



HAL
open science

Fantômes des juristas vs Ratio juris

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Fantômes des juristas vs Ratio juris: la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe. Presses Universitaires de France. Au-delà du PaCS: L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, 2001, Politiques d'aujourd'hui, 2130519903. hal-01231980

HAL Id: hal-01231980

<https://hal.science/hal-01231980>

Submitted on 25 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Au-delà du PaCS

La gestation difficile du PaCS n'interdit pas de penser au-delà : la réflexion savante n'est pas nécessairement circonscrite par le débat parlementaire. Politiquement, la double question du mariage et de la filiation a été mise entre parenthèses : il s'agit d'ouvrir à l'homosexualité le couple, mais non la famille. Scientifiquement, on n'est cependant pas obligé de reprendre à son compte un partage qui trouve sa logique moins dans quel'ordre symbolique que dans la négociation politique. Rien ne nous empêche donc de revenir sur les évidences qui posent la différence des sexes et l'homosexualité au principe du mariage et de la filiation : peut-on, au nom de la science, en interdire l'accès aux homosexuels ?

Plutôt qu'il ne propose un modèle de contre-expertise, cet ouvrage collectif se réclame d'une logique d'anti-expertise. Cette démarche suppose un retour critique sur les arguments scientifiques mobilisés dans le débat, mais aussi sur la légitimité d'une argumentation de type savant pour fonder des choix politiques. Le meilleur moyen d'échapper à l'alternative, peu satisfaisante, d'une science indifférente et d'une expertise instrumentalisée, c'est peut-être, hors du cadre politique, de croiser des savoirs différents en vue d'une réflexion commune entre sociologues et anthropologues, psychanalystes et juristes, dans un dialogue avec des philosophes, non pas en faisant abstraction de l'actualité politique, mais en se plaçant au-delà. Engager un débat scientifique a pour nous une signification politique ; mais ce choix ne dicte en rien une solution. Le savoir n'a pas plus le pouvoir de prescrire que le pouvoir d'interdire. Il invite au débat démocratique ; il peut aussi l'éclairer, voire le nourrir – il ne saurait en tenir lieu. La fonction politique du débat intellectuel, c'est en effet d'ouvrir, et non de clore le débat démocratique.



9 782130 519904

www.puf.com

22415146 / 10 / 01

23 €

150,87 FF

Sous la direction de
Daniel Borrillo et Eric Fassin

Au-delà du PaCS

Didier Thimonier / Photo © Keystone

puf

Sous la direction de
Daniel Borrillo et Eric Fassin

Au-delà du PaCS

L'expertise
familiale
à l'épreuve de
l'homosexualité

Politique

d'aujourd'hui

puf

DANIEL BORRILLO

*Fantasmes des juristes vs Ratio juris :
la doxa des privatistes
sur l'union entre personnes de même sexe*

Dans un ouvrage collectif consacré à la notion juridique de couple, H. Lécuyer, reprenant les propos de P. Catala, note avec véhémence que s'il y a urgence à définir le couple, c'est bien « parce que Sodome réclame droit de cité »¹. Plus de deux siècles après la suppression en France du crime de sodomie², cette citation inquiète le juriste soucieux du respect des libertés publiques et de la vie privée. Il s'agit, certes, du secteur ultra-conservateur de la doctrine des civilistes qui s'exprime de la sorte, mais des juristes plus modérés pensent également que les unions homosexuelles ne peuvent pas bénéficier du statut juridique de couple, et que la notion de famille renvoie nécessairement au ménage hétérosexuel — quitte à faire une place à l'exception monoparen-

1. Clotilde Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, p. 1. Dans un article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (janvier-mars 1999), Mme Brunetti-Pons considère que « le législateur ne doit pas, en droit civil, faire accéder à la normalité une relation qui n'est pas socialement acceptable » (p. 41, n. 74 *in fine*).

2. Le Code pénal révolutionnaire de 1791 fait disparaître le crime de sodomie sans que les juristes de Napoléon aient cru opportun de le faire réapparaître. Sous Vichy, une loi du 6 août 1942 adjoint un nouvel article au Code pénal qui incrimine des « actes impudiques et contre nature avec un mineur de moins de 21 ans et ayant le même sexe que l'auteur ». A la Libération cette incrimination fut maintenue. Plus tard, en 1960, une ordonnance du 25 novembre ajoute une circonstance aggravante de l'outrage public à la pudeur lorsqu'il est accompli par des individus du même sexe. Ce n'est qu'en 1982 que l'on mettra fin aux discriminations envers les conduites homosexuelles, voir en ce sens l'article de Pierre Lascoumes, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1998, p. 109.

tales. Ainsi, afin de justifier le refus des unions de même sexe, la doctrine des privatistes développe des arguments dont la juridicité reste à démontrer. Mis à part le colloque « Homosexualité, droit et libertés », tenu au Sénat en 1993, ainsi que l'article de H. Moutouh¹, l'ensemble des analyses juridiques expriment une forte hostilité à une quelconque reconnaissance des unions entre personnes du même sexe.

L'aile la plus libérale des juristes est unanime à considérer que l'homosexualité doit être tolérée en tant que manifestation de la vie privée, mais qu'en aucun cas elle ne peut être reconnue comme source de droits du couple. Revêtue d'habits juridiques, la *doxa* des privatistes craint que cette reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ne porte atteinte à l'institution du mariage et n'ouvre la porte à la filiation. En effet, ce n'est pas en tant que exercice de la liberté-matrimoniale ou du droit subjectif à la filiation que la doctrine des privatistes analyse la reconnaissance d'une possible « conjugalité » homosexuelle. Cette reconnaissance apparaît, au contraire, comme un danger qui menace la stabilité et la survie de la famille. Pour ce faire, et contrairement aux rares analyses des publicistes plus sensibles aux libertés publiques et aux phénomènes discriminatoires², la doctrine des privatistes n'hésite pas à faire appel à la tradition, à la symbolique du mariage, à l'intérêt de l'enfant ou, encore, à la sensibilité de la France profonde pour justifier les discriminations envers les unions de même sexe. Au-delà de l'hostilité manifeste vis-à-vis

de l'homosexualité, le refus à toute ouverture possible des droits aux couples laisse entrevoir une nostalgie du modèle traditionnel de la famille, présenté de surcroît comme garant de la cohésion sociale et comme gage de l'épanouissement de l'enfant.

Mon analyse porte sur l'ensemble des articles parus dans les revues juridiques entre 1995 et 1998. Il s'agit de commentaires brefs, dépassant rarement les cinq pages, et dont le ton et l'argumentation s'éloignent de la rationalité habituelle des études juridiques. Réduisant la demande de reconnaissance des unions de même sexe à une « transgression », à une « provocation », à un « abus » ou pour le moins à une « indiscretion », et en plaçant cette revendication au même niveau que la pédophilie, la toxicomanie ou l'inceste, la doctrine n'hésite pas à s'écarter de l'analyse scientifique pour se vouer à une condamnation morale qui, à travers le couple, atteint les personnes homosexuelles et l'homosexualité elle-même.

Dans un premier temps, et avant de me consacrer à l'analyse de la réaction des privatistes, je présenterai les arguments tels qu'ils ont été mis en avant par cette doctrine pour s'opposer à l'ouverture des droits aux couples homosexuels (I). J'ai regroupé les arguments, en fonction de leur fréquence, sous onze rubriques, à savoir : la finalité reproductive du mariage ; la Nature ; le danger pour l'enfant ; le danger pour la culture ; la récompense ; l'ordre canonique et la tradition ; la sensibilité de la France profonde ; la supériorité économique des couples homosexuels ; la finalité purement matérielle des unions de même sexe ; la fraude à la Sécurité sociale ; et enfin le nombre peu important des demandeurs, dans les pays qui reconnaissent les unions de même sexe. Dans un deuxième temps, je démontre comment la doctrine des juristes construit l'exception homosexuelle en mettant en avant une différence radicale avec les couples hétérosexuels (II). A partir de cette différence, le traitement différencié des homosexuel(les) apparaît non seulement comme juridiquement justifié, mais aussi comme nécessaire pour préserver l'ordre anthropologique. Enfin, j'explique que la reconnaissance du couple homosexuel va au-delà d'une simple revendication des

1. Les actes sont publiés par *Les Petites Affiliées*, n° 95, 10 août 1994.

2. « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », *Revue Dalloz*, 1998, 39^e Cahier Chronique.

