



HAL
open science

La réception des revendications LGBT et des droits LGBT : un regard critique

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La réception des revendications LGBT et des droits LGBT : un regard critique. Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Félicien Lemaire; Daniel Borrillo, May 2017, Angers, France. hal-01527430

HAL Id: hal-01527430

<https://hal.science/hal-01527430>

Submitted on 24 May 2017

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.

La réception des revendications LGBT et des droits LGBT : un regard critique

Conférence de Daniel Borrillo, Colloque international « Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Université d'Angers 11/05/2017

La manière dans laquelle se sont articulées les nouvelles revendications du mouvement LGBTI dans les pays occidentaux, à partir de la fin des années 1980, correspond à un changement de paradigme sur la mobilisation politique, dû à la fois à l'irruption du sida et à la croissante globalisation.

Ce changement peut, en effet, s'expliquer à la fois par l'urgence instaurée par l'irruption du VIH et par la fin de l'utopie révolutionnaire, fruit de la mondialisation post-communiste. Ces situations ont entraîné des nouvelles formes de mobilisation pour des nouvelles revendications.

La reconnaissance des droits pour les personnes LGBTI est le résultat d'une intervention politique - aussi bien au niveau national qu'international - de plusieurs acteurs sociaux parmi lesquels, les associations de lutte contre le sida trouvent une place prépondérante. Contrairement à l'action politique des militants des années 1970, les combats des années 1990 et 2000 ne s'articulent plus autour d'une opposition à la société et ses valeurs bourgeoises mais en fonction de l'égalité des droits¹.

Si les mouvements sociaux des années 1970 aspirent à la Révolution, ceux des années 1990 tendent à l'intégration, non pas tant pour des raisons idéologiques que pour des contraintes pratiques. L'homosexuel cesse d'être un sujet politique (tel qu'il fut décrit par Daniel Guérin dans son livre *Homosexualité et Révolution* en 1983) et l'homosexualité n'est plus un instrument au service de l'utopie

¹ Borrillo, D., *Homosexuels quels droits ?* Présentation de Jack Lang, Dalloz, coll. « A savoir », Paris, 2007.

révolutionnaire, comme le prônait Guy Hocquenghem (*Le désir Homosexuel*, 1972), pour devenir un sujet de droit dans le cadre d'une revendication formulée dans des termes juridiques. De surcroît, le fait que l'OMS supprime l'homosexualité de la liste des maladies mentales en 1990, a sûrement contribué à cette démarche pragmatique.

Marie-Ange Schiltz a raison d'affirmer que « Le mouvement gay des années 70 valorise l'expression d'un désir sexuel sans attache, le couple est critiqué en tant que reflet d'une domination hétérosexuelle : le sexe sans lendemain s'impose comme modèle du mode de vie homosexuel, tandis que la relation de couple est déconsidéré... L'irruption du sida perturbe ce mode de vie.... »²

Ce changement peut effectivement être compris comme le résultat à la fois de l'irruption de l'épidémie de sida et la judiciarisation du politique, propre à la mondialisation des années 1990. Comme le note L. Cohent-Tanugi, « la montée en puissance du droit dans la quasi-totalité des registres de la vie en société constitue l'une des évolutions sociopolitiques majeures de la France de ces vingt dernières années », ladite judiciarisation « participait d'une mutation idéologique plus vaste: le retour en force du libéralisme politique et économique en Europe occidentale après une longue période de domination marxiste et jacobine sur les esprits »³.

Ce triomphe des démocraties libérales a renforcé la place des institutions européennes telles que la CEDH, le Conseil de l'Europe et le Parlement européen qui ont joué un rôle capital pour l'intégration juridique des homosexuels et des familles homoparentales⁴.

En outre, le VIH a fait émerger l'existence du couple gay confronté à l'absence de statut juridique ce qui provoquait un certain nombre

² Marie-Ange Schiltz, « Un ordinaire insolite : le couple homosexuel », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Vol 125, déc. 1998, pp. 33.

³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, Paris, 2016 3eme édition.

