

Homophobie et transphobie : une législation protectrice insuffisamment utilisée

Le 17 mai est la journée internationale de lutte contre l'homophobie et la transphobie. Elle a pour but la promotion d'actions de sensibilisation et de prévention. Elle représente également une occasion de dresser un état des lieux de la législation traitant de l'homophobie et de la transphobie. Comment sont-elles réprimées ? Le sont-elles efficacement ?

Le principe en droit pénal est celui de l'indifférence des mobiles¹. Les mobiles se définissent comme les raisons personnelles qui ont incité l'auteur à commettre l'infraction. Il faut les distinguer de l'élément intentionnel, lequel est à l'inverse nécessaire à la constitution de l'infraction. La Cour de cassation rappelle en effet que les motifs invoqués par un prévenu sont sans effet sur les éléments constitutifs de l'infraction².

L'indifférence des mobiles n'est cependant pas un principe de valeur constitutionnelle et le législateur peut y déroger. Il tolère plusieurs exceptions. Le mobile est parfois érigé au rang d'élément constitutif de l'infraction par un texte incriminant (I). Le mobile peut également être pris en compte au titre d'une circonstance aggravante (II).

I. Homophobie et transphobie réprimées en tant qu'éléments constitutifs de l'infraction

Les infractions visant directement l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime comme

¹ [Chambre criminelle, 9 novembre 1988, n° 88-80.716](#)

² Dans l'arrêt [Chambre criminelle, 10 janvier 2018, n° 17-80.816](#), une militante du groupe féministe des Femen expliquait avoir dénudé sa poitrine dans le but d'exprimer un message politique. La cour d'appel a estimé que l'élément intentionnel du délit d'exhibition sexuelle faisait défaut ; la Cour de cassation a infirmé l'arrêt, considérant que ce mobile invoqué par la prévenue était indifférent à la constitution du délit.

circonstance aggravante sont essentiellement les infractions relevant du droit de la presse (1.1) et les discriminations (1.2).

1.1 Les infractions de presse

La loi du 30 décembre 2004³ intègre, par son unique titre encore en vigueur, la notion d'« *orientation sexuelle* » au sein de plusieurs articles de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. La notion d'« *identité de genre* » est quant à elle apparue avec la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté⁴ et a remplacé celle d'« *identité sexuelle* » consacrée par une loi de 2012⁵.

L'objectif était de distinguer clairement les notions d'« *identité de genre* » et d'« *orientation sexuelle* » afin d'assurer la pleine autonomie de chaque critère⁶, l'un ayant trait au genre auquel une personne s'associe indépendamment du genre assigné à la naissance, et l'autre relevant de l'attraction sexuelle. Cette distinction avait été fortement incitée par le Défenseur des droits⁷.

Les infractions concernées sont les suivantes :

- La provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination⁸. Concernant la provocation à la haine ou à la violence, la jurisprudence précise qu'un appel ou une exhortation, implicite ou explicite, doit être constatée⁹. Cette infraction a été déclarée conforme aux articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant respectivement la liberté d'expression et l'interdiction de la discrimination par la Cour de cassation¹⁰. Cette même juridiction a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui arguait que les notions d'« *orientation sexuelle* » et d'« *identité sexuelle* », imprécises, contrevenaient au principe de clarté et de précision de la loi pénale. La Cour de

³ [Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité](#)

⁴ [Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#)

⁵ [Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel](#)

⁶ Travaux préparatoires de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, [Rapport n° 3851](#)

⁷ Travaux préparatoires de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, [Rapport n° 4191](#)

⁸ Article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

⁹ [Chambre criminelle, 9 janvier 2018, n° 16-87.540](#)

¹⁰ [Chambre criminelle, 6 mai 2003, n° 02-81.587](#) ; [Chambre criminelle, 20 juin 2006, n° 05-86.590](#)

cassation a estimé que la question était dépourvue de caractère sérieux¹¹, analyse partagée par la Cour européenne des droits de l'Homme¹² ;

- La diffamation¹³ ;
- L'injure¹⁴. C'est au début de l'année 2020 que la Cour de cassation s'est, pour la première fois, penchée sur la mise en œuvre de la notion d'« *identité de genre* », confirmant la condamnation du haut-fonctionnaire Henry De Lesquen pour injure publique envers un groupe de personnes en raison de leur identité de genre¹⁵. Il avait affirmé, via son compte Twitter : « *Transgenres. Les malheureux qui veulent changer de sexe sont des vicieux et des malades qui relèvent de la psychiatrie* » ; la Cour de cassation a retenu le caractère injurieux d'un qualificatif outrageant à l'égard des personnes transgenres.

