Les soins contraints en psychiatrie et la question de l'intervention du juge : héritage, enjeux, débats (1838-1990) », *in* Giloux, N. et Primevert, M. (dir.), *Les soins psychiatriques sans consentement,* LEH Edition, p. 41-58.

21. Cf la loi du 30 juin 1838, Titre II : Des placements faits dans les établissements d'aliénés, art. 8 et suivants.

22. art. 18 de la loi précitée.

23. *cf.* l'article de Julie Leonhard.

Force est de constater qu'eu égard aux dispositions de la loi du 30 juin 1838, le consentement du patient était nié que ce soit pour entrer dans l'établissement ou pour demander sa sortie. La liberté d'aller-et-venir du patient est bafouée afin que son orientation sexuelle, considérée comme une « maladie mentale » soit « guérie ». On peut dès lors se demander si cette liberté, piétinée par psychiatres, familles et préfets, pouvait être protégée par le juge. Ce dernier se voyait exclu de la procédure d'admission, mais un contrôle pouvait être effectué. Ce contrôle judiciaire, toutefois, ne laissait guère de chance aux personnes homosexuelles... À l'instar de ses contemporains, le juge, endoctriné, pouvait considérer cette orientation sexuelle comme contraire aux bonnes mœurs et « pathologique » et, *ipso facto*, il n'était donc pas d'un grand secours pour la personne homosexuelle qui se voyait « soignée » contre son gré.

Dans un deuxième temps, la loi du 27 juin 1990 [24] est intervenue. Certes, il y a un réel changement du point de vue du langage – les termes d'« aliéné » et d'« asile » sont remplacés par « malade » et « établissement psychiatrique » – mais pour autant le consentement du patient n'est toujours pas le principe en psychiatrie. Les deux formes de placements définis par la loi de 1838 sont conservées en 1990, seuls les noms changent : le placement volontaire devient « hospitalisation à la demande d'un tiers » et le placement d'office devient « hospitalisation d'office ». La seule avancée notoire pour garantir la liberté individuelle du malade a été la création d'une commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Cette commission, qui existe encore à l'heure actuelle sous un autre acronyme [25] pouvait, à tout moment, être saisie par les patients hospitalisés sans leur consentement.

Pour rompre avec ce paradigme, il faut attendre la loi du 5 juillet 2011 qui érige le consentement comme principe et l'hospitalisation sans consentement comme exception. Toutefois, cette loi n'a jamais pu s'appliquer à une personne homosexuelle, puisque l'homosexualité a été démédicalisée en 1992.

En définitive, lorsque l'homosexualité est considérée comme une maladie mentale, relevant de la psychiatrie, il appert qu'il existait une obligation de se soigner lorsque la famille, un proche ou l'autorité publique dénonçaient cette orientation sexuelle jugée déviante par la société. Ce n'est qu'en 1992 que l'homosexualité n'est plus considérée comme une maladie mentale ; un premier pas sur le chemin de la protection de l'individu lui-même et non plus de la société. Néanmoins, la stigmatisation demeure, puisque s'est profilé, au début des années 1980, un nouvel ennemi, un nouvel amalgame entre l'orientation sexuelle et le VIH.

1.2 L'amalgame du VIH et l'émergence du consentement

Au début des années 1980, le VIH apparait. Cette maladie détruit le système immunitaire et peut, à terme, développer le SIDA [26]. Elle se transmet par les fluides corporels, notamment lors d'activités sexuelles non protégées. C'est du fait de ce dernier moyen

24. Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

25. La loi du 5 juillet 2011 l'a renommée ainsi : « Commission départementale des soins psychiatriques » (CDSP).

26. Syndrome de l'immunodéficience humaine acquise (*Acquired Immune Deficiency Syndrome = AIDS*). HIV = *Human Immunodeficiency Virus*.

de transmission que l'homosexualité va faire l'objet d'un nouvel amalgame. En effet, le VIH a été associé, à tort, à la communauté homosexuelle. Les recherches scientifiques ont depuis démontré que cette maladie ne se limite pas à une seule forme d'orientation sexuelle, mais peut toucher tout le monde, sans distinction. Cependant, cette nouvelle forme de stigmatisation aura des conséquences juridiques.