3. Proportionnellement aux analyses des privatistes, les articles traitant de cette question à partir de l'angle du droit public sont rares. L'article de Danièle Lochak « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in Daniel Borrillo, *Homosexualités et droit*, op. cit., p. 39 et s.) et l'analyse d'Evelyne Pister (« PACS et partié : du même et de l'autre », *Le Monde*, 20 octobre 1998, p. 18) sont exceptionnels et montrent bien qu'il n'existe pas un obstacle juridique pour l'élargissement du droit au mariage aux couples de même sexe, bien au contraire, dès que l'on se place dans la perspective des libertés publiques le refus du droit au mariage constituerait une distinction injustifiée. Voir aussi l'ouvrage de Flora Leroy-Forgeot, *Les enfants du PACS*, Paris L'Atelier de l'Archer, 1999, ainsi que l'article de Stéphanie Garnier, « Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 40, 1999.

droits subjectifs d'un groupe spécifique. En effet, elle n'est que la suite logique d'un processus d'indifférenciation du sujet de droit sans laquelle toute entreprise égalitaire est vouée à l'échec (III).

LA DOXA DES JURISTES SUR LES COUPLES DE MÊME SEXE

Par ordre de fréquence décroissante, les raisons invoquées pour s'opposer aux unions de même sexe se sont présentées sous les formes suivantes (c'est moi qui souligne) :

L'argument de la procréation

« Le couple n'est un "sujet" de droit (ou destinataire ?) que parce qu'il répond à deux fonctions essentielles. Une première fonction politique qui en fait une petite famille au sein de la grande, une seconde fonction évidente parce que naturelle et d'ailleurs liée à la première (sauf à admettre que l'État programme son autodestruction) qui est celle de la procréation. »¹

Si le mariage a comme fonction la reproduction, « N'y a-t-il pas un *abus de minorité* dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction mais pour un comportement sexuel, il peut sembler qu'il y a une véritable indiscrimination. (...) En posant le statut du mariage, le droit renvoie simplement à cette banalité que nous sommes tous nés d'un homme et d'une femme : cet énoncé d'un fait n'implique aucune adhésion. »²

« Le couple initial a une double fonction : la procréation et l'éducation. (...) L'institution du *mariage* est naturellement ordonnée vers la *procréation*. Elle trouve là sa *vocation naturelle*. »

1. Jean Hauser, « Les communautés taissibles », *Revue Dalloz*, 1997, 30^e Cahier Chronique, p. 255.

2. François Gaudu, « A propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *Revue Dalloz*, 1998, 2^e Cahier Chronique, p. 20.

En conclusion de l'ouvrage, l'auteur signale que les éléments irréductibles pour une notion juridique du couple sont bien « un homme et une femme vivant ou ayant vécu une vie maritale »¹.

« Il existe, en effet, entre les deux cas, au regard de la société, une différence irréductible qui tient, qu'on le veuille ou non, à la *nature des choses* : savoir que la communauté de vie d'un couple homosexuel est, au mieux, socialement neutre, tandis que celle d'un ménage hétérosexuel est porteuse d'espoir et de longévité pour la société. Impropre à assurer le renouvellement des membres qui composent celle-ci, *l'homosexualité est par nature, un comportement mortel pour la société*. Ce n'est pas là une appréciation d'ordre moral et subjectif, mais une *constatation biologique élémentaire*. »²

L'argument de la Nature

Après avoir traité les unions de même sexe « *d'assemblages illicites ou immoraux* »³, A. Sériaux signale : « Nouvelle preuve que le contrat d'union civile profite surtout à ceux qui souhaitent entretenir entre eux des relations sexuelles. Surtout nouvelle borne moralisatrice qui, après avoir basé un statut civil ou social sur des *actes contre nature*, se refuse, cependant, à tout permettre. Pourquoi ceci plutôt que cela ? Question de degré dans la transgression, sans doute. »⁴ Se référant aux auteurs de la proposition, A. Sériaux

1. Jacques Normand, « La notion juridique de couple », Rapport de synthèse, in *La notion juridique de couple*, op. cit., p. 152.

2. Jean-Luc Aubert, Note sous arrêt Cour de cassation, 3^e Civ. du 17 décembre 1997, *Revue Dalloz*, 1998, 9^e Cahier Jurisprudence, p. 114-115.

3. « Car en faisant accéder ce type d'union à un statut légal, même s'il est quelque peu bancal, l'on jette par-dessus bord le risque permanent de voir juger ces assemblages illicites ou immoraux par les juges civils, en application de notre droit commun ». « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », chroniques « Droit de la Famille », *Jurisdassur*, mars 1998, p. 7.

4. Alain Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », chroniques « Droit de la Famille », *Jurisdassur*, mars 1998, p. 7.

note que « leur conception de la justice les induit... à trouver normal que les couples homosexuels puissent réaliser leur rêve le plus fou : vivre enfin en mariage, ou, faute de mieux et peut-être en attendant mieux, en ce qui lui ressemble »¹. Faisant sienne la position de l'Église catholique, le juriste signale, dans la note n° 66 du même article : « Qu'il soit bien clair que nous ne jugeons pas ici les personnes mais leurs seuls actes. »

« Le couple homosexuel ne devrait pas être assimilé au couple hétérosexuel (...); pas de *CUC incestueux, homosexuel, pédophile ou polygame*. »² De surcroît et « face à la montée du matérialisme », le juriste nous propose d'invoquer saint Bernard pour qu'il nous rende plus humbles³.

« On laissera de côté ici les "concubinages" homosexuels. Souvent fallacieusement présentés parmi les concubinages, ils ne peuvent pas même prétendre à ce nom *faute d'usage normal*, c'est-à-dire conforme à sa fin intrinsèque, de la sexualité. »⁴

« Dès le commencement de la Genèse (I.27), il est dit que *Dieu les créa homme et femme*. Ainsi, dans son origine même — pour les croyants, dans sa divine origine —, l'être humain a été créé pour faire corps avec un autre : pour se donner. »⁵

L'argument du danger pour les enfants

« ... le véritable enjeu, depuis le début, est de permettre aux couples homosexuels de se *procurer des enfants*. *Quos vult perdere Jupiter demerit* : l'excès prépare le retour du bâton. »⁶

1. Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 8.
2. Philippe Malaunie, Note sous Conseil d'État, arrêt du 9 octobre 1996, *Dalloz*, 1997, Jurisprudence, p. 119.
3. Philippe Malaunie, « Couple procréation et parenté », in *La notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 28.
4. Alain Sériaux, « Concubinage formel et mariage informel », in *La notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 44, n. 2.
5. Philippe Malaunie, « Couple, procréation et parenté », in *La notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 18-19.
6. François Gaudu, *op. cit.*, p. 24. Sur la thèse classique de la mise en péril dû au progrès voir : A. Hirschman, « Deux siècles de rhétorique réactionnaire », Fayard, 1991.

« Sans doute les couples homosexuels auront-ils la satisfaction d'obtenir la réalisation de l'un de leurs désirs, mais à l'évidence au prix de l'intérêt de l'enfant qui doit pourtant être la considération primordiale en la matière. Puisque l'engrenage doit inéluctablement aboutir à des résultats inacceptables, c'est l'engrenage lui-même qu'il faut se garder d'enclencher. »¹

« Peut-on faire courir aux enfants les risques d'une *déstructuration du système de parenté* ou d'une mise en question de leur identité généalogique qui, à terme, s'inscrit dans la demande de certains homosexuels ? »²

« Le contrat d'union sociale ne prévoyant pas de présomption de paternité, un enfant issu d'une telle union n'est rattaché à aucune famille. Or, *l'enfant a besoin d'un père et d'une mère*, ce que le législateur a admis lors de la promulgation, en juillet 1994, des lois dites "bioéthiques"³.

« S'il est bienvenu que le droit au respect de la vie privée exclut *a priori* qu'il soit reproché aux homosexuels leur mode de vie, il paraît, en revanche, légitime de leur refuser le droit de se prévaloir de leur situation pour faire venir un enfant à la vie : même banalisée, *l'homosexualité n'est pas encore un mode de vie "normal"* qui puisse offrir à l'enfant les garanties d'épanouissement que l'on peut escompter de parents, l'intérêt de l'enfant à naître dans une telle famille n'est donc pas manifeste. »⁴

1. Laurent Leveneur, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *La Semaine juridique*, n° 50, 1997, p. 4069.
2. « PaCS, les pièges d'un nouveau jeu de la loi » entretien avec Irène Théry et Catherine Labrusse-Riou, dans *Le Monde de l'éducation*, dossier « Famille le grand chambardement », n° 264, novembre 1998, p. 44.
3. Jean-François Kriegg, « Contrat d'union sociale et divorce par consentement mutuel : le mariage doublement fragilisé ? », *Les Petites Affiches*, 11 mai 1998, n° 56, p. 6.
4. François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, *Préface Dalloz*, 6^e éd., Paris, 1996, p. 799 (§ 948).

