HAL
open science

La surveillance juridique des pratiques sexuelles légitimes

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. La surveillance juridique des pratiques sexuelles légitimes : L'institution de la norme conjugale. Didier Fassin; Dominique Memmi. Le gouvernement des corps, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2004, 2-7132-1822-5. hal-01238638

HAL Id: hal-01238638

https://hal.science/hal-01238638

Submitted on 6 Dec 2015

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

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

26. Ce débat a été étudié plus en détail dans Lilian Mathieu, « Prostituées et féministes en 1975 et 2002 : l'impossible reconduction d'une alliance », *Travail, genre, société*, nº 10, 2003.
27. Propos de Margaretha Wimberg, ministre suédoise de l'Égalité des sexes, cités dans l'*Appel à entrer en résistance contre l'Europe proxénète.*
28. Tel l'adjoint à la sécurité de la mairie de Paris, le socialiste Christophe Caresche, qui se déclarait favorable à cette option dans *Le Monde* du 12 juillet 2002 : selon lui, *« Il existe des prostituées parce qu'il y a une demande. Si on supprime cette demande, l'offre s'appauvrira. »*
29. Signalons qu'un cas de répression des clients de prostituées a été introduit dans le droit français par le gouvernement Jospin sous la forme de l'article 225-12-1 du Code pénal qui punit de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende *« le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle »*. Depuis la loi sur la sécurité intérieure, est puni des mêmes peines *« le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »*.
30. Sauf poussées de ce que les sociologues désignent sous le terme de *moral panics*, à l'exemple de la « rumeur d'Orléans » (accusant des commerçants juifs d'enlever des jeunes filles pour les livrer à des réseaux de prostitution), étudiée en son temps par Edgar Morin.
31. Les rares études disponibles tendent à contester l'idée d'une totale hétéronomie des prostituées migrantes, dans bien des cas moins victimes et davantage actrices de leur migration et de leur prostitution que le laissent entendre les discours abolitionnistes ; cf. notamment Rutvica Andrijasevic, « The Differences Borders Make : (Il)legality, Migration and Trafficking in Italy among Eastern European Women in Prostitution », *in* S. Ahmed, C. Castaneda, A. Fortier, M. Sheller (eds.), *Uprootings/Regroundings : Questions of Home and Migration*, Berg, 2003.
32. Voir notamment la recommandation 1325 (1997) relative à la traite des femmes et à la prostitution forcée dans les États membres du Conseil de l'Europe.
33. M.-V. Louis, « L'Union européenne va-t-elle nous faire vivre dans une Europe proxénète ? », *Le Monde*, 10-11 mai 1998.
34. M.-V. Louis, « Pour construire l'abolitionnisme du XXIe siècle », *art. cit.*
35. S. Pryen, *op. cit.*, p. 39.
36. Cf. par exemple M.-V. Louis, « Le corps humain mis sur le marché », *Le Monde diplomatique*, mars 1997.

La surveillance juridique des pratiques sexuelles légitimes

L'institution de la norme conjugale

Daniel Borrillo

La neutralité éthique de l'État moderne implique de placer la volonté individuelle au sein du système moral pour lequel toute pratique sexuelle engagée entre adultes consentants doit être considérée sur le même plan de légitimité [1]. Et pourtant, loin de cristalliser cet idéal de liberté et de pluralisme, le droit français contemporain organise une hiérarchie des actes sexuels et des sexualités. L'érotisme, aussi bien dans sa matérialité que dans ses représentations, ne relève nullement de la notion de « vie privée », soustraite donc à la sphère publique. L'État devient le principal promoteur d'un comportement autour duquel les autres pratiques s'articulent et s'agencent dans un ordre des sexualités. En ce sens, la « pénétration pénis-vagin », placée au centre des représentations sexuelles, constitue le canon permettant de mesurer les autres sexualités « périphériques ». Cette idéologie de la suprématie du coït hétérosexuel monogame à finalité reproductive est constamment (re)produite par la jurisprudence et la doctrine des juristes. L'autonomie de la volonté cesse ainsi d'être le fondement de la légitimité des unions. Elle est remplacée par une supposée condition d'hétérosexualité, présentée comme consubstantielle à l'alliance la plus parfaite : le mariage.

Au-delà du champ juridique, le débat autour du pacte civil de solidarité (Pacs) a également donné une occasion politique

de rappeler cet ordre des sexualités [2]. La question de l'égalité, c'est-à-dire l'accès au mariage civil pour les unions de même sexe, fut sciemment esquivée. Le gouvernement et les parlementaires n'ont cessé de manifester leur attachement au modèle familial classique en évitant soigneusement de mettre en question la « nature hétérosexuelle » de l'institution matrimoniale. Loin d'en finir avec une inégalité, le Pacs s'accommode bien de cette hiérarchie des sexualités dans laquelle le mariage garde sa place au sommet de la pyramide des conjugalités [3]. Le Pacs ne modifie nullement le droit de la famille, il ne change ni l'état civil des partenaires, ni la dévolution successorale, ni encore moins les règles qui gouvernent la filiation. Il n'ouvre pas droit au regroupement familial et ne garantit pas la libre circulation internationale des couples, ni le séjour du partenaire étranger. Les rapports de l'Observatoire du Pacs montrent bien les lacunes et les insuffisances de la loi, qui consacre néanmoins la vie de couple. Comme le mariage, le Pacs participe d'une forme spécifique de gouvernementalité des sexualités [4] et tout particulièrement de l'homosexualité, non plus pour la condamner mais pour la placer dans un rang de subordination formelle. Ainsi, l'espace de la discrimination n'a fait que se déplacer du droit pénal (avec la décriminalisation de l'homosexualité) au droit civil et particulièrement au droit civil de la famille.