À cette époque, la presse souhaitait poursuivre ceux qui transmettaient sciemment le VIH et proposait de les soigner... avec ou sans leur consentement ! Alors que les journalistes s'emparaient du sujet, le Parlement a été confronté à cette question délicate : pouvait-on priver de sa liberté d'aller et venir et forcer une personne touchée par le VIH à se soigner ? Devait-on enfermer les séropositifs afin qu'ils se soignent ? Quelle était la place de leur consentement ?

En 1953, la personne atteinte d'une maladie vénérienne, telle que la syphilis, pouvait être enfermée contre sa volonté par la Direction départementale de l'action sanitaire et sociale (DDASS), au nom de la lutte contre les fléaux. À l'époque, malgré le refus de soin, le malade pouvait être enfermé, car il était contagieux et, par conséquent, dangereux pour la société. Toutefois, en 1980, face à cet amalgame, un changement de paradigme s'opère. Le consentement n'est plus nié et, au contraire, pour recevoir des soins, la personne séropositive doit donner son consentement. En effet, en 1986, en dépit des pressions sociétales, le Parlement a refusé que l'on puisse enfermer des malades qui refusent de se soigner malgré la présence d'une affection potentiellement mortelle.

De 1953 à 1986, la société a évolué ; alors qu'en 1953 des soins étaient imposés au patient atteint d'une maladie sexuellement transmissible mais non mortelle, de tels soins ne le sont plus trente-trois ans plus tard, même dans le cas d'une maladie mortelle. C'est donc à cette époque que le consentement, et plus particulièrement celui de la personne homosexuelle, commence à être pris en considération.

Certes, le législateur n'a pas mis en place d'obligation de soins, mais pour autant le droit n'est pas indifférent au VIH. En effet, la question de l'incrimination de la transmission du SIDA, c'est-à-dire lorsqu'un individu se sait infecté et contamine sciemment ses partenaires, est susceptible de plusieurs qualifications [27], dont l'administration de substances nuisibles [28], ou l'empoisonnement [29]. Bien que ces qualifications ne correspondent pas pleinement aux faits, le 10 janvier 2006, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu le délit d'administration de substances nuisibles, aggravé par une infirmité permanente [30].

La première protection dont a fait l'objet l'homosexualité a donc été illusoire, puisqu'on prétendait protéger la personne homosexuelle, alors que la société se protégeait de cet individu jugé déviant dû à la stigmatisation de son orientation sexuelle. C'est

27. Caballero, F. (2010), *Droit du sexe*, L.G.D.J, coll. « Hors collection », p. 136-139.

28. C. pén., art. 222-15.

29. C. pén., art. 221-5 : La qualification a été rejetée en 1998 par la Cour de cassation, car, d'une part, il n'existe pas d'intention de tuer et, d'autre part, les sécrétions sexuelles contaminantes ne constituent pas une substance de nature à entrainer nécessairement la mort, Crim., 2 juill. 1998, *Bull. crim.*, n° 211, *D.*, 1998, J. 457, note Pradel, J.

30. Crim., 10 janv. 2006, *B.*, n° 11, p. 37 ; *D.* 2006, 1068, note Prothais ; *Dr. pén.*, 2006, n° 30, obs. Veron ; RSC, 2006, 321, obs. Mayaud.

grâce au mouvement de liberté sexuelle qui commence aux États-Unis, puis s'étend en France avec les évènements de mai 1968 que les mentalités vont évoluer [31]. Les revendications d'une liberté sexuelle assumée – la « pilule », le sexe pour le plaisir et non pour fonder une famille – vont permettre d'accepter différentes formes de désirs, de pratiques et de relations sexuelles, dont l'homosexualité. À côté de ces revendications croissantes, certaines terminologies dans le Code pénal disparaissent, car elles sont considérées comme trop connotées moralement. C'est ainsi que l'homosexualité va, enfin, faire l'objet d'une protection effective. Gays et lesbiennes se voient alors protégés de ceux qui souhaitent les exclure de la société.

2 ... à une protection effective de l'homosexualité

Depuis les années 1980, les institutions européennes, principalement le Parlement européen, n'ont de cesse d'inviter les États membres à mettre en place des mécanismes qui luttent contre les exclusions fondées sur l'orientation sexuelle. Cette lutte contre l'homophobie se décompose en deux volets. D'une part, d'inspiration européenne et égalitaire, elle vise à mettre un terme aux discriminations sociales, économiques, professionnelles, qui se fonderaient sur l'orientation sexuelle. Elle se base donc sur le principe de non-discrimination découlant du principe d'égalité. D'autre part, d'inspiration française et sécuritaire, cette lutte vise à réprimer les comportements homophobes. Autrement dit, la répression se déplace de l'homosexuel à l'homophobe. L'analyse se limitera donc à l'étude de ce déplacement de la répression (2.1.) et cette protection pourrait s'étendre en interdisant les thérapies de conversion (2.2.).