L'argument du danger pour l'ordre symbolique et la culture

« La raison pour laquelle le couple homosexuel n'a pas accès au mariage est que celui-ci est l'institution qui inscrit la différence des sexes dans l'ordre symbolique, en liant couple et filiation. »¹

« C'est donc pour préserver la culture, et non la nature, que, jusqu'à présent, tous les pays occidentaux ont refusé d'instituer une quelconque forme de filiation unisexuée. »²

Concernant une éventuelle reconnaissance de l'union entre personnes du même sexe, Mme Vial-Pedroletti signale : « Au législateur de répondre à cette question qui met en cause les valeurs fondamentales de notre société. » Elle finit son article par l'exclamation suivante : « Tolérer une situation est une chose, la reconnaître en est une autre ! »³

« Toutes les générations ont leurs impostures. L'homosexualisme en est une. Dans un boucan médiatique, voici la nouvelle course au pouvoir (...). Garantir la non-discrimination sociale des citoyens en raison d'une position subjective quant au sexe est une chose. Casser les montages anthropologiques au nom de la démocratie et des droits de l'homme en est une autre. »⁴

« Si nous voulons empêcher les pédophiles, la drogue, la violence, les désordres à l'école et dans les banlieues, ne comptons pas seulement sur la police, les juges, les prisons et la castration chimique, ne détruisons pas les sentinelles invisibles qui maintiennent la cohérence de notre société : la différence entre l'homme et la femme et la stabilité de la famille. Ces projets portent atteinte à la cohésion sociale et à nos structures familiales (...) Ils décomposent l'ensemble de notre droit civil, social et fiscal de la famille. Il ne faut les accepter en aucune manière. »⁵

1. Irène Théry, « Le CUS en question », *Notes de la Fondation Saint-Simon*, p. 26 (le même article est paru également dans la revue *Esprit*, octobre 1997).

2. Irène Théry, *ibid.*, p. 26.

3. Béatrice Vial-Pedroletti, « Le concubinage homosexuel sous les feux de l'actualité... et les foudres de la jurisprudence ! », *Chroniques, Jurisclasseur*, 1998.

4. « L'essuie-mièzes », entretien avec Pierre Legendre, *Le Monde de l'éducation*, décembre 1997, p. 37.

5. Philippe Malaunie, « Un statut légal du concubinage ? », *Répertoire du notariat Définitif*, n° 13-14, juillet 1998, p. 879.

Dans un style plus sophistiqué, P. Legendre arrive aux mêmes conclusions lorsqu'il énonce qu'« avec le PACS, l'État est poussé à neutraliser son fonctionnement universaliste articulé sur les enjeux de l'espèce, et sollicité de prendre en charge le conflit individuel et, pourquoi pas ? d'abolir le déchirement humain qu'implique la différence des sexes à laquelle le droit des personnes donne statut. On a dépassé le stade du lent et insensible travail de sape des catégories normatives, cyniquement appelé "perte des repères" par les générations au pouvoir. Investir là-dedans, c'est investir dans la violence de demain, la violence qui est toujours le lot de la perte des repères »¹.

« Certains pays, comme le Danemark et la Norvège, admettent un "mariage" entre homosexuels. C'est une institution aussi difficile à comprendre qu'à admettre socialement et moralement. »²

L'argument du sacrifice et de la récompense

« A l'État de récompenser par de substantiels privilèges ceux qui ont accepté la discipline (...) le couple matrimonial "paie" donc - ce qu'on oublie trop souvent - par d'importantes contraintes les cadeaux du législateur. »³

« Le droit récompense ceux dont l'amour supposé ou la communauté de vie présentent un intérêt social. » Intérêt défini par l'auteur comme suit : « Si l'intérêt social classique de l'ordre politique, de la procréation, de l'éducation des enfants justifie que les communautés de vie qui y répondent jouissent d'une reconnaissance générale, automatique et complète de la part du droit, pour les autres, dont l'intérêt public était jugé nul antérieurement, il nous semble que la réponse doit être désormais différente. » Et voici la conclusion de l'auteur : « Le domaine peut-

1. Pierre Legendre, « La loi, le tabou et la raison », entretien de Catherine Portevin, *Télérama*, n° 2555, 30 décembre 1998, p. 13.

2. Philippe Malaunie et L. Aynès, *Droit civil. La famille*, Cujas, édition 1995-1996.

3. Jean Hauser, « Les communautés taissables », *Recueil Dalloz*, 1997, 30^e Cahier Chroniques, p. 255.

être rapidement balisé. Le secteur des relations personnelles devrait être hors négociation. (...) Le secteur des relations patrimoniales est beaucoup plus prometteur. »¹

L'argument canonique et la tradition

Le canon 1096 du Code canonique de 1983 le dit bien mieux que le Code civil : « (...) le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle. »²

« La structure du mariage en Occident remonte à plus de deux mille ans. Il n'est donc pas plus facile de rompre l'héritage institutionnel que d'imaginer les conséquences qui peuvent en résulter dans les représentations que nous en avons. »³

« La loi du 27 janvier 1993 a, presque clandestinement, conféré aux homosexuels certains des droits que la Sécurité sociale attache au concubinage : (...) Comp. Genèse, XVIII, 20 : "Dieu dit : le cri contre Sodome et Gomorre est bien grand ! Leur péché est très grave." »⁴

Afin de justifier le licenciement d'un sacrilain homosexuel de la paroisse intégriste Fraternité Pie X, la cour d'appel de Paris évoque entre autres le fait « qu'il est constant que l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Église catholique avec une fermeté qui ne s'est jamais démentie, pour être radicalement contraire à la loi divine inscrite dans la nature humaine »⁵.

1. Jean Hauser, *ibid.*, p. 256.
2. Bernard Beignier, « Une nouvelle proposition de la loi relative au CUS : copie à revoir », « Droit de la famille », chroniques, *Jurisdasseur*, avril 1997, p. 4.
3. « PACS, les pièges d'un nouveau jeu de la loi », entretien avec Irène Théry et Catherine Labrusse-Riou, dans *Le Monde de l'éducation*, dossier « Famille le grand chambardement », n° 264, novembre 1998, p. 43.
4. Philippe Malaure et L. Aynès, *Droit civil. La famille*, Cujas, édition 1995-1996 (note de bas de p. 1 dans le chap. I sur le concubinage).
5. Cour d'appel de Paris, 30 mars 1990, *Recueil Dalloz Sirey*, 43^e Cahier Jurisprudence, p. 597.

L'argument du sentiment de la France profonde

L'avocat général de la Cour de cassation note dans ses conclusions que « (...) la sagesse populaire, commune à toutes les nations, a peut-être quelque raison de considérer que, dans ce domaine, ne sont réellement conformes à la Nature que les comportements qui correspondent à la différenciation anatomique et à la complémentarité morphologique des sexes résolument voulues par elle... »¹

« ... c'est au sentiment de tout un peuple qu'il faut demander la conception régnante des rapports entre les sexes. Toutes les opinions sont sous le ciel (on aura deviné la mienne). Mais la seule question décisive est au-dessus de moi : la France dans ses profondeurs, est-elle ou non favorable à l'assimilation ? Ma conviction est que non. »²

L'argument de la supériorité économique des couples homosexuels

« Toutes les études sociologiques ont prouvé que généralement le couple homosexuel a des revenus supérieurs au couple hétérosexuel pour d'évidentes raisons. Il est donc déraisonnable d'offrir à tous le même avantage dès lors que les justifications de ces avantages manquent. »³

L'argument de la finalité purement patrimoniale des unions de même sexe

« Le seul véritable problème de cette union, c'est l'organisation du transfert du patrimoine de l'un des compagnons à l'autre par le droit successoral. »⁴

1. Cour de cassation (chambre sociale). Conclusions de M. Marcel Dorwling-Carter, avocat général à la Cour de cassation. Arrêt du 11 juillet 1989, *Gazette du Palais*, 14 avril 1990, p. 223.
2. Gérard Cornu, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 5^e éd., 1996, p. 73, note de bas de page, n° 8.
3. Bernard Beignier, *ibid.*, p. 6.
4. Bernard Beignier, *ibid.*, p. 8.