Dans le cadre du droit contemporain, le gouvernement des sexualités est assuré non seulement par la loi mais aussi et surtout par les interprétations jurisprudentielles et par les commentaires doctrinaux. Si la source légale semble souvent suivre les évolutions sociales et parfois même les précéder [5], les juges (en particulier ceux d'instances suprêmes) et la doctrine (surtout celle des spécialistes du droit de la famille) assument en revanche le rôle des gardiens de l'orthodoxie sexuelle [6]. La formulation abstraite et apparemment neutre du Code civil voit son sens réel révélé dans les applications concrètes faites par les magistrats et par les interprétations officielles délivrées par les professeurs de droit.

Volonté *vs* corporéité

Le Code Napoléon est souvent présenté comme un monument libéral. Sa nature « désincarnée » place la volonté individuelle au centre du système juridique. Inspiré du droit romain, le libéralisme juridique a fait de la personne, et non pas de l'être en chair et en os, l'élément central de la *ratio juris*. Comme le note Jean Pierre Baud, *« c'est la désincarnation du droit qui permit de substituer à la sauvagerie de pratiques qui ligotait magiquement les corps un discours rationnel sur les relations juridiques »* [7]. Ainsi, en construisant la notion de personne, le droit romain s'est débarrassé aussi bien de l'âme que du corps pour s'occuper d'une entité abstraite, d'un centre d'imputation normative, autrement dit d'un sujet titulaire de droits et d'obligations. Ce fut le retour à cette conception romaine de la personne juridique, censurée tout au long de l'Ancien Régime, qui caractérisa le droit moderne.

À la différence du système romain qui n'avait pas besoin de la nature pour légitimer son action sur les rapports sociaux, le Moyen Âge imposa une forme ordalique des relations humaines en particulier dans le domaine de la famille. D'une part, concernant l'alliance, la *copula carnalis* complétait le consentement des époux [8]. En effet, c'était non seulement la volonté mais aussi et surtout la consommation, l'accouplement des corps masculin et féminin qui, pour l'ordre canonique, permettait la consécration du mariage. D'autre part, la filiation adoptive, institution très répandue à Rome [9], fut interdite tout au long de l'Ancien Régime pour être finalement restaurée à la Révolution. Pour le droit canonique, seuls les liens de sang autorisaient l'établissement d'une relation filiale. La vérité était à chercher dans le corps par l'accouplement des époux et par l'appartenance légitime à une famille, déterminée par la communion de sang.

La Révolution, en revenant au paradigme romain, mit en place un véritable processus de désacralisation des institutions familiales, une entreprise qui n'a été suivie que très partiellement par le Code Napoléon. À la différence du droit canon, le droit civil ignore l'obligation d'entretien de relations sexuelles dans le mariage. Le Code civil y fait néanmoins référence

d'une façon pudique. La formule de l'article 215, *« les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie »*, implique une double dimension : vivre ensemble (même si depuis 1975 les époux peuvent avoir des résidences séparées) et entretenir des rapports sexuels. Autrement dit, la communauté de vie signifie communauté de toit et communauté de lit. Cette dernière, en tant que devoir de cohabitation charnelle, n'est pourtant pas expressément mentionnée dans le Code civil. Ce n'est que d'une manière indirecte que la loi y fait référence [10]. En revanche, la jurisprudence a organisé une véritable orthodoxie sexuelle au sein de l'institution matrimoniale présentée comme référence des sexualités et idéal à atteindre.

Les pratiques sexuelles cantonnées dans le mariage ne renvoient nullement au désir ou au plaisir. Il ne s'agit pas de l'exercice d'une liberté qui serait laissée à l'imagination des conjoints mais d'une exigence morale et physique prescrite par la norme et rappelée incessamment par la doctrine. Ainsi, le juriste Jean Hauser, lors du débat sur la reconnaissance des couples de même sexe soulignait [11] : *« À 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* [...] *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* [12]. » La différence à laquelle fait référence le juriste est celle relative à l'incapacité biologique du couple homosexuel à procréer par les *« moyens naturels »*. Ainsi, puisqu'ils ne peuvent pas se reproduire *« naturellement »*, ils ne doivent pas le faire *« juridiquement »*. Ce passage du constat empirique vers la consécration normative, ce glissement de l'être vers le devoir être permettrait de justifier le refus des droits de filiation aux unions de même sexe. Or, le droit moderne n'a pas besoin d'une quelconque justification empirique pour fonder l'organisation de ses institutions : la filiation est un lien juridique qui ne se confond pas avec celui de la reproduction biologique.