2.1 Déplacement de la répression : de l'homosexuel à l'homophobe

« L'homophobie est un phénomène complexe et varié que l'on entrevoit dans les blagues vulgaires ridiculisant l'efféminé mais elle peut aussi revêtir des formes plus brutales [32] », comme une incitation à la haine, une volonté d'extermination – comme ce fut le cas lors de la Seconde Guerre mondiale –, ou encore un crime répondant à la peine de mort [33].

La répression de l'homophobie [34] se subdivise avec, d'un côté, l'orientation sexuelle constituant une circonstance aggravante et, d'un autre côté, elle constitue une infraction spécifique.

S'agissant de l'homophobie en tant que circonstance aggravante, le législateur a prévu tant des circonstances spéciales que générale. D'une part, l'article 132-77 du Code pénal, en matière de circonstance aggravante générale, prévoit que les peines encourues, pour un crime ou un délit, sont aggravées dès lors que l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle, « vraie ou supposée ». Autrement dit, il suffit que le délinquant considère la victime comme homosexuelle, même si cette dernière ne l'est pas. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article précité pose des conditions en exigeant des manifestations extérieures d'homophobie concomitantes à l'infraction. D'autre part, au

31. *cf.* l'article de Julie Leonhard.

32. Borillo, D. (2009), *Le droit des sexualités,* Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 78.

33. Actuellement, l'homosexuel est condamné à la peine de mort dans certains pays, tels que le Nigeria ou encore l'Arabie saoudite.

34. En ce sens : Borillo, D. (2001), *L'homophobie*, 2e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? ».

sujet des circonstances aggravantes spéciales, le législateur en a disséminées plusieurs à travers le Code pénal en matière de personnes, de biens ou de presse. En ce sens, l'article 222-3 5° du Code pénal réprime les tortures et acte de barbarie, ou encore le vol à l'article 311-4 9° . Paradoxalement, les destructions, dégradations et détériorations n'en font pas partie, alors qu'elles sont parfaitement envisageables contre le véhicule ou le logement d'un homosexuel.

S'agissant de l'homophobie en tant qu'infraction spécifique, il faut attendre la loi du 30 décembre 2004 pour qu'un tel délit soit créé [35].

> « Seront punis [d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende] ceux qui [...] auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison [...] de leur orientation sexuelle [...] ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. »

Le texte fait donc une distinction entre les provocations à la haine, à la violence ou à la discrimination. Tout d'abord, « la haine » est un terme nébuleux que la jurisprudence distingue du mépris [36], de la crainte ou encore de la méfiance. La critique des pratiques sexuelles ne devrait donc pas rentrer dans le champ de la répression. En revanche, l'assimilation de l'homosexualité à la pédophilie, à la zoophilie, au VIH ou encore des insinuations les présentant comme des êtres qui menaceraient l'avenir de l'humanité, toutes ces formes ne devraient pas échapper à l'incrimination. Ensuite, la provocation à la violence comprend aussi bien des violences physiques, contre des personnes ou des biens, que des violences morales telles que l'encouragement à l'exclusion. Peu importe la forme (chanson, tract, messages électroniques), l'incitation à la violence est réprimée. Enfin, la provocation à la discrimination est limitée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Paradoxalement, les provocations au racisme ne renvoient à aucun autre texte.

En définitive, il appert que la répression s'est déplacée de l'homosexuel vers l'homophobe. En outre, le législateur a mis en place, ces dernières années, une protection effective de la personne homosexuelle contre la société. Mais on peut légitimement se demander s'il ne va pas étendre cette protection en interdisant les thérapies de conversion.

2.2 Vers l'interdiction des thérapies de conversion ?

À travers les thérapies de conversion se glisse subtilement l'image d'une homosexualité pathologique qui annonce la possibilité de « guérir » pour revenir à une sexualité jugée appropriée [37].