L'argument de la fraude et du déficit de la Sécurité sociale

« Même si l'on accepte un instant l'idée qu'après tout une proposition de loi peut s'honorer en poussant ses prétentions jusqu'à la limite du ridicule cette *suria matrimoniale* laisse rêveur... Ce d'autant mieux que l'éventuelle aggravation des déficits de l'État et des caisses de sécurité sociale qui risque de résulter de telles mesures, si le contrat d'union sociale obtenait le succès escompté, devrait être pris en charge par la totalité des contribuables et des assurés sociaux. »¹

« Le CUS représente un moyen très commode de *fraude, détournement* et *évasion*. »²

L'argument du nombre limité des couples homosexuels demandeurs

« La *demande sociale des couples homosexuels est sans doute surévaluée* : Le Danemark n'a guère connu plus de mille cinq cents "unions de partenaires" depuis la loi du 1^{er} octobre 1989. »³

LA « DIFFÉRENCE HOMOSEXUELLE » COMME LÉGITIMATION DE SA DISCRIMINATION

L'horreur que l'homosexualité provoquait autrefois permettait de condamner les individus qui la pratiquaient sans avoir recours à des arguments juridiques, l'appel au bon sens suffisait. En 1851 la cour d'appel d'Angers, pour se référer à l'homosexualité, parlait de « faits qui révoltent la nature, de ces faits auxquels la passion la plus violente ne peut jamais servir d'excuse... ».

1. Alain Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », art. cité, p. 7.
2. Laurent Leveneur, art. cité, p. 4069.
3. François Gaudu, art. cité, p. 24.

L'homosexualité était considérée par les juges comme un « acte honteux », une « honteuse passion », un « acte immoral » ou une « passion morbide »¹. Plus d'un siècle et demi plus tard, la cour d'appel de Rennes refusait le droit d'hébergement des enfants en considérant que les relations homosexuelles du père « sont immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur les jeunes mineures »². Dans un même registre, les allégations d'homosexualité constituent nécessairement une « atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne »³. Bien qu'une évolution ait pu être constatée, le caractère immoral ou pathologique de l'homosexualité continue à faire consensus dans les raisonnements des privatistes. Ainsi, la conceptualisation du couple doit se faire, d'après H. Lécuyer, en référence à deux ordres métaphysiques : « l'ordre immanent aux faits » et « l'ordre du Bien ». Autrement dit, ce n'est pas parce qu'il existe des couples homosexuels que le droit doit les instituer comme tels, d'autant plus que cette forme de vie du couple est contraire au Bien (avec majuscule), c'est-à-dire à Dieu. Et malgré le fait que l'homosexualité ne soit plus considérée comme un péché, un crime ou une maladie, la doctrine des privatistes n'hésite pas à mettre en avant son caractère immoral et asocial pour justifier un traitement discriminatoire. Avec l'utilisation des expressions telles que : « abus de minorité », « comportement mortel pour la société », ou « assemblage illicites et immoraux », les juristes renouvellent l'hostilité envers les homosexuel(les). Alors que de nombreuses réformes du Code civil ont permis d'adapter le droit aux nouvelles réalités sociales, aucune n'a suscité tant de violence de la part des juristes. En effet, la demande de reconnaissance des couples de même sexe est considérée comme « le rêve le plus fou »⁴, fruit d'une « véridable perversion ». Cette « transgression » ne peut nullement être

1. Pour une analyse plus approfondie voir mon article « Statut juridique de l'homosexualité et droit de l'homme », *Cahiers Gai Kirsch Camp*, n° 28, février 1995, p. 99-116.
2. Chap. 6, sect. 1, 27 septembre 1989.
3. Cour d'appel de Paris, 26 février 1986.
4. Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 7.

officialisée et le droit doit continuer de résister à la « provocation homosexuelle »¹. Ainsi, de par leur simple orientation sexuelle, des personnes sont considérées comme porteuses d'une mission subversive destinée à mettre fin à la culture occidentale. On ne peut pas s'empêcher d'entrevoir dans ces propos ce qui a pu être dit autrefois sur d'autres minorités...

Ainsi, en caractérisant un ensemble de personnes par des attributs tels que la race, le sexe, l'appartenance religieuse ou l'orientation sexuelle, attributs considérés comme essentiels et irréductibles, ce discours met en œuvre une véritable entreprise d'exclusion.

L'indulgence vis-à-vis de l'homosexualité en tant que liberté individuelle semble constituer la limite des concessions faites par le droit : « Tolérer une situation est une chose, la reconnaître en est une autre ! », conclut une chronique juridique². Si l'existence de comportements homosexuels ne semble pas trop inquiéter le juriste « libéral », en revanche, toute revendication est perçue comme abusive : « en tant que telle la communauté homosexuelle est une réalité », signale X. Agostinelli, « ce qui dérange et qui appelle le déploiement de l'étendard des mœurs, ce n'est pas tant qu'elle existe, ce sont bien plus les dérapages ou les abus qu'elle n'est pas, parfois, sans susciter »³.

De même que le droit effectue des traitements différentiels dans d'autres situations (mineurs, femmes enceintes, incapables, malades, étrangers...) les arguments avancés par la doctrine contre les unions de même sexe justifieraient le traitement

1. « Puisqu'il ne leur suffit pas d'avoir acquis la liberté de vivre en couple, il leur faut aussi un statut, une reconnaissance officielle de leurs liens affectifs. On peut être fatigué de résister à la provocation car c'est bien une provocation que de revendiquer une liberté que l'on a ; c'est même une perversion que de solliciter l'officialisation, par un statut civil et social, de ce qui reste une transgression même si la loi positive ne le dit pas » (Catherine Labrusse-Riou, « Couple et lien affectif », in *La notion juridique de couple*, op. cit., p. 86).

2. Béatrice Vial-Pedrotti, « Le concubinage homosexuel sous les feux de l'actualité... et les foudres de la jurisprudence ! », *Édition Jurisasseur*, 1998.

3. Xavier Agostinelli, « Le concubinage homosexuel dans la loi DMOS du 27 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de pandore ? », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 19 (56-57), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 136.

4. Antoinette Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, n° 15.

exceptionnel réservé aux homosexuels. Après tout, le Conseil constitutionnel n'a cessé de rappeler que : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes »¹, mais pour faire valoir ce principe, il faudrait encore prouver que les homosexuels constituent une catégorie méritant un traitement d'exception. L'entreprise de la doctrine consistera ainsi à définir la « différence homosexuelle », à la rendre essentielle et à enfermer des individus dans une catégorie nécessairement préétablie et non négociable par les intéressés. A la limite les comportements homoérotiques peuvent être tolérés en tant que pure liberté mais ils ne doivent pas prétendre à une quelconque consécration juridique. Ce point de vue est clairement résumé par G. Cornu lorsqu'il écrit : « Si les unions autres qu'homosexuelles ont droit au respect de la vie privée, elles n'ont aucune consécration à attendre de la société, parce que la société a pour principe (de vie, de subsistance) l'homosexualité qui la fait naître, croître et se multiplier, de génération en génération, de telle sorte que toute union autre qu'homosexuelle est liberté, non institution, se mettant elle-même, sur ce point, en dehors du pacte social et de l'égalité civile. »²

Ainsi, à partir d'une norme sexuelle implicite, le discours dominant entend bien distribuer des prérogatives en fonction d'un critère prédéterminé qui n'est autre que celui de la supériorité morale et sociale des comportements homosexuels. Selon F. Gaudu, si la société tolère l'homosexualité, « de ce principe de liberté, il est cependant très difficile de passer à l'idée que l'État doit reconnaître tel ou tel comportement sexuel »³. Si quelque chose revient aux couples de même sexe c'est seulement sous la forme d'une concession philanthropique ou compassionnelle,

1. Conseil constitutionnel, 27 janvier 1979, voir également H. Beguelin, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », in *L'égalité*, vol. IV, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1975.