En effet, la dissociation entre engendrement et filiation permet de tracer une ligne de partage entre deux situations qui ne se juxtaposent pas nécessairement. Dans le cas d'un conflit entre ces deux dimensions, le droit fera prévaloir l'une d'entre elles. Entre le fait biologique de la reproduction et l'institution juridique de la filiation, c'est toujours cette dernière qui détermine la nature et la qualité du lien. La dimension culturelle cristallisée dans la norme juridique ne peut pas se confondre avec la matérialité déterminée par le biologique. Le droit n'a pas comme fonction de transcrire une réalité supposée s'imposer à lui. L'accouchement sous X et l'adoption représentent, en ce sens, deux exemples fort significatifs. Ce n'est pas une contrainte naturelle qui noue le lien entre l'adulte et l'enfant, mais une manifestation de la volonté. Dans le premier cas, une femme, malgré sa qualité de génitrice et nonobstant l'accouchement, n'a pas le statut de mère. Dans le second cas, à l'inverse, l'adoptant devient parent tout en étant complètement étranger à la « fabrication » génétique et biologique de l'enfant. Cette indépendance du droit par rapport au fait lui permet d'organiser un régime familial en fonction d'une logique autonome. Certes, les faits peuvent être à l'origine d'un lien juridique mais il faut encore que cette situation soit prévue par la loi.

Un modèle officiel pour la sexualité

Dans le modèle officiel, la sexualité matrimoniale prend donc la forme d'un devoir (le *debitum conjugale*) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint. L'article 215 qui oblige mutuellement les époux à une communauté de vie, se complète avec l'article 212 du Code civil : *« Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. »* Si l'adultère a perdu de sa gravité (surtout depuis sa dépénalisation en 1975 et de la fin de sa qualité de cause péremptoire de divorce [13]), le juge peut néanmoins considérer qu'il constitue une faute

imputée à l'un des conjoints et susceptible d'entraîner le divorce (lorsque l'acte adultérin n'est pas accompagné de connivence ou de réciprocité) [14].

Toutes les sociétés occidentales ont condamné les rapports sexuels hors mariage, mais elles l'ont fait pour des raisons fort différentes. Ainsi, en droit romain, l'adultère était puni non pas comme manquement à une obligation morale, mais du fait qu'il portait atteinte à la domination de l'homme sur la femme ou, pour cette dernière, du fait qu'elle était susceptible d'introduire ainsi un bâtard dans la lignée familiale. C'est la morale chrétienne qui a permis de condamner l'adultère du mari avec la même rigueur que celui de la femme. Pour le paradigme catholique et en dehors du cadre de la reproduction et de la lutte contre la concupiscence, les relations sexuelles entre époux peuvent toujours constituer une faute. Comme le souligne Jean-Louis Flandrin, *« toute recherche du plaisir en mariage fait de l'accouplement un adultère »* [15]. Cette constatation historique continue à produire aujourd'hui des effets juridiques lorsque l'un des époux invoque les pratiques sexuelles hétérodoxes de l'autre comme motif de divorce.

Puisque c'est le mariage qui détermine la règle, c'est exclusivement au sein de celui-ci que peut se générer l'infraction. Ainsi, la figure de l'adultère n'est applicable qu'aux individus mariés. Il n'y a pas d'adultère possible au sein du concubinage ou au sein du Pacs, l'obligation de fidélité étant absente de ces derniers. De même, ce n'est qu'entre personnes de sexes différents que l'adultère peut se concrétiser. Une abondante jurisprudence a établi qu'il n'y pas d'adultère (mais injure) lorsque la femme entretien des relations ambiguës et équivoques avec une autre femme ou lorsqu'un homme a des rapports sexuels avec un autre homme. Par ailleurs, le sexe n'est pas un élément indispensable dans la qualification de l'adultère. Comme l'acte matériel ne l'était pas non plus dans la qualification de la faute, la volonté d'accomplir l'acte, le désir de « pécher », constitue en tant que tel le vice de concupiscence. Même une relation spirituelle entre une femme et son évêque, relation dépourvue de toute connotation ambiguë, mais considérée par le juge comme trop intense et trop régulière, fut retenue comme cause d'un divorce pour adultère [16]. La notion d'adultère (relation hétérosexuelle, physique ou spirituelle) devient ainsi un instrument permettant d'assurer une exclusivité non seulement sexuelle mais aussi phénoménologique.

Si l'excès de passion est condamné, le refus d'entretenir de rapports sexuels avec son conjoint ou au contraire la contrainte de relations trop fréquentes constituent aussi des fautes [17]. D'une part, dans une décision du 25 juin 1970, le tribunal de grande instance de Dieppe a condamné un mari qui soumettait son épouse à plusieurs actes sexuels quotidiens (trois coïts par nuit) *« au point de la rendre malade »*. D'autre part, la Cour de cassation prononça un divorce aux torts d'un conjoint qui était dans *« l'incapacité à faire face aux devoirs de mari »* [18]. Les juges deviennent ainsi les garants d'un équilibre sexuel situé au juste milieu entre l'excès et la carence.

Le devoir de fidélité subsiste même après une séparation de corps. En effet, en cas d'adultère, un divorce par consentement mutuel peut être reconduit en divorce pour faute si l'un des conjoints prouve que l'autre entretenait des rapports sexuels avec un tiers avant que le jugement de divorce ne soit prononcé. Il ne s'agit donc pas seulement de façonner des pratiques ou des actes mais aussi de construire un cadre idéal dans lequel ces pratiques doivent se dérouler. En quelque sorte, il n'est pas seulement question de fabriquer des corps mais aussi de subjectiver des consciences et d'encourager un certain type de représentation de l'activité sexuelle.