Toute association « *régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits* » et dont les statuts ont pour objectif de « *combattre les violences ou les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ou d'assister les victimes de ces discriminations* » est autorisée à « *exercer les droits reconnus à la partie civile* »¹⁶. Lorsque l'infraction est commise contre des personnes à titre individuel, leur accord est nécessaire¹⁷.

1.2 Les discriminations

L'article le 225-1 du code pénal désigne, au titre des fondements répréhensibles de la discrimination, l'« *orientation sexuelle* » et l'« *identité de genre* ».

La discrimination directe se définit comme une « *situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son orientation sexuelle, [ou] de son identité de genre, (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »¹⁸.

¹¹ [Chambre criminelle, 16 avril 2013, n° 19-90.101](#)

¹² [CEDH, Soulas et autres contre France, 10 juillet 2008, n° 15948/03](#)

¹³ Article 32 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

¹⁴ Article 33 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

¹⁵ [Chambre criminelle, 7 janvier 2020, n° 19-80.796](#)

¹⁶ Article 48-4 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Article 1 de la [loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations](#)

La discrimination indirecte se définit comme « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs [prohibés], un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »¹⁹.

Elle est sanctionnée pénalement dès lors qu'elle consiste, notamment au motif de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre d'une personne, à refuser la fourniture d'un bien ou service, à entraver l'exercice normal d'une activité économique, à refuser d'embaucher une personne, à sanctionner ou licencier une personne, à refuser une demande de stage ou de formation en entreprise, à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi²⁰.

Le Défenseur des droits, institution veillant au respect des droits et libertés²¹ et dont l'une des missions est la lutte contre les discriminations²², rend des décisions et effectue parfois des observations devant les tribunaux. Il connaît de diverses situations et les qualifie : rupture du contrat de travail discriminatoire sur le fondement de l'orientation sexuelle au cours de la période d'essai²³, discrimination au travail en raison de l'orientation sexuelle²⁴, refus discriminatoire de prestation de service à personne en raison de son sexe et de sa conversion sexuelle (avant la consécration législative de la notion d'« identité de genre »)²⁵, harcèlement discriminatoire en lien avec l'orientation sexuelle²⁶.

Ses observations ne lient pas le juge et ne sont pas toujours suivies d'effet²⁷. D'autres le sont, que la juridiction suive la décision du Défenseur des droits²⁸ ou que les parties en cause suivent ses

¹⁹ Ibidem

²⁰ Articles 225-1 et 432-7 du code pénal

²¹ Article 71-1 de la Constitution

²² Article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

²³ [Décision du Défenseur des droits MLD-2015-195, 24 juillet 2015](#)

²⁴ [Décision du Défenseur des droits MLD-2014-120, 15 septembre 2014](#)

²⁵ [Décision du Défenseur des droits n°2016-247, 29 septembre 2016](#)

²⁶ [Décision du Défenseur des droits n° 2017-107, 16 mars 2017](#)

²⁷ [CPH, 23 septembre 2015, n° 14/14901](#)

²⁸ [CPH, 19 décembre 2017, n° 16/00242](#)

recommandations, en effectuant, par exemple, une transaction²⁹ ou une indemnisation de la victime³⁰.

II. Homophobie et transphobie réprimées en tant que circonstances aggravantes de l'infraction

La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a généralisé l'application des circonstances aggravantes relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre de la victime (2.1), mais le texte durcit les conditions permettant de caractériser ces circonstances aggravantes (2.2).

2.1 Des circonstances aggravantes à portée générale

Si la circonstance aggravante d'une infraction fondée sur l'orientation sexuelle de la victime existait depuis 2003³¹, la notion d'« *identité de genre* »³² apparaît avec la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

Le premier objectif était la généralisation de l'application de la circonstance aggravante, puisque la version antérieure ne s'appliquait que « *dans les cas prévus par la loi* »³³.

Le second était de supprimer la notion d'« *identité sexuelle* »³⁴ présente dans l'ancienne version du texte et de distinguer la circonstance aggravante caractérisée en raison de l'homophobie témoignée par l'auteur des faits de celle caractérisée par la transphobie de celui-ci.

Le caractère homophobe ou transphobe d'une infraction constitue une circonstance aggravante à celle-ci, sauf lorsqu'il s'agit d'une contravention. L'article 132-77 du code pénal aggrave la peine des

²⁹ [Décision du Défenseur des droits MLD-2014-120, 15 septembre 2014](#)

³⁰ [Décision du Défenseur des droits n°2016-247, 29 septembre 2016](#)

³¹ [Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure](#)

³² Article 132-77 du code pénal

³³ Version antérieure de l'article 132-77 du code pénal telle que codifiée par la [loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel](#).