2. Gérard Cornu, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 5^e éd., 1996, p. 74, note de bas de page, n° 8.

3. François Gaudu, op. cit., p. 19.

qu'une majorité hétérosexuelle serait prête à faire à la « généralisation sida ». Car si l'homosexualité est condamnable, ceux et celles qui la pratiquent méritent néanmoins la compassion du juriste. En effet, A. Sériaux, après avoir considéré l'homosexualité comme « acte contre nature », tient à préciser qu'il ne juge pas les personnes mais leurs seuls actes¹. Si la notion de péché articule le discours du juriste de l'*Opus Dei*, pour d'autres auteurs, l'homosexualité est présentée comme dérèglement psychologique. Ainsi, J. Hauser estime que la personnalité homosexuelle se caractérise par l'impossibilité de reconnaître l'autre dans sa différence sexuelle. Pour se référer à la vie affective entre personnes du même sexe, le juriste utilise les termes « couple homothétique », « couple homogène », « couple de sexe unique », « couple de sexe semblable », « couple homonyme » ou encore « couple homozygote »² par opposition, sans doute, à la norme hétérosexuelle caractérisée, elle, par la diversité, la variété, la référence à l'opposé de soi, à l'altérité. De même que dans les théories psychiatriques du XIX^e siècle, l'homosexuel est peint comme un narcissiste structurel incapable de reconnaître l'autre comme différent de lui et souffrant, par conséquent, d'une « stérilité affective ».

Les juristes nous mettent en garde contre la demande excessive, contre cette « offensive »³ menée par les homosexuels car, céder à ce « phénomène de mode » et à l'« égalitarisme ambiant », impliquerait non seulement de mettre en danger le principe d'hétérosexualité, constitutif de tout lien affectif susceptible d'être reconnu par la société, mais aussi de saper le fondement même de notre civilisation. Ce fantasme « culturicide » se

1. Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 8, et n. 66.

2. Jean Hauser, « Couple et différence de sexes », in *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

3. François Terré et Dominique Fenouillet notent que « il n'en demeure pas moins que l'offensive menée par les couples homosexuels leur a déjà permis d'obtenir un résultat substantiel. Dans le même sens, des maires ont, au cours de l'année 1995, décidé de délivrer des certificats de concubinage à des couples homosexuels (Héricourt, Saint-Nazaire, Strasbourg...). *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Précis Dalloz*, 6^e éd., Paris, 1996, p. 524-525.

laisse entrevoir non seulement dans les commentaires de la doctrine réactionnaire mais aussi dans les analyses de certains auteurs libéraux. L'hétérosexualité comme forme de relation entre les sexes est ainsi élevée au rang de « métaphysique anthropologique ». Aussi bien I. Théry que J. Hauser sont d'accord pour considérer que la différence des sexes est une question préjuridique et présociale à laquelle le législateur devrait donc se soumettre. Ainsi, « ordre naturel » et « ordre symbolique » (présenté sous la forme d'une naturalisation de la culture) se rejoignent pour légitimer, chacun à sa façon, les discriminations des personnes homosexuelles vis-à-vis des droits familiaux.

L'ensemble de commentaires de la doctrine des privatistes profile une sorte de construction juridique de l'homosexuel. Ce personnage, défini par sa singularité, est caractérisé par des traits qu'on lui attribue et auxquels il ne peut pas échapper. C'est cette singularité essentielle qui viendrait justifier le traitement discriminatoire effectué par le droit. En dehors du droit commun, l'homosexuel ne participe pas des caractéristiques communes à l'ensemble des personnes hétérosexuelles, « normales ». Dans le fantasme des juristes, l'homosexuel apparaît plutôt comme un homme, dangereux pour les enfants, narcissique car incapable de reconnaître et d'aimer l'autre ; il est infidèle, riche et, de par sa nature subversive, dangereux pour l'ordre social. Ces hommes riches et dangereux sont également organisés en de puissants lobbys ayant pour but la destruction des fondements anthropologiques de la culture occidentale. Dans le meilleur des cas, ils s'agit d'irresponsables, incapables de mesurer les conséquences de leurs revendications. A l'inverse, avec l'indifférenciation menaçante, ces individus, à la fois inutiles et dangereux pour la culture trahissent également leur mission « naturelle » : la subversion de l'ordre établi¹. Ainsi, du conservatisme de droite au différencialisme de gauche, l'homosexuel(le) est piégé(e) par une logique identitaire lui déniaient son statut au sein du couple, de la famille et de la société.

1. Sylviane Agacinski, *Politique des sexes*, Paris, Le Seuil, 1998.

Au-delà de la difficulté à penser l'homosexualité, l'impossibilité à accepter l'union homosexuelle provient souvent de l'attachement à un modèle familial de type résiduel et où l'on continue de voir non seulement le monopole de la normalité mais aussi le berceau des vertus morales. Le refus des droits aux couples de même sexe n'est que la manifestation paradigmatique de cet attachement et implique en même temps la négation d'une réalité émergente, caractérisée par une pluralité des couples et des familles, par une organisation de moins en moins hiérarchique des ménages et par une désaffection de l'assignation classique des sexes à des rôles clairement prédéterminés, aussi bien au niveau du couple que de la filiation¹. La structure familiale change, et face à cette situation « le droit de la famille cherche désespérément une boussole »². Devant la pluralité et la complexité des nouvelles familles, la tentation est grande de se replier sur soi, essayant ainsi de trouver refuge dans un modèle idéal qui trouverait son fondement dans l'ordre incontestable de la nature des choses.

L'image résiduelle d'une famille « naturelle » de type nucléaire, fondée exclusivement sur le mariage — plus proche du mythe que de la réalité³ — trouve ses racines dans l'idéal bourgeois du Code civil de 1804. Ce dernier consacre l'ordre patriarcal au sein duquel se dessinent clairement les destins civils de chacun des membres de la famille : la femme mariée devient mère et règne sur la domesticité⁴, l'homme, dépositaire de l'autorité familiale,

1. Pour une analyse approfondie de cette évolution, voir J. Commaille et C. Martin, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.
2. J. Normand, « Rapport de synthèse », in *La notion juridique du couple*, op. cit., p. 141.
3. Comme l'a bien montré Stephanie Coontz dans son ouvrage *The Way We Never Were : American Families and the Nostalgia Trap*, New York, Basic Books, 1992.
4. Comme dans le droit romain, avec les institutions de la tutelle des femmes et la manus qui rejoint la puissance paternelle et la puissance maritale, dans le système du code Napoléon, les femmes doivent être, par leur condition naturelle, sous tutelle masculine.

apparaît comme le garant du couple et de la lignée¹. La soumission des femmes dans le ménage, la condamnation plus sévère de l'adultère féminin et le monopole matrimonial de la filiation légitime, marquent les contours d'une organisation familiale synétrieque à l'organisation sociopolitique. La solidité de la nation tout entière passe par l'adhésion à ce modèle statutaire de famille, par définition indisponible pour les individus qui la constituent. Dans cette vision holistique, le familial et le politique se confondent en faisant de la primauté du social sur l'individuel le pilier de l'ordre juridique². Selon ce modèle résiduel, tout projet existentiel, autre que celui qui est issu de la vie familiale légitime ne peut être que moralement et politiquement condamnable. Concubins, célibataires ou enfants naturels sont livrés au même sort : la soumission juridique et l'opprobre social.

Le montage philosophique consistant à rendre naturel un phénomène culturel permettait de présenter le modèle patriarcal comme le seul légitime. Arrachée à l'arbitraire propre au culturel, la famille dite « traditionnelle » perpétue une forme de domination (sur les femmes et les enfants) pouvant être ressentie comme injuste mais acceptée patiemment dans la mesure où elle est appréhendée sous la catégorie du normal, du naturel, de l'inévitable destin. La force du modèle ainsi que sa longévité résidait dans cette manière objective, universelle et ahistorique qu'il revêtait pour s'imposer comme neutre et nécessaire³. Mais en dehors du regard nostalgique de la doctrine conservatrice, ce modèle a cessé d'exister et le passage de la famille verti-

La cause de son incapacité sera sa nature (son sexe) *fragilitas, imprudentia, imbecillitas sexus*. Afin de dépasser cet « état de fait » elle devra passer par l'homme (père ou mari) pour acquérir un statut social : fille d'abord, épouse ensuite et enfin mère. En tant que fille assujettie à la tutelle paternelle jusqu'au mariage où son mari reprend le contrôle laissé par le père elle garde toujours, elle, évidemment, son statut d'incapable.

1. « En ce qui concerne l'établissement de la filiation, la supériorité de la filiation légitime tient essentiellement à l'existence de la présomption de paternité qui rattache automatiquement au mari les enfants de son épouse » (Jean Hauser et Danièle Hueter-Weiller, *Traité de droit civil. La famille*, Paris, LGDJ, 1989, p. 193).
2. Voir la typologie des modèles familiaux de Jacques Commaille dans la deuxième partie de son ouvrage *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.
3. Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, 1998.

cale à la famille horizontale devient irréversible. Fruit d'un long processus historique, la famille actuelle privilégie l'identité personnelle et la réalisation individuelle dans le ménage.