Le devoir conjugal en tant qu'obligation d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint a ainsi été l'objet d'une réglementation très minutieuse de la part de la jurisprudence. Historiquement, la mise en place de cette obligation et la façon dans laquelle elle s'opère a été articulée autour de la différence de sexes, de la hiérarchie de genres et de la finalité reproductive de l'accouplement. La pénalisation très tardive du viol entre époux (mettant fin à une jurisprudence récalcitrante) [19] montre bien que, pour les juges, il ne s'agissait pas tant de protéger la libre volonté des conjoints que de réactualiser une orthodoxie dans les pratiques et les

représentations sexuelles. Le consentement au mariage présupposait que la femme avait donné son accord à la pénétration vaginale par son époux pour toujours.

Par un véritable contrôle des actes sexuels, la jurisprudence a donc construit un modèle de la sexualité légitime qui, malgré d'importantes évolutions, irradie encore notre droit positif. Prenant comme socle l'alliance hétérosexuelle monogame, la jurisprudence s'est attachée à poser une véritable police des corps des conjoints. Les gestes, les postures sexuelles, la fréquence dans les relations et les formes de pénétration furent analysées et sanctionnées par les juges dans le cadre des contentieux matrimoniaux. Ainsi, dans une décision du 19 novembre 1997, la Cour de cassation valide un divorce pour faute prononcé à partir d'un témoignage relatant *« la position non équivoque dans laquelle l'épouse et son amie ont été surprises, en bordure de mer dans les bois du Plantin alors qu'elles étaient soi-disant parties jouer au tennis »* [20]. Par ailleurs, concernant la fréquence de l'acte sexuel, le tribunal d'instance de Saintes établit que *« la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine »* [21]. Une décision de la Cour de cassation du 8 octobre 1970 considère fautif un mari qui impose à sa femme des *« pratiques injustifiées »*. Comme le note J.-P. Branlard, *« c'est une manière feutrée et allusive pour parler de la sodomie* (anal coitus), *de la fellation* (coitus ab ore) *et autres emballements de la nature »*. Si la qualification criminelle de viol fut refusée par la justice jusqu'aux années 1980, lorsque celui-ci avait lieu dans le mariage, en revanche la sodomie était ainsi condamnée en tant qu'elle constituait pour les juges un attentat aux mœurs [22]. Cette situation montre bien que ce n'était donc pas l'échange de volontés libres qui déterminait la légitimité du lien mais l'utilisation dans l'acte sexuel du *« vase idoine »* (le vagin), comme le désignait la terminologie théologique. Le même acte sexuel consenti pouvait produire des conséquences juridiques radicalement opposées : s'il se perpétrait par-devant, il se trouvait dépourvu d'effets pénaux, en revanche s'il se faisait par-derrière, l'acte pouvait devenir un délit.

La finalité reproductive (réelle ou potentielle) des pratiques sexuelles a toujours constitué une préoccupation majeure du droit. Ainsi, a été considéré comme injurieux le fait d'avoir effectué une interruption volontaire de grossesse contre la volonté du mari [23]. De même a été estimé fautif le refus de paternité et la demande insistante d'interruption de grossesse à sa femme enceinte [24]. Tout au long du débat sur le Pacs, certains juristes n'ont cessé de rappeler que la différence « objective » entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel était à chercher dans la vocation procréatrice de ce dernier. D'après cette doctrine, l'aboutissement « normal » de la vie du couple, c'est l'accueil des enfants. Comme le note F. Goudu : *« N'y a-t-il pas un abus de minorité* (de la part des homosexuels) *dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction mais pour un comportement sexuel,* (pour lequel) *il peut sembler qu'il y a une véritable indiscrétion* [25]. »

La « pénétration pénis-vagin » à fréquence modérée et dans le cadre de la relation monogamique [26] doit également être dépourvue de tout échange monétaire. Le mariage et la prostitution constituent les deux pratiques sexuelles régulées par le droit. Ce n'est que dans le mariage et dans la prostitution que le sexe se rend juridiquement explicite. Cela se fait certes d'une manière fort différente mais on ne cessera pas de s'étonner des réactions très hostiles vis-à-vis de la prostitution alors que, librement consentie, elle demeure à certains égards moralement supérieure au mariage, lequel dans son état actuel, limite extrêmement la marge de la liberté sexuelle des époux. À la différence de la prostitution, dans laquelle le prix est stipulé librement au sein d'une relation contractuelle, il ne peut avoir dans le mariage que des gestes gratuits, des donations qui, par ailleurs, sont toujours révocables et de ce fait dépendantes de la continuité du lien. La rémunération pour un service sexuel de la femme ou de la concubine est considérée nulle et contraire à l'ordre public. Cette pratique sexuelle sans concurrence (monogamie) dépourvue de prix et censée perdurer *ad vitam* doit, de surcroît, être fondée sur l'amour. Comme le signale C. Labrusse-Riou : *« pour vivre en mariage et en honorer les devoirs, fidélité, secours, assistance, communauté de vie, il faut, en fait, beaucoup plus d'amour que le droit présume…* [27] »