³⁴ Telle qu'utilisée par l'ancienne version de l'article 132-77 du code pénal codifiée par la [loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel](#), applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la [loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#).

crimes et délits lorsque l'acte réprimé est « *précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons* ».

Par exception, cette circonstance aggravante ne s'applique pas dans les cas suivants³⁵ :

- Lorsque le texte vise déjà expressément le fait que la victime subisse l'infraction en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre (violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail³⁶, discrimination³⁷, provocation à la haine ou à la violence³⁸, diffamation³⁹ et injure⁴⁰). Cela s'explique car le même fait ne peut servir à la fois d'élément constitutif de l'infraction et de circonstance aggravante ;
- Pour l'infraction de harcèlement sexuel⁴¹ ;
- Lorsque l'infraction est déjà aggravée ;
- Lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le partenaire de pacte civil de solidarité ou le concubin de la victime (qui constitue une autre circonstance aggravante⁴²) ;
- Lorsque l'infraction est commise contre la victime afin de la contraindre à contracter un mariage ou une union et en raison de son refus à la conclure.

Par ailleurs, une infraction à caractère homophobe ou transphobe peut s'accompagner d'autres circonstances aggravantes qui ne sont pas directement liées à ces mobiles. En effet, il n'est pas rare qu'un acte homophobe ou transphobe s'inscrive dans une idéologie globale et de même teneur : une étude du 14 mai 2019⁴³ atteste de ce qu'une personne homosexuelle, bisexuelle ou transgenre sur six

³⁵ Ibidem

³⁶ Article 222-13 du code pénal

³⁷ Articles 225-1 et 432-7 du code pénal

³⁸ Article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

³⁹ Article 32 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

⁴⁰ Article 33 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

⁴¹ Article 222-33 du code pénal

⁴² Article 132-80 du code pénal

⁴³ Menée par la Fondation Jasmin Roy - Sophie Desmarais et l'Institut Français d'Opinion Publique (IFOP), en partenariat

affirme avoir été agressée récemment. Dans 61% des situations, la victime explique être confrontée à un groupe d'agresseurs⁴⁴. Le comportement infractionnel correspond alors à des modalités d'action constituant des circonstances aggravantes : la bande organisée⁴⁵, le guet-apens⁴⁶, la préméditation⁴⁷.

2.2 Des circonstances aggravantes plus difficilement caractérisables

La version antérieure de l'article 132-77 du code pénal était rédigée en ces termes⁴⁸ :

« Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation ou identité sexuelle de la victime.

La circonstance aggravante définie au premier alinéa 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 considération de la victime ou d'un groupe de personne dont fait partie la victime à raison de leur orientation ou identité sexuelle vraie ou supposée. »

On pouvait alors lire un principe énoncé au premier alinéa, et une simple facilité probatoire au second alinéa : en présence de propos, écrits, images ou actes à caractère homophobe ou transphobe précédant, accompagnant ou suivant l'acte reproché, la preuve du mobile était établie. Elle semblait pouvoir l'être également par d'autres moyens, selon le principe consacré au premier alinéa.

Or, la version actuelle de l'article 132-77 n'envisage désormais plus qu'une seule voie probatoire afin de caractériser la circonstance aggravante : il exige la présence de tels propos, écrits, images ou actes précédant, accompagnant ou suivant l'acte reproché. Le lien de causalité unissant ces propos, écrits, images ou actes à l'infraction qu'ils sont de nature à aggraver doit être établi.

avec la Fondation Jean-Jaurès et la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH).

⁴⁴ [Des hommes jeunes qui agissent en bande : une étude dresse le portrait-robot des agresseurs homophobes, Le Monde, 13 mai 2019](#)

⁴⁵ Article 132-71 du code pénal

⁴⁶ Article 132-71-1 du code pénal

⁴⁷ Article 132-72 du code pénal

⁴⁸ Version antérieure de l'article 132-77 du code pénal telle que codifiée par la [loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel](#).

La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté opère donc un durcissement des circonstances aggravantes d'homophobie et de transphobie. Si les supports de la preuve couvrent un large panel (propos, écrits, images ou actes), ce sont surtout le rapport dans le temps exigé par le texte (précédant, accompagnant ou suivant l'infraction) et le lien de causalité⁴⁹ qui peuvent se révéler difficiles à démontrer.

La jurisprudence est peu fournie en la matière, y compris avant 2017. La circonstance aggravante liée à l'homophobie ou à la transphobie est rarement reconnue, faute de preuves suffisantes⁵⁰.