Les thérapies de conversion, ou thérapies de réorientation sexuelle, sont des pratiques visant à changer l'orientation sexuelle d'une personne. Elles peuvent consister en

35. En ce sens : Caballero, F. (2010), *Droit du sexe*, L.G.D.J, coll. « Hors collection », p. 331-335.
36. Crim., 7 déc. 1993, *B.*, n° 374.
37. Rigliano, P. (2012), « Chapitre 5. Les thérapies réparatrices : présomption de soigner ou persécution », *in* Graglia, M. (dir.), *L'homosexualité dans les psychothérapies*, De Boeck Supérieur, coll. « Carrefour des psychothérapies », p. 141-203.

l'injection massive de testostérone ou en un *remake* d'*Orange mécanique*[38]. En effet, certains « traitements » prévoient de faire subir des électrochocs au sujet tout en lui montrant des images de relations entre des personnes de même sexe afin de l'en dégoûter. Ces thérapies reposent sur le postulat qu'il est possible de « guérir », de « soigner » les homosexuels à l'aide de « traitements ».

Aujourd'hui, les thérapies de conversion proposent des traitements psychologiques, mais également des traitements médicaux afin de modifier l'orientation sexuelle. S'agissant des premiers, ils ne seront pas développés puisqu'un psychologue n'est pas considéré comme un professionnel de santé[39]. En revanche, il convient de se demander si les thérapies de conversion sont réellement des actes médicaux[40], ou, au contraire, des violences volontaires. La qualification est d'autant plus importante qu'elle est un « permis de blesser[41] » pour le praticien. En effet, lorsque ce dernier administre un produit ou fait une injection à un patient, il le « blesse ». Autrement dit, un acte médical – qui peut se définir comme un acte de prévention, de prédiction, de diagnostic ou de soins – porte atteinte à l'intégrité corporelle du soigné, mais cette violence volontaire est autorisée par la loi par le jeu des faits justificatifs[42]. Pour pouvoir blesser le patient sans être réprimé par le Code pénal, le professionnel de santé doit réunir quatre conditions à savoir : un titre, qui comprend un diplôme et l'inscription à l'Ordre, le consentement du patient, la finalité du soin et enfin la qualité du soin dispensé.

En matière de thérapie de conversion, ce sont les exigences de consentement et de finalité qui sont discutables pour les qualifier d'actes médicaux.

S'agissant du consentement du patient, aucun acte, ni traitement ne peut être pratiqué sans le consentement, libre et éclairé, du patient, à savoir que celui-ci peut être retiré à tout moment[43]. Pour être « libre », le consentement doit être « éclairé ». Autrement dit, le patient doit être informé afin que sa décision soit donnée en toute connaissance de cause. L'information peut porter sur différents éléments, tels que les traitements, l'utilité, les alternatives, l'urgence éventuelle, les risques fréquents ou graves et normalement prévisibles, les conséquences en cas d'acceptation ou de refus. Certes, le praticien doit délivrer l'information au patient pour que ce dernier soit « éclairé », mais le caractère « libre » est discutable puisque le patient peut subir des pressions extérieures. Ces dernières peuvent provenir de la société, du cercle familial, ou encore de professions, telles que l'armée qui reste un milieu d'hommes. Suivant une logique

38. *Orange mécanique* (1971) est un film de Stanley Kubrick, qui met en scène un jeune délinquant, Alex DeLarge, obsédé par le sexe et la violence. Dans l'espoir de sortir de prison, Alex se porte volontaire afin de tester une thérapie de conversion, financée par le gouvernement dans le but d'éradiquer la délinquance. Le traitement consiste à ce que pendant 15 jours, le sujet soit attaché à un fauteuil avec un appareillage qui le force à garder les yeux ouverts, en associant certains stimuli, tels que des scènes de sexe ou de violence projetées sur un écran, aux douleurs provoqués par les drogues administrés.

39. Ces derniers sont limitativement énumérés par le Code de la santé publique « Quatrième partie : Professionnel de santé ».

40. Véron, P. (2013), *La décision médicale*, Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier – Vauthier, J.-P. (2013), *Le psychiatre et la sanction pénale*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine.

41. Py, B. et Hocquet-Berg, S. (2006), *La responsabilité du médecin*, hdf, coll. « Droit professionnel », 170 et s.

42. *Id.*

43. C. civ., art. 16-3 ; C. santé publ., art. L. 1111-4.

conceptuelle et interpersonnelle, les thérapies de conversion semblent s'emparer du patient avant même que celui-ci les ai demandées, parce que, influencé par autrui, il désire se fondre dans la masse. En définitive, comme la personne homosexuelle peut subir des pressions extérieures qui le pousseront vers ces thérapies de conversion, le caractère libre du consentement peut être remis en question.