La différence des sexes demeure

Dans le panorama des pratiques sexuelles légitimes, une évolution est néanmoins perceptible. En effet, les décisions concernant le devoir conjugal s'occupent moins de la manière dont celui-ci s'accomplit que de l'accomplissement lui-même. Autrement dit, la façon d'exécuter l'obligation est davantage laissée à l'appréciation des partenaires. Si progressivement la liberté sexuelle semble gagner du terrain, en revanche la nature hétérosexuelle de l'union demeure l'élément constitutif de la légitimité du lien. Les relations sexuelles et même les amitiés spirituelles entre personnes du même sexe sont considérées par les juges comme attentatoires aux devoirs conjugaux – en particulier au « respect dû au conjoint » – et deviennent systématiquement la cause d'un divorce pour faute. Avec presque quatre-vingt-dix ans d'écart la jurisprudence continue à considérer qu'une *« relation au moins sentimentale du mari avec un autre homme porte atteinte à la fidélité et à la loyauté dues pendant le mariage »* [28], ou encore que *« l'entretien avec un ami des relations présentant un caractère de communion spirituelle d'un homme avec un autre »* constituent des injures graves pour l'autre conjoint. Dans le même esprit, en 1905, la cour d'appel de Bourges retenait que *« l'immoralité de l'acte contre nature est compliquée par un élément étranger à la passion naturelle d'un sexe pour l'autre et au mouvement physiologique de l'être humain et que cet acte n'a rien de commun, avec la satisfaction de la passion naturelle, laquelle, échappe à l'article 334 »* [29].

De nos jours, et malgré la suppression de toute répression pénale, l'homosexualité demeure un comportement infamant [30]. Ainsi, pour les tribunaux, traiter quelqu'un d'homosexuel constitue une diffamation condamnable, car *« l'homosexualité est contraire à l'honneur et à la considération »*. En revanche, il est sans conséquences juridiques de porter un jugement péjoratif sur l'homosexualité comme le fit cet évêque de Strasbourg qui avait un jour exprimé son sentiment en ces termes : *« Je respecte les homosexuels comme je respecte les infirmes. Mais s'ils veulent transformer leur infirmité en santé, je dois dire que je ne suis plus d'accord »*. Poursuivi pour diffamation, l'homme d'Église n'en fut pas moins relaxé et les plaignants condamnés, les juges estimant *« qu'il appartient à l'homosexuel, et à lui seul, de révéler sa condition, tout en sachant que celle-ci est considérée comme anormale pour une partie du public »* [31].

Au terme d'une étude de la jurisprudence française [32] entre 1986 et 1990, on constate qu'il ne s'agit pas tant de condamner les actes d'infidélité du mari, mais plutôt de punir son homosexualité. La cour d'appel de Rennes [33] établit en ce sens que *« l'homosexualité du père est contraire à l'intérêt des jeunes mineurs »*, en considérant que cette situation peut *« gravement perturber les enfants »*. S'appuyant sur ce trait de la personnalité du père, la cour lui refuse *« tout droit d'hébergement des enfants »*, considérant que *« ses relations homosexuelles sont immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur les jeunes mineurs »*. Pour les mêmes motifs la cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 20 juillet 1988, attribue l'exercice de l'autorité parentale au père pour des *« motifs graves »*, c'est-à-dire l'homosexualité de la mère *« ayant entraîné une perturbation psychologique des enfants »*. Cet argument revient systématiquement : l'homosexualité étant par nature répréhensible et condamnable, il est nécessaire d'en préserver les enfants [34]. En 1986, la chambre civile de la cour d'appel d'Orléans prononce un divorce aux torts et partage en retenant contre le mari *« des brutalités, une privation de nourriture infligée à la conjointe, son homosexualité »* [35]. Dans le même sens, la décision de la cour d'appel d'Agen, sur la réglementation du droit de visite des enfants, est aussi très significative. En effet, la cour admet au père homosexuel le droit de visite et d'hébergement des enfants mais à condition qu'il exerce son droit *« hors la présence d'un tiers »* (son amant du même sexe) et *« avec une attitude digne d'un père de famille excluant tout comportement féminisé »* [36]. Ainsi, pour la justice, un bon père de famille doit être, ou du moins paraître, un bon mâle.

D'une façon plus générale, même en dehors du contentieux conjugal, toute allusion et même le soupçon d'homosexualité constituent pour les juges une infamie. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris considère que c'est un préjudice pour un *« modèle membre d'une équipe*

sportive » de faire publier son image sur la couverture d'un magazine homosexuel. Même s'il s'agit de fictions littéraires, l'homosexualité est couverte d'opprobre par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation [37] *« a retenu souverainement l'existence d'un préjudice subi par les parents d'une adolescente dont la mort violente a donné lieu à une information judiciaire et dont on a fait le personnage principal d'un roman, a pu déduire que l'auteur de ce roman avait commis une imprudence (même en absence de diffamation ou d'atteinte à la vie privée) en présentant, comme il l'avait fait, son héroïne, spécialement en lui prêtant des tendances homosexuelles, et que cette faute était en relation de cause à effet avec le préjudice »*. En elle-même, l'insinuation d'homosexualité constitue un tort [38].