L'évolution des mœurs et l'ensemble des réformes légales entreprises depuis la fin des années 1960 ont profondément changé la physiologie de la famille. Produit du déclin moral pour les uns ou résultat de la victoire de l'individu sur l'ordre social pour les autres¹, le droit de la famille se caractérise aujourd'hui par une plus grande égalité entre ses membres, par le partage de l'autorité et des responsabilités parentales, par une dissociation entre sexualité, reproduction et filiation ainsi que par la coexistence des différentes formes de conjugalité. Les réformes successives² ont abouti à un système qui prend comme modèle non plus le mariage mais « le "couple parental", hétérosexuel, égalitaire, monogame (au moins séquentiellement) et indissoluble à l'égard des enfants »³. Ce modèle familial plus égalitaire que hiérarchique, plus associationniste que statutaire est régi désormais davantage par la notion de vie privée que par celle d'ordre public.

En s'opposant à la famille patriarcale, la revendication politique des homosexuel(les) radicalise le modèle familial actuel. Ainsi, débarrassé de la condition d'hétérosexualité, le système présent céderait la place à un autre dans lequel les couples mais également les parents homosexuels trouveraient un droit de cité. C'est au seuil de ce nouveau modèle émergent⁴ que la célèbre

maxime du doyen Carbonnier, « à chacun sa famille, à chacun son droit », prendrait tout son sens.

Face à une telle situation, les juristes sont partagés en trois camps. Un camp ultraconservateur qui prend la défense du modèle résiduel de type patriarcal ; un camp, moins conservateur, caractérisé par l'acceptation du modèle familial actuel considéré comme plus égalitaire vis-à-vis des femmes et des enfants, mais demeurant néanmoins exclusivement hétérosexuel¹ ; et enfin, un camp égalitaire qui, partant du modèle actuel, essaye de le faire évoluer vers un autre caractérisé non seulement par l'égalité des filiations et des sexes, mais aussi par la non-discrimination des différentes orientations sexuelles. D'après ce dernier, il n'existe pas de raisons valables pour abandonner la logique de l'égalité (appliquée déjà aux femmes et aux enfants) lorsque le droit doit statuer sur l'avenir des unions de même sexe².

Les difficultés auxquelles se heurtent la doctrine conservatrice à reconnaître les membres d'une union homosexuelle comme concubins ou en tant que conjoints sont dues surtout aux préjugés vis-à-vis de l'homosexualité, et à une vision du couple de type préétatique et présocial. Le recours à cette conception essentialiste des ménages et des filiations empêche de concevoir autrement l'organisation familiale. Le secteur moins conservateur, pour sa part, en faisant de la différence des sexes la condition du modèle actuel, n'arrive pas à appréhender l'évolution de ce modèle vers un autre, plus à même d'assurer un véritable pluralisme familial³.

1. Dans son rapport au gouvernement, la sociologue Irène Théry, en excluant les homosexuels non seulement du mariage mais aussi de tout projet parental, rend impossible la création juridique d'une famille homosexuelle.

2. Voir en ce sens le numéro spécial de la revue *Témoin* consacré à la famille, n° 12, mai-juin 1998, notamment les articles d'Éric Fassin « L'illusion anthropologique : homosexualité et filiation » et de Daniel Borrillo « Homosexualité et liberté matrimoniale ». Voir également le n° 12-13 de la Revue *Le Banquet* consacré au mariage, union et filiation, septembre-octobre 1998, Paris, CERAP, 1998, notamment mon article « Les unions de même sexe : entre mariage impossible et concubinage improbable », p. 125 et s. Voir également la revue *La Mazarine* du mois de mars consacrée à la question.

3. Voir Sylviane Agacinski, *Politique des sexes*, Paris, Le Seuil, 1998. Voir également Irène Théry, « Le CUS en question », *Notes de la Fondation Saint-Simon*, et revue *Esprit*, octobre 1997.

1. Voir l'analyse faite par Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, postmodernité ou prééclat ? », *Revue Dalloz*, 1997, 18^e Cahier Chronique, p. 133-137.

2. Égalité patrimoniale des époux (1965) à l'adoption plénière par une personne célibataire (1966) à l'abandon de la notion de chef de famille (1970), à l'égalité des filiations légitime et naturelle (1972), à la consécration du divorce par consentement mutuel (1975), à l'élargissement du mode d'établissement de la filiation naturelle (1982), à l'exercice conjoint de l'autorité parentale des parents naturels (1987), à l'égalité des couples mariés, unis ou séparés au regard de l'autorité parentale (1993) ou à l'accès pour les concubins à l'assistance médicale à la procréation (1994). « Chronologie des réformes », *in* Marie-France Nicolas-Maguin, *Droit de la Famille*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 1998, p. 9.

3. Françoise Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 249-270.

4. Caractérisé par le pluralisme, plus que d'un modèle, il s'agit d'un antinidéal en ce sens qu'aucun des systèmes existants ne prendrait la prééminence sur l'autre.

C'est encore une fois une vision statutaire, voire canonique, du mariage qui fut mise en avant par la doctrine des privatistes pour refuser aux couples de même sexe la liberté de se marier. Alors que la France fut le premier pays à rompre le monopole ecclésiastique en matière familiale, les juristes n'hésitent pas à faire valoir le vestige sacramentel afin de démontrer que l'élargissement de celui-ci aux couples homosexuels constituerait une dénatura-tion de l'institution¹. Mais de quelle nature parlent-ils et à quoi fait-on référence lorsque l'on justifie l'exclusion des unions de même sexe du droit au mariage ? Si la mesure permettant de déterminer l'éventuelle participation des partenaires homosexuels à la liberté matrimoniale est donnée par le mariage traditionnel, d'inspiration sacramentelle, hautement hiérarchisé et de type patriarcal, on cherchera vainement les arguments favorables à ce type d'unions. En revanche, si la perspective d'analyse est celle d'une institution de nature civile, plutôt contractuelle et de type égalitaire, l'inclusion des unions homosexuelles devient alors juri-diquement concevable². Se dessaisir du modèle résiduel de l'institution matrimoniale et analyser les traits de son évolution constitue la condition *sine qua non* pour mieux comprendre la nouvelle physionomie du mariage d'aujourd'hui et les caractéris-tiques de son profil de demain. En effet, pour ce modèle associa-tionniste des couples et des familles, aussi bien le sexe que l'orientation sexuelle de ses membres devraient être considérés comme des éléments tout à fait indifférents pour le droit. Dire le contraire reviendrait à introduire une obligation de reproduction, ou dans le meilleur des cas, une prohibition des pratiques contra-ceptives et de l'IVG dans le mariage.

1. Alain Sériaux dénonce avec vigueur le mariage civil puisque : « D'une part la forme civile se substitue à la forme religieuse ; d'autre part, la forme civile revendique pour elle seule, contre Dieu, le droit de constituer le mariage » (*op. cit.*, p. 51).

2. D. Borrillo, Le mariage homosexuel : hommage de l'hérésie à l'orthodoxie ?, in *La sexualité a-t-elle un avenir ?*, collectif, PUF, « Forum Diderot », 1999.

CONCLUSION

L'absence d'arguments juridiques de la doctrine et l'appel abusif et décousu à des pseudo-théories psychanalytiques ou anthropologiques montre bien les difficultés à penser l'homosexualité en d'autres termes que ceux de la condamnation plus ou moins avouée. Comment expliquer autrement ces références à la Nature, à l'Ordre Symbolique, au Bien ou au droit cano-nique dans un système juridique dégage depuis plus de deux siè-cles des fondements métaphysiques ? Comment continuer à uti-liser l'argument de la finalité reproductive du mariage dans un système matrimonial dans lequel une quelconque obligation de reproduction est inexistante et, au sein duquel l'épouse a le droit d'utiliser des moyens contraceptifs, même contre la volonté du mari ? Comment prétendre sérieusement priver les couples homosexuels de l'exercice d'un droit fondamental sous prétexte qu'ils ne sont pas assez nombreux ou qu'ils sont plus riches que les autres couples ? A partir de quelles études sociologiques com-parées peut-on considérer que les homosexuel(les) sont plus porté(e)s vers l'infidélité que les hétérosexuels¹ ?

A l'égard de quel autre groupe minoritaire aurait-on pu pro-férer autant d'idées reçues ? Imaginons un instant que ce qui a été affirmé à propos des homosexuel(les) soit dit des juifs, des noirs ou des femmes... A quelles sanctions s'exposeraient ceux qui tiennent un tel discours ?