Quant à la finalité du soin, il convient de garder à l'esprit qu'un acte médical vise à améliorer ou à guérir la santé du patient [44]. En effet, l'article 16-3 du Code civil dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Autrement dit, « la finalité de l'intervention du médecin est » donc « de profiter et de ne pas nuire [45] » au soigné. L'acte de soin peut avoir une finalité thérapeutique ou médicale, cette dernière sera écartée, puisque les cas sont limitativement énumérés par la loi et le « traitement » de l'homosexualité n'en fait pas partie. Pour justifier l'atteinte portée par le médecin au patient, la finalité curative doit être à la fois utile et proportionnelle. L'utilité, au sens large du terme, peut donc regrouper des actes de prévention (tel qu'un vaccin), de remède (la saignée est notamment conseillée en cas d'hémochromatose), de diagnostic (tel qu'une prise de sang), ou encore une utilité psychologique. Dans le cas des thérapies de conversion, l'utilité reposerait donc sur l'aspect psychologique, puisque ces pratiques cherchent à modifier l'orientation sexuelle d'une personne homosexuelle qui souffre de ses désirs. L'utilité de l'acte médical reposerait donc sur le mal être de la personne homosexuelle. À cette condition d'utilité s'ajoute celle de proportionnalité, qui impose de faire la balance entre le bénéfice et le risque escompté [46]. En l'espèce, il est légitime de se demander si le bénéfice d'une personne homosexuelle à modifier son orientation sexuelle n'est pas disproportionné par rapport au risque encouru. Certes, ces thérapies prétendent « guérir » le mal être de l'individu, tout comme la chirurgie esthétique pour les gueules cassées dont la psychologie est fragilisée, mais il n'en demeure pas moins que la proportionnalité est douteuse ainsi que les résultats de ces techniques. En effet, il convient de mentionner que les preuves, qui démontrent l'efficacité de ces thérapies, sont inexistantes [47]. Des pourcentages sont fournis, mais aucune méthode, ni facteur n'est précisé pour arriver à de tels résultats.

En définitive, une étude attentive des thérapies de conversion démontre que la manière dont elles se déroulent et les traitements proposés relèvent davantage d'un endoctrinement que d'un acte médical. D'un point de vue du droit de la santé, différents indices tendent à démontrer que ces pratiques seraient des violences volontaires, et non des actes médicaux, puisque les exigences de consentement et de finalité du soin sont douteuses. En outre, le médecin qui pratiquerait ces thérapies ne bénéficierait pas d'un « permis de blesser » et tomberait, dès lors, sous les qualifications pénales.

---

44. C. santé publ., art. R. 4127-8 et R. 4127-40.

45. Py, B. et Hocquet-Berg, S. (2006), *La responsabilité du médecin*, hdf, coll. « Droit professionnel », 208 et s.

46. X a une fracture à la cheville, le praticien décide de lui amputer les deux jambes. Il est bien évident qu'il n'y aucune proportionnalité entre le bénéfice et le risque escompté.

47. Rigliano, P. (2012), « Chapitre 5. Les thérapies réparatrices : présomption de soigner ou persécution », *in* Graglia, M. (dir.), *L'homosexualité dans les psychothérapies*, De Boeck Supérieur, coll. « Carrefour des psychothérapies », p. 141-203.

Les thérapies de réorientation sexuelle, souvent considérées comme des aberrations, ne sont pas pour autant expressément interdites en France. Mais il convient de nuancer les propos précédents, car elles restent assez marginales. Au niveau européen, ces pratiques ne sont illégales qu'à Malte et dans certaines régions autonomes, telles que Valence et Madrid. La petite république a ainsi rejoint la poignée d'États, notamment le Brésil, la Suisse, Taïwan et quelques États américains et canadiens, qui ont légiféré contre ces thérapies. Avec son vote du 1er mars 2018, le Parlement européen emboîte le pas à l'Organisation des Nations unies (ONU) qui s'était déjà prononcée contre les thérapies de conversion en 2015.