Dans une analyse de cinquante décisions rendues entre 1983 et 1999, Th. Formond démontre également comment l'invocation de l'homosexualité demeure une constante dans les jugements de divorces pour faute. Dans la logique jurisprudentielle, ce n'est pas la figure de l'adultère qui permet de qualifier la faute mais celle de l'injure grave. Le mot *« homosexualité »* apparaît de nos jours à côté de *« sévices et injures graves » (Gazette du Palais)* ou *« relations injurieuses avec un tiers » (Jurisclasseur civil)* et, indépendamment des propos des juges, les revues se permettent de classer les affaires liées à l'homosexualité parmi les *« atteintes portées à la dignité et à l'honneur du conjoint »*, les *« habitudes déshonorantes »* ou encore les *« habitudes contraires à la morale sexuelle »* [39]. Ce raisonnement montre bien que ce n'est pas tant l'infidélité homosexuelle qui est condamnable mais la blessure morale que celle-ci représente pour l'autre conjoint. Indépendamment des conséquences adultérines, l'homosexualité est condamnée en tant que telle comme n'importe quel autre « vice ». Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans une décision du 26 mai 1999 a prononcé le divorce aux torts exclusif du mari du fait de *« son alcoolisme et de ses aventures homosexuelles »* [40]. Sans aller jusqu'aux « aventures », la seule manifestation verbale de sa propre homosexualité devient également une injure à l'égard de la femme. En effet, la cour d'appel de Besançon considère que *« le mari qui revendique son homosexualité en affirmant qu'il n'entendait pas agir dans le secret ne peut ignorer les conséquences de son comportement sur la vie affective et professionnelle de son épouse »* [41]. Ou encore les agissements d'une femme qu'entretenait une correspondance amoureuse avec une autre femme habitant au Vietnam ont été considérés non pas comme un *« adultère intellectuel »* (pour reprendre l'expression consacrée par la doctrine) mais comme une injure à l'égard du mari [42].

À la différence des autres figures, l'homosexualité constitue par elle-même et indépendamment de ses effets, une injure. Même s'il remplit parfaitement ses obligations conjugales, les juges considèrent que *« l'homosexualité d'un conjoint est très difficilement supportable et constitue une violation grave et renouvelée des obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune »* [43]. Qui plus est, d'après la jurisprudence, l'homosexualité est en elle-même un préjudice moral susceptible de dédommagement.

Fonction politique du mariage

Le débat politique autour du Pacs nous a permis de constater la prégnance de ce modèle, en même temps que d'en vérifier la cohérence. Il pourrait même constituer une cristallisation extrême de ce que nous venons de mettre en valeur car la jurisprudence ne détient pas le monopole de la promotion des pratiques hétérosexuelles. D'autres acteurs, dont maints politiques, ont assumé à l'occasion ce rôle. En effet, à la fin des années 1990, tout au long du débat sur la reconnaissance des unions de même sexe, la figure du mariage a permis d'établir les limites des revendications possibles. La droite et la gauche furent d'accord pour considérer que le mariage devait être préservé en l'état, c'est-à-dire par essence hétérosexuel. La suprématie matrimoniale ainsi que sa nécessité symbolique a fait largement consensus dans un monde politique conforté par les spécialistes du droit de la famille. Ainsi, F. Dekeuwer-Défossez s'est prononcé non seulement contre le droit au mariage pour les couples de même sexe mais aussi contre le concubinage. Avant le vote de la loi sur le Pacs, la juriste affirmait : *« Ces demandes émanent, par hypothèse, surtout de personnes qui ne peuvent pas se marier, au premier rang*

desquels les couples homosexuels. Le choix du modèle utilisé pour créer le cadre propice à la satisfaction de leurs revendications est infiniment délicat. Les projets déjà présentés sont tellement modelés sur le mariage [...] *qu'ils se sont attirés de critiques justifiées : si l'on englobe le couple homosexuel dans une notion générique de concubinage calquée sur le mariage, on lui reconnaît implicitement la qualité juridique de couple ou de famille, et l'on ouvre la voie à des revendications relatives aux PMA et à l'adoption* [44]. » Convoquée en tant qu'experte des questions familiales, I. Théry affirmait, dans le même sens : « *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.* » Certains juristes iront jusqu'à invoquer le droit canonique : B. Beignier considère que « *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* » [45]. Le 6 juin 1998, le président de la République lui-même est intervenu dans le débat : « *Il ne faut pas prendre le risque de dénaturer le droit au mariage, ni de le banaliser, en mettant sur le même plan d'autres réalités humaines de notre temps, qui conduisent bien loin des valeurs fondamentales de la famille.* »