Mais en fait, derrière les violentes critiques des couples de même sexe, on entrevoit la nostalgie de la famille traditionnelle avec sa hiérarchie et ses rôles figés. Pour cette doctrine, la recon-naissance des couples homosexuels n'est qu'un degré de plus dans la décadence propre à la conception contractualiste du mariage. C'est cette même « idéologie des droits de l'homme », pour reprendre l'expression de J. Hauser, qui fut à l'origine de la

1. Sous la plume de Catherine Labrusse-Riou, on peut lire : « C'est bien le pro-blème que posent les couples homosexuels qui, parce qu'ils sont rarement fidèles, requiè-rent que la fidélité soit exclue du statut qu'ils revendiquent par ailleurs » (*La notion jurir-dique de couple*, Economica, 1998, p. 86).

désintégration du modèle mythique de la famille. L'égalité des femmes, l'égalité des filiations, le divorce, la contraception sont autant d'éléments précédant la revendication des « adeptes de l'homosexualisme ». Mais derrière cette conception monolithique de la famille se cache également une vision du social et du politique dans laquelle la nostalgie de l'ordre, la simplicité, l'évidence et la hiérarchie ont joué un rôle fondamental².

L'égalité est un principe fondateur de l'État de droit. Les appels à la religion, à la tradition, à la morale, à la finalité reproductive du mariage ou à l'intérêt de l'enfant ne constituent pas de véritables arguments permettant d'abandonner l'application de ce principe d'égalité pour les unions de même sexe. « Tout se passe comme si la promesse d'universalité, à peine prononcée, se déclinait comme une menace » ; c'est alors que la raison démissionne cédant la place à la peur et à la méfiance, comme le note Évelyne Pisier : « L'ordre moral hétérosexuel s'effraie de ces couples que l'altérité sexuelle ne caractérise pas. Le bien pensant ne tolère l'homosexualité qu'à condition de la tenir pour une sexualité accidentelle, particulière, hors norme. C'est pourquoi il multiplie les obstacles pour qu'elle ne puisse se glisser, à égalité, "comme les autres" dans le moule juridique du couple, de la conjugalité et *a fortiori* de la parentalité. »³

La question homosexuelle, ou pour mieux dire la question homophobe⁴, met en évidence, une fois de plus, les difficultés à vivre dans un monde caractérisé par la pluralité, qu'elle soit de nature politique, religieuse, ethnique, linguistique... Les différences sexualités font également partie du pluralisme social. L'hétérosexualité ne bénéficie plus du monopole de la « bonne

sexualité », elle coexiste avec d'autres formes d'orientation sexuelle telles que l'homosexualité ou la bisexualité.

De même que la race, les opinions politiques, le sexe ou le handicap, l'homosexualité ne peut plus constituer une barrière à la jouissance des droits et des libertés. L'atteinte au pluralisme des sexualités doit être perçue désormais comme un danger pour les valeurs démocratiques. 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.

Post-scriptum

Depuis le vote de la loi 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, la doctrine des juristes a changé de ton. Il ne s'agit pas tant de condamner les effets néfastes de la reconnaissance des unions homosexuelles ou de dénoncer les risques d'une société libertine sombrant dans la décadence mais plutôt d'analyser de façon technique les implications juridiques de la nouvelle loi. L'ensemble de la doctrine est d'accord pour souligner les contresens et les dysfonctionnements du texte. Toutes les branches du droit ont été mobilisées pour signaler les imperfections et démontrer les incongruités d'une loi « médiocre » et « partisane » qui suscite la « perplexité » et engendre le « doute » et l'« incertitude »¹. Chaque disposition du texte² est soumise à une analyse minutieuse et microscopique tout comme l'ensemble des documents s'y rattachant (décision du Conseil constitutionnel, décrets et circulaires d'application)³. Les aspects du droit du crédit⁴, du droit

1. Hervé Lécuyer et Jean-Emmanuel Kuntz, « PaCS et assurance vie », *Finance et gestion* (revue du Centre national des professions financières), n° 63, septembre 2000, p. 24.

2. Cyrille Charbonneau et Frédéric-Jérôme Pansier, « *Et in terra* PaCS, commentaire du Pacte civil de solidarité créé par la loi votée du 14 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel », *Gazette du Palais*, 19-20 novembre 2000.

3. Hervé Lécuyer, « PaCS, circulaire, y a rien à voir », *Droit de la famille, Jurisclasseur, Repères*, janvier 2001.

4. Christophe Alleaume, « Solidarité contre solidarité. Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PaCS au regard du droit du crédit », *Dalloz*, n° 29, 2000.

social¹, patrimonial², fiscal³, pénal⁴, constitutionnel⁵, international public⁶ et privé⁷ ainsi que les questions relatives à la formation, la dissolution du pacte⁸ et de sa forme authentique⁹, ou encore celles concernant la détermination du codébiteur¹⁰, le statut civil des partenaires¹¹, le rôle des greffiers¹², mais également les relations du PaCS avec le concubinage¹³, le droit des étrangers¹⁴ et la filiation¹⁵ sont abordés méticuleusement. La critique est néanmoins dépourvue d'originalité. Les associations les plus impliquées dans le débat avaient depuis longtemps signalé ces mêmes lacunes et incohérences et même la presse généraliste s'en était fait l'écho¹⁶.

1. François Monégret, « Pacte civil de solidarité, aspects sociaux », *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 10, 10 mars 2000.
2. Hervé Lecuyer et Jean-Emmanuel Kuntz, art. cité.
3. Frédéric Douet, « Les effets du PaCS sur la situation fiscale des concubins », *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 48, 3 décembre 1999.
4. Jacques Amar, « PaCS et immunités familiales », *Droit pénal*, Éditions du Jurisclasser, octobre 2000.
5. Nicolas Molléssis, « La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 6, 11 février 2000.
6. Frédéric Granet, « Pacte civil de solidarité, aspects comparés et internationaux », *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 8, 25 février 2000.
7. Hélène Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gazette du Palais*, 3 octobre 2000.
8. Jean-Jacques Lemouland, « Formation et dissolution du Pacte civil de solidarité », *JCP, La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 9, 3 mars 2000.
9. Bernard Beignier, « A propos du décret n° 99-1089 du 21 décembre 1999 relatif au Pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique », *Dalloz, Point de vue*, n° 5 du 3 février 2000.
10. Hervé Lecuyer, « PaCS : Pacte civil sans solidarité », *Droit de la famille, Jurisclasser*, janvier 2000.
11. Jean Hauser, « PaCS, statut civil des partenaires », *JCP, La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 9, 3 mars 2000.
12. Hervé Lecuyer, « Le PaCS (désormais) sous toutes ses coutures », *Chroniques droit de la famille, Jurisclasser*, janvier 2000.
13. Jean Hauser, « Concubinages et pactes civils de solidarité », note *Revue trimesmielle de droit civil*, juin 2000.
14. H. Fulchiron, « Les couples homosexuels et le droit des étrangers (reconduite à la frontière d'un ressortissant algérien homosexuel pacésé) », *Semaine juridique*, édition générale, G 2000, II, n° 10349.
15. Isabelle de Bernalcar, « Une nouvelle filiation : l'homoparentalité ? », *Gazette du Palais*, 10 décembre 2000.
16. « Vers la reconnaissance des couples de même sexe. Analyse et proposition de AIDES (association Aïdes Féderation nationale, avril 1997). Se reporter aussi aux deux rapports de l'Observatoire du PaCS de mars 1999 et de novembre 2000 (www.prochoix.org). Voir également l'article de Pascale Kremer dans *Le Monde* : « Le PaCS risque de susciter un lourd contentieux », 26 avril 2000, p. 10.