En France, aucune disposition dans le Code pénal ne condamne expressément les thérapies de conversion. Dès lors, faudrait-il légiférer afin d'interdire expressément ces pratiques qui visent à changer l'orientation sexuelle ? Le sujet n'est pas consensuel comme en témoigne, d'une part, les trente-quatre députés français ayant voté contre la proposition du Parlement européen et, d'autre part, au sein même des associations qui défendent les personnes homosexuelles. En effet, le discours n'est pas le même : alors que la porte-parole de l'Inter-LGBT, Clémence Zamora-Cruz, remarque que « si Malte a légiféré, pourquoi pas la France ? », Virginie Combe, vice-présidente de SOS homophobie, reste plus réservée sur une telle revendication, « le risque, c'est qu'on reconnaissance la légitimité de ces "thérapies" » et ainsi, elle préfère concentrer ses forces pour rappeler que l'homosexualité n'est pas une pathologie.

Mais qu'en dit le législateur ? Serait-il opportun d'interdire expressément les thérapies de conversion ? *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (« [Il n'y a] aucun crime, aucune peine sans loi »). Si le législateur choisit de prévoir un texte qui réprime les thérapies de conversion, il conviendra de choisir soigneusement les termes sous peine de se heurter au principe de légalité des délits et des peines. En enfermant le texte dans un carcan de faits, d'énumérations de traitements ou de gestes, certaines hypothèses, qui auraient été malheureusement oubliées par le législateur, échapperont à la répression, puisqu'il « n'y a aucune peine sans » texte. En d'autres termes, un texte trop précis ne semble guère opportun, puisque certaines pratiques pourraient passer à la « trappe ». Des termes cette fois-ci trop nébuleux pourraient également se heurter au principe susvisé, qui impose qu'on ne soit condamné qu'en vertu d'un texte clair et précis. Cependant, afin d'éviter une inconstitutionnalité à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel, le législateur français pourrait s'inspirer de la loi Maltaise. Cette dernière prévoit d'« interdire la thérapie de conversion, en tant qu'acte ou pratique trompeuse et nuisible contre l'orientation sexuelle, l'identité de genre et/ou l'expression de genre d'une personne, et affirmer de telles caractéristiques [48] ».

En dépit de ces propositions, n'existe-t-il pas en droit français, à l'heure actuelle, des qualifications sous lesquels ces thérapies pourraient être réprimées ? D'un point de vue juridique, un texte qui les réprime pourrait s'avérer inutile, à l'instar de l'ajout de la « drogue du violeur » comme circonstance aggravante du viol ou d'une agression sexuelle, car d'autres infractions pourraient correspondre. En effet, des chocs électriques ou une castration, chirurgicale ou chimique, pourraient faire l'objet de

48. « *To prohibit conversion therapy, as a deceptive and harmful act or practice against a person's sexual orientation, gender identity and, or gender expression, and to affirm such characteristics.* » http ://www.independent.com.mt/file.aspx ?f=119116.

différentes qualifications, notamment des violences volontaires, des mutilations, ou encore des traitements inhumains ou dégradants, voire des tortures et actes de barbarie [49]. S'agissant de cette dernière qualification, il convient de rappeler que le législateur a posé en circonstance aggravante l'orientation sexuelle. Ces dernières années, le législateur multiplie les textes pour réprimer précisément des comportements, mais malheureusement certains échappent à la répression eu égard au principe de légalité des délits et des peines. En revanche un tel texte aurait une véritable portée symbolique et serait perçu comme une nouvelle forme de protection de la communauté homosexuelle.

Conclusion – Couple, enfant et homosexualité

Cette protection de la personne homosexuelle ne glisserait-elle pas doucement, mais sûrement, vers une reconnaissance de l'homosexualité ? À la lutte pour la dépénalisation et la démédicalisation a succédé la lutte pour le droit à une famille. C'est ainsi qu'en 1999, le pacte civil de solidarité (PACS) a été créé, puis, malgré une suite d'importantes manifestations, la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe. Par extension, cette loi a permis à ces couples d'adopter. Aujourd'hui, le débat s'est déplacé du « mariage pour tous » à la « PMA pour tous », d'un enfant né à un enfant à naître. À l'heure actuelle, l'assistance médicale à la procréation est limitée à une finalité thérapeutique, excluant *de facto* les couples de femmes. Mais qu'en sera-t-il de demain ? Seul le législateur pourra trancher ce sujet délicat lors de la nouvelle loi de bioéthique annoncée courant de l'année 2019. Peut-être maintiendra-t-il la finalité thérapeutique ? Peut-être répondra-t-il aux évolutions de la société en ouvrant la PMA aux couples de femmes ? Le mystère demeurera jusqu'à ce que l'enfant, objet de tous les désirs, entre dans l'hémicycle.

49. C. pén., art. 222-1.