Dans le monde politique, les points de désaccord se trouvaient non pas dans le Pacs lui-même, mais plutôt dans les dérives que cette loi pouvait entraîner. Lorsque la droite accusait la gauche de vouloir ouvrir le mariage aux couples de même sexe, cette dernière rassurait ses opposants en mettant l'accent sur la différence entre le mariage et le Pacs. « *Le Pacs est un contrat*, expliquait la ministre de la justice Élisabeth Guigou. *Il apporte une réponse pragmatique et équilibrée qui ne bouleverse pas l'ordre juridique et social* [...]. *Le Pacs n'est ni un mariage bis ni un quasi-mariage* [...] *car rien ne vaudra le statut du conjoint pour ceux qui recherchent le maximum de sécurité juridique et de stabilité* [...] *Le Pacs est radicalement différent du mariage parce qu'il n'est pas question, ni aujourd'hui ni demain que deux personnes physiques quel que soit leur sexe puissent se marier* [46]. » Et la ministre de nous rappeler : «... *le mariage c'est l'union entre un homme et une femme ; c'est l'institution qui articule la différence de sexes* [...] *Comme je l'ai clairement affirmé à diverses reprises. Il ne saurait être question de décalquer le mariage, car ce serait lui porter atteinte et l'institution que représente le mariage – il nous faut évidemment le préserver car il est le fondement même de notre société* [...]. *Tels sont les traits caractéristiques du pacte civil de solidarité qui, comme vous le constatez, diverge profondément du mariage et n'interfère en aucune manière avec le droit de la famille* [47]. » De même, « *l'argument selon lequel le Pacs concurrencerait le mariage n'est donc pas recevable, affirme le rapport parlementaire à l'origine de la loi. Rien ne vaudra le statut de conjoints pour ceux qui recherchent un maximum de sécurité juridique...* » [48]. D'après les défenseurs de la loi, cette absence de concurrence avec le mariage est d'abord et surtout le produit d'une différence de nature. Le rapporteur explique que le mariage est un engagement institué, liant le couple à la filiation par la présomption de paternité [49]. Durant le débat, aussi bien le gouvernement que le groupe socialiste se sont ainsi efforcés de démontrer que le Pacs ne mettait nullement en danger l'institution du mariage, laquelle conserve et doit conserver sa qualité et son utilité sociale. « *Le Pacs ne modifie pas le droit de la famille* [...]. *Il constitue avant tout un encouragement à la stabilité des couples en ce qu'il implique un engagement absent de l'union libre, sans pour autant se substituer au mariage* [50] [...] *Le Pacs et le mariage ne doivent pas être confondus* », a répété avec insistance la seule députée de droite favorable à la loi [51].

La rhétorique n'a pas semblé suffire. Face aux soupçons de la droite, le gouvernement socialiste de l'époque s'est donc livré à une véritable entreprise de « dématrimonialisation » du Pacs. Il fallait modifier ou faire disparaître tous les éléments le rapprochant de l'institution matrimoniale : la mairie fut remplacée par le tribunal d'instance comme lieu d'enregistrement du contrat ; la référence à l'autorité parentale partagée, présente dans les premières propositions, fut supprimée ; des délais spécifiques, inexistants pour le mariage, ont été introduits dans le Pacs ; l'absence des droits extrapatrimoniaux ainsi que la différence sur l'abattement fiscal sont également des phénomènes extrêmement significatifs. Qui plus est, à trois jours du débat parlementaire, le

groupe socialiste vota un amendement, sans lendemain, en faveur de l'extension du Pacs aux frères et sœurs [52]. Une fois que le Pacs se sera *« détaché du complexe matrimonial, lorsqu'il se tiendra clairement à distance du mariage, il cessera d'être un concurrent pour devenir son meilleur complice car il ne fera que le renforcer »* [53].

L'hypothèse selon laquelle le mariage doit être compris comme une institution sociale véhiculant une politique des sexualités semble expliquer cette entreprise. D'une façon plus ou moins euphémisée, revêtue du langage théologique ou prenant les habits de la psychanalyse ou de l'anthropologie [54], cette politique consiste en l'encouragement de l'hétérosexualité en tant que modèle sexuel. Attribut nécessaire du mariage, la différence de sexe a été présentée simultanément comme relevant de l'ordre naturel et de l'ordre symbolique. Ces invocations poursuivaient une double finalité, d'une part soustraire du débat politique la question de l'égalité des couples homosexuels et, d'autre part, donner une garantie « naturelle » (hors de la délibération démocratique) à la réforme juridique des conjugalités ouverte par le Pacs.

Ce n'est donc pas autour de la pénalisation directe de l'homosexualité que s'organise le gouvernement des sexualités, mais au moyen du contrôle d'accès aux prérogatives disponibles dans l'univers des conjugalités. Autrement dit, ce n'est plus la loi pénale qui fonctionne comme instrument de régulation mais la loi civile. Presque personne n'a prétendu revenir sur la dépénalisation de l'homosexualité mais presque personne n'a pas non plus dénoncé le refus du droit civil au mariage pour tous indépendamment du sexe des partenaires [55]. En réservant le mariage aux seuls couples de sexe différent, le droit civil institue la pratique hétérosexuelle comme la seule capable de constituer une référence sociale. Ainsi, en tant que coutume érotique supposée réactualiser la différence des sexes, l'hétérosexualité est présentée non seulement comme naturelle mais aussi comme culturellement nécessaire. Les deux rapports rendus au gouvernement français de l'époque concernant une future réforme du droit de la famille [56] s'accordaient sur la considération que seuls les couples parentaux et les conjoints pouvaient constituer une famille. Les unions homosexuelles sont formellement exclues car les reconnaître comme étant une famille mettrait en danger les principes mêmes de l'organisation symbolique de la société et la structuration psychique de l'individu. De même, C. Labrusse-Riou affirme : *« La structure du mariage en Occident remonte à plus de 2 000 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* [...] *Mais le mariage qui, en l'état implique la différence des sexes, n'est pas fait pour eux (les homosexuels) car le statut matrimonial est également construit en fonction des enfants et pour eux* [...] *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* [57] ? » Et le juriste P. Legendre va plus loin en affirmant : *« Toutes les générations ont leurs impostures. L'homosexualisme en est une* [...] *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 »* [58]. La violence des propos montre bien l'incapacité à penser le droit du mariage autrement que dans sa « substance » hétérosexuelle. Loin de représenter une attitude subjective des tenants de la pensée réactionnaire, une telle nervosité va au-delà de la simple aversion de l'homosexualité. La mise à mal du principe de la complémentarité des sexes semble déstabiliser aussi la fonction normalisatrice du mariage hétérosexuel.