La doctrine s'adonne à des commentaires techniques qui ne prennent nullement compte de l'épaisseur historique et du contexte politique au sein duquel la loi fut adoptée. En évacuant la dimension historique dans leurs analyses, les juristes mettent de côté un élément indispensable pour la compréhension du problème. En effet, ils omettent soigneusement d'indiquer que le PaCS a été créé pour résoudre l'impassé juridique dans laquelle se trouvaient les couples homosexuels après le refus de reconnaissance de la qualité de concubins par la Cour de cassation. En ce sens, les ambiguïtés du PaCS sont directement liées au fait qu'il fallait construire un système conjugal spécifique différent du mariage. Si la loi s'adressait aussi aux unions de sexe différent, ce n'est pas tant pour répondre à une nécessité sociale des couples hétérosexuels que pour respecter le principe d'universalité de la règle de droit. Or, une telle universalité aurait impliqué d'ouvrir le droit au mariage pour les couples de même sexe. L'exigence d'égalité et de non-discrimination aurait mérité au moins un débat intellectuel sur la question. La doctrine l'ignore complètement et lorsque la question de l'égalité est évoquée, elle l'est de façon marginale et exclusivement pour nous mettre en garde contre les dérapages éventuels¹. Si la préoccupation de la doctrine provenait de l'incohérence introduite par le PaCS, il aurait tout simplement suffi d'élargir le droit au mariage aux personnes de même sexe. Cette solution aurait permis non seulement de

1. Bien que les commentaires de l'auteur de ce *post-scriptum* ne trouvent pas de place dans les revues juridiques classiques, rien n'empêche les juristes de lire d'autres publications. Même lorsqu'ils sont confrontés à ses analyses sur l'ouverture du droit au mariage pour les couples de même sexe, ils préfèrent les ignorer. Ainsi par exemple Mme le Pr Frédérique Granet cite les travaux réalisés par la *Cinquième conférence européenne sur le droit de la famille* de La Haye (15-16 mars 1999) en omettant soigneusement de citer l'intervention de l'auteur sur le PaCS.
2. Toujours Mme le Pr Frédérique Granet dans son article « Pacte civil de solidarité, aspects comparés et internationaux » (*La Semaine juridique notariale et immobilière*, n° 8, 25 février 2000) finit sa rigoureuse analyse par une étrange interrogation aux allures apocryphes : « Peut-être dans un futur proche une famille homosexuelle sera-t-elle reconnue aux Pays-Bas ou en Suède, ce qui pourrait laisser craindre un phénomène de contagion. Une fuite en avant... vers un futur plus éloigné, où — qui sait ? — l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en viendrait à absorber les partenaires enregistrés ?... Nous savons que nous sommes en route, mais nous ignorons encore exactement vers quoi » (p. 8).

préservé l'harmonie du système, mais également de mettre fin aux discriminations¹.

Cette attaque systématique, cet acharnement juridique cache au fond une hostilité plus ou moins euphémisée envers les homosexuels². La rigueur technique de certains exégètes n'est pas un obstacle pour manifester les vieux atavismes moralisateurs. Ainsi, dans un article particulièrement méthodique relatif aux immunités familiales, le P^r Jacques Amar présente l'homosexualité comme nécessairement douloureuse en utilisant un exemple fort significatif : « ... une mère de famille déçue par l'homosexualité de son fils pourrait au décès de celui-ci accuser le conjoint passé survivant d'avoir détourné les biens que son enfant aurait pu lui remettre (...) Cette mère aigrie par la vie sexuelle de son fils... »³. De même, dans une analyse comparative concernant le droit du crédit, Christophe Alleaume ne peut s'empêcher d'expliquer l'ancrage théologique du mariage : « A ce titre il est une institution qui permet à la cellule familiale de franchir les siècles. Il jouit ensuite d'une aura inégalée car, voulu par Dieu dès la création (Genèse, 2, 18), le mariage est une institution dont la sainteté, confirmée par la présence du Christ aux noces de Cana où il accomplit son premier miracle, confère au droit qui la concerne une nature particulière. Institution relevant pour partie du droit divin, pour partie du droit humain, le mariage, union de deux êtres en une seule chair (Genèse 2, 24), est le symbole de l'union du Christ et de l'Église. »⁴ Quelques pages plus loin, l'auteur brandit encore le vieux fantasme du lobby homosexuel : « On sait que la loi sur le PACS fut rédigée à

1. Alors que les principales revues internationales débattent actuellement la question du mariage pour les couples de même sexe, la doctrine française s'obstine à l'occulter. En ce sens il est significatif que ce soit une de plus prestigieuses revues juridiques canadiennes qui publie les analyses de l'auteur de cette note (D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie de sexualités », *McGill Law Journal*, 2001) alors qu'en même temps ses idées ne trouvent pas de place dans les revues juridiques françaises.

2. Comment expliquer autrement l'obsession de M. le P^r Hervé Lécuyer, directeur de la revue *Droit de la famille*, qui, après avoir insulté les homosexuels (voir ci-dessus), a fait de sa revue une tribune militante anti-PACS.

3. Art. cité, p. 4.

4. Art. cité, p. 451.

la demande (et sous l'œil vigilant) des lobbies associatifs. Vu le résultat, on est presque tenté de penser que, décidément, "L'esprit de corps (...) rend le bons sens, quoi qu'on dise, Solidaire de la Sottise"¹. Avec le ton qui est le sien, le P^r Jean Hauder ironise : « On sait que par la grâce d'un exécutif dépassé par des groupes de pression profitant des niches parlementaires (...) nous disposons maintenant de trois structures d'accueil pour les couples. »² Ou encore, Jean Carbonnier s'indigne : « Nous avons eu des lois de crise, de grève, de barrages de routes, et l'on s'étonnerait à peine si l'imminence d'une cavalcade de gays sur les Champs-Élysées déterminait la France au mariage des homosexuels. »³

Comme avant l'adoption de la loi, une partie de la doctrine insiste sur les dangers envers l'ordre naturel. Les professeurs Cyrille Charbonneau et Frédéric-Jérôme Pansier s'érgent ainsi en gardiens de cet ordre. Ils signalent effectivement que : « L'évolution des mœurs qui a rendu possible la consécration d'un couple homosexuel, mais aussi l'évolution des techniques, notamment en matière de filiation, pose la question du rapport de l'homme et de la nature. Il est aujourd'hui central de faire de l'attitude de la société par rapport à la modification de l'ordre naturel une question de société. »⁴

1. Art. cité, p. 454.

2. Jean Hauser, « Concubinages et pactes civils de solidarité » note *Revue trimestrielle de droit civil*, juin 2000, p. 297.

3. *Flexible droit*, LGDJ, 9^e édition, p. 272. Face à l'opinion très majoritaire des Français, Rénny Cabrillac souligne : « Il semble plutôt qu'en se retranchant derrière non des enquêtes sociologiques réalisées scientifiquement auprès des professionnels du droit mais des sondages d'opinion grand public, le législateur ait cédé à l'influence des groupes de pression. Certes l'influence des lobbies sur le législateur ne date pas d'hier et Ripert la déplorait déjà évoquant dans *Les forces vives du droit*, les "forces obscures qui luttent pour obtenir la règle jugée la plus favorable à certains intérêts", mais en l'espèce l'influence des groupes de pression homosexuels a été indéniable » in « Les réformes du droit de la famille et le PACS », *Droit de la famille*, Éditions du Jurisclasseur, juin 2000, p. 6. Dans le même sens, Patrick Courbe souligne : « C'est bien, au demeurant, ce que les lobbies d'homosexuels attendaient de la loi (PACS) : une pleine reconnaissance sociale de leur couple, avec à la clé le bénéfice de tous les avantages qui s'attachent au mariage », *Droit de la famille*, Armand Colin, Paris, 2001.

4. « *Hominitibus bonae voluntatis* (le PACS II) », *Gazette du Palais*, 19-21 novembre 2000.

Jean Carbonnier, qui avait pourtant fait preuve de progressisme en d'autres réformes, ne peut pas s'empêcher de nous avertir du risque de communautarisme juridique dont le PACS n'est qu'une illustration¹.

Au-delà de ces quelques exemples, la rhétorique de la doctrine est caractérisée par une volonté d'esquiver toute analyse de l'histoire, des enjeux politiques et de la portée de la loi². Soit le PACS constitue une régression morale qu'il faut condamner soit il représente une « monstruosité » juridique qu'il faut dénoncer. En revanche, à aucun moment les juristes n'évoquent l'évolution sociale que cette loi est censée représenter, les démarches à poursuivre pour accomplir l'égalité des conjugalités ou les discriminations dont les unions homosexuelles sont encore victimes.

Entre le moralisme chrétien et le positivisme juridique, entre la condamnation éthique et l'observation acritique, la doctrine des privatistes a construit un étrange consensus cherchant à taire toute controverse qui pourrait, à terme, poser la question fondamentale de l'égalité et de la non-discrimination au sein du droit de la famille.

1. Jean Carbonnier, *Le PACS, Droit civil, 2 : La famille, l'enfant, le couple*, PUF, « Thémis droit privé », 20^e éd. refondue, Paris, 1999.

2. La façon de faire est parfois plus que surprenante. Ainsi, Alain Supiot compare la revendication d'égalité des sexualités menée par les homosexuels à l'entreprise nazie : in « La fonction anthropologique du droit », entretien dans la revue *Esprit*, février 2001 (p. 13-14).