Il faut toutefois souligner que les premières poursuites pénales pour violences aggravées en raison de leur caractère transphobe ont eu lieu il y a un an⁵¹. Le 22 mai 2019, l'auteur d'une agression très médiatisée subie par une femme transgenre⁵² a été condamné par le tribunal judiciaire de Paris pour violences aggravées par l'identité de genre de la victime⁵³.

Un bilan en progression mais toujours insatisfaisant

Les agressions ne diminuent pas. En 2018, le ministère de l'Intérieur a fait état de 1378 infractions à caractère homophobe ou transphobe contre 1026 en 2017, soit une augmentation de 34,3% des infractions⁵⁴. Ces chiffres ne comptabilisent ni les infractions qui ne sont pas déclarées, ni celles qui ne sont pas reconnues comme homophobes ou transphobes. Le rapport annuel de 2019 de l'association SOS Homophobie relevait quant à lui 1634 actes homophobes ou transphobes, soit un nombre record de témoignages récoltés en comparaison aux années précédentes⁵⁵.

⁴⁹ Avant le durcissement des circonstances aggravantes, la cour d'appel de Montpellier indiquait déjà, malgré des propos homophobes survenus pendant une agression physique et tenus à l'encontre de la victime, qu'il n'était pas démontré que l'orientation sexuelle de la victime soit à l'origine de l'infraction ([Cour d'appel de Montpellier, 30 octobre 2007, n° 07/00345](#)).

⁵⁰ [Un homme de 19 ans condamné à un an de prison pour avoir frappé un couple de lesbiennes, Le Monde, 23 novembre 2018](#) : le tribunal correctionnel de Paris n'a pas retenu la circonstance aggravante d'homophobie alléguée par les plaignantes.

Également : [Cour d'appel de Montpellier, chambre spéciale des mineurs, 29 janvier 2010, n° 09/01914](#).

⁵¹ [Agression transphobe de Julia à Paris : un homme condamné à six mois de prison ferme, Le Monde, 22 mai 2019](#)

⁵² [Une enquête pour « violences aggravées » après l'agression d'une femme transgenre à Paris, Le Monde, 3 avril 2019](#)

⁵³ [Procès pour transphobie : l'agresseur de Julia Boyer condamné à six mois ferme, Le Huffington Post, 22 mai 2019](#)

⁵⁴ [Communiqué de presse du ministère de l'Intérieur et du Secrétariat d'Etat chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, 14 mai 2019](#)

⁵⁵ [Rapport sur l'homophobie 2019, SOS Homophobie](#)

Toutes les sphères de la vie sont impactées. Un tiers des personnes transgenres déclarent avoir subi la transphobie au sein de leur famille, et 50% dans l'espace public⁵⁶. En 2017, entre un et deux millions de personnes en France cachaient leur orientation sexuelle au travail⁵⁷, et une personne sur trois estimait que le fait de révéler son homosexualité à son entourage professionnel pouvait avoir un impact négatif sur la carrière⁵⁸. 44% des personnes transgenres déclaraient avoir été discriminées dans la recherche d'un emploi et 35% au travail, au cours des douze derniers mois⁵⁹.

« Un enfant peut savoir à dix ans – sans le savoir vraiment, mais en le sachant tout de même – que le mot ‘pédé’ n'est pas loin de le désigner, et qu'un jour assurément il le désignera (...). L'injure en tant qu'elle définit l'horizon du rapport au monde, produit un sentiment de destin sur l'enfant ou l'adolescent qui se sentent en contravention avec cet ordre et, un sentiment durable et permanent d'insécurité, d'angoisse, et parfois même de terreur, de panique. De nombreuses enquêtes ont démontré que le taux de suicides ou de tentatives de suicide chez les jeunes homosexuels est considérablement plus élevé que chez les jeunes hétérosexuels. »⁶⁰

Le droit et sa pratique évoluent, semble-t-il, dans le sens d'une plus large prise en considération des problématiques que sont l'homophobie et la transphobie. Pour autant, on ne peut occulter que cette progression, eut égard aux dommages subis par les victimes, paraît toujours trop lente.

⁵⁶ [La transphobie en France : insuffisance du droit et expériences de discrimination, Arnaud Alessandrin, Cahiers du Genre 2016/1 n° 60](#)

⁵⁷ [Selon le croisement des enquêtes menées par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'association SOS Homophobie](#)

⁵⁸ [Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi – Guide du Défenseur des droits, mai 2017](#)

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Réflexions sur la question gay, Didier Eribon, 1999