Le mariage comme institution de l'usage justifié des organes génitaux et des fantasmes sexuels et en tant qu'espace de la sexualité la plus légitime détermine le modèle en construisant par ce même geste l'anormalité. Plus qu'une alternative à la liberté individuelle, il apparaît comme un instrument politique de régulation des sexualités. Le rapport hétérosexuel régulier exclusif et monogame à finalité reproductive, fondé sur l'amour dessine les frontières en dehors desquelles sont renvoyées toutes les autres formes de rapport sexuel et affectif. En effet, la différence de sexes en tant que condition *sine qua non* du mariage définit la prééminence des relations

hétérosexuelles. Le refus du droit au mariage pour les couples de même sexe implique surtout la non-acceptation d'une équivalence possible entre homosexualité et hétérosexualité. Le devoir conjugal fait des pratiques sexuelles une contrainte à assumer, même dans l'absence de désir ou de plaisir. En tant que créancier d'un tel droit, le conjoint insatisfait peut demander la rupture du lien avec un dédommagement conséquent.

L'obligation de fidélité renvoie le multipartenariat à la catégorie de la promiscuité. Le couple est un espace clos et les partenaires se doivent une exclusivité non seulement physique mais aussi morale et spirituelle. La monogamie étant de l'essence du mariage, elle apparaît comme un comportement doublement prescrit [59]. En ce sens, l'article 147 du Code civil énonce : *« On ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier »* et l'article 433-20 du Code pénal stipule : *« Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende. Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent. »* Par ailleurs, l'impossibilité d'une rupture unilatérale et l'obligation systématique de passer devant le juge pour obtenir un divorce (même par consentement mutuel et même en l'absence de patrimoine et d'enfants) font des pratiques sexuelles matrimoniales une relation à durée indéterminée et difficilement résiliable. L'ordre public exige de surcroît que ces pratiques sexuelles soient gratuites et fondées sur l'amour, au risque du soupçon de prostitution. Enfin la finalité reproductive des actes sexuels constitue encore l'idéal : le refus d'assistance médicale à la procréation pour les célibataires ou les couples de même sexe ainsi que l'impossibilité d'adoption conjointe pour ces derniers montrent bien que le droit « doit » imiter la nature et réserver l'origine des filiations aux coïts hétérosexuels féconds et, lorsque cela devient impossible, essayer de faire une mise en scène qui puisse laisser croire que ce coït a effectivement eu lieu (PMA avec donneur par exemple) [60].

Étrange paradoxe, donc, d'un droit qui se pense respectueux de la volonté individuelle, habité par la notion de consentement, essentiellement laïc, et qui, pourtant, laisse une place si étroite aux individus pour organiser leurs vies intimes. Face au dispositif idéal de liberté et égalité, le droit civil du mariage demeure une zone d'ombre non négligeable par l'insistant et opiniâtre gouvernement des corps qu'il constitue encore aujourd'hui. La fin de la faute comme cause de divorce, la mise à l'écart de la différence de sexes comme condition *sine qua non* du mariage, la possibilité de se séparer sans l'intervention d'un juge ainsi que l'ouverture de la filiation aux couples de même sexe constituent les réformes nécessaires pour l'institutionnalisation d'un mariage et d'une famille fondés sur le libre choix et la volonté individuelle et non pas sur les compétences procréatrices ou sur une quelconque garantie naturelle ou symbolique.

NOTES

1. I. Primoratz, *Ethics and Sex*, Londres/New York, Routledge, 1999. Sur la nécessaire absence d'interférence étatique dans les choix individuels, voir également, B.A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980 ; J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.
2. D. Borrillo & P. Lascoumes, *Amours Égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, Paris, 2002.
3. D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités ? La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne », *McGill Law Journal*, vol. 46, nº 4, août 2001.
4. D. Borrillo, « Le Pacte civil de solidarité : une reconnaissance timide des unions de même sexe », *AJP, Aktuelle Juristische Praxis*, nº 3, 2001, p. 299-306. Voir également D. Borrillo, « Between Marriage and concubinage: The Civil Solidarity Pact », *in* R. Wintemute & M. Andenaes (sous la dir. de), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford, Hart Publising, 2001.
5. Comme ce fut le cas de la dépénalisation de la sodomie en 1791, situation qui n'a pas empêché les juges de continuer à réprimer l'homosexualité. Voir en ce sens l'analyse de J. Danet, *Discours juridique et perversions sexuelles*, Centre de Recherche Politiques, Université de Nantes, vol. 6, 1977.
6. D. Borrillo, « Fantasmes des juristes *vs Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » *in* D. Borrillo & E. Fassin, *Au-delà du Pacs : l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2e éd., 2001.
7. J-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Le Seuil, 1993.
8. Ainsi l'impossibilité totale ou partielle à copuler rend nul le mariage : canon 1084 du Code canonique de 1983.