⁴ Par la résolution du 8 février 1994 (qui fait suite au rapport Claudia Roth), le Parlement européen demande clairement aux États membres de mettre fin à « l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes », recommande de « leur garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats » et de supprimer « toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants ».

d'exclusions (hôpital, sécurité sociale, logement, funérailles, successions...) auxquelles il fallait trouver une solution d'autant plus urgente que la justice française avait refusé la qualité de concubin aux partenaires de même sexe⁵. En 1996, le virus avait tué plus de trente mil personnes en France et ces principales victimes se trouvaient dépourvues de statut juridique permettant de protéger leur vie de couple.

Par ailleurs, une des principales conséquences de la fin du communisme et la nouvelle mondialisation a été une progressive prééminence de la place du droit dans les revendications politiques. A la différence du militantisme des années 1970 (comme le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire) qui « souhaitait l'anéantissement de ce monde »⁶, les associations LGBT en temps de sida revendiquent une démarche bien plus utilitariste afin de régler les problèmes de la vie quotidienne des personnes séropositives⁷.

De surcroît, les associations de lutte contre le sida étaient associées aux politiques publiques de santé et elles avaient appris à négocier avec les autorités publiques. Cette fluidité permettait l'émergence de solutions pratiques suppléant l'absence de statut du couple de même sexe sous la forme de conventions spécifiques inspirées du modèle

⁵ Ainsi, dans deux décisions du 11 juin 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé la qualité de concubin au compagnon d'un steward d'Air France pour l'obtention d'un billet à tarif réduit. Dans le second arrêt, la Cour a considéré que, en se référant à la notion de « vie maritale », la loi portant généralisation de la sécurité sociale avait entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité, à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme. Plus tard, les juges insisteront sur le caractère hétérosexuel de l'union libre lorsque le 17 décembre 1997, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a statué que les couples de même sexe ne pouvaient pas être considérés comme des concubins en matière de transfert du droit de bail.

⁶ « Malheureusement, jusqu'en mai 68, le camp de la révolution était celui de l'ordre moral, hérité de Staline. Tout y était gris, puritain, lamentable. [...] Mais soudain, ce coup de tonnerre : l'explosion de Mai, la joie de vivre, de se battre ! [...] Danser, rire, faire la fête ! [...] Alors, devant cette situation nouvelle, nous homosexuels révoltés – et certains d'entre nous étaient déjà politisés – nous avons découvert que notre homosexualité – dans la mesure où nous saurions l'affirmer envers et contre tout – nous amènerait à devenir d'authentiques révolutionnaires, parce que nous mettrons ainsi en question tout ce qui est interdit dans la civilisation euro-américaine. [...] N'en doutez pas : nous souhaitons l'anéantissement de ce monde. Rien de moins. [...] La liberté de tous, par tous, pour tous, s'annonce » (FHAR, 1971, 42-43).

⁷ Michael Sibalès, « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, Sexualité et Société* n° 3, 2010.

danois (partenaire enregistré) ce qui a mené en France à l'adoption du PACS⁸ en 1999.

On serait ainsi passé du « bonheur dans le ghetto » au « bonheur domestique », pour reprendre le titre d'un célèbre article de Philippe Adam⁹. En effet, comme le note le sociologue, dans les années 1990 « on a assisté à l'émergence d'un nouveau type d'expérience homosexuelle caractérisée par un fort engagement dans le couple (...) surtout chez les gays qui n'ont pas été influencés par les idéaux des années 1970, c'est-à-dire parmi les hommes qui ont découvert leur sexualité dans un contexte marqué à la fois par l'épidémie de sida (...) et par une plus grande tolérance à l'égard de l'homosexualité... »¹⁰

Dans l'égalité

A partir de cette conception plus pragmatique du combat politique, la manière dans laquelle s'est articulée la revendication des droits peut être qualifiée d'« assimilationnisme progressif », c'est-à-dire qu'il ne s'agissait pas tant de contester l'ordre social mais plutôt de tenter de s'y insérer pour des raisons pratiques comme l'accès à la sécurité sociale, le transfert du bail pour le partenaire survivant, la régularisation des couples binationaux, les droits successoraux...

Cet « assimilationnisme » n'est pourtant pas nouveau, il avait déjà commencé avec la lutte contre la pénalisation de l'homosexualité et s'est par la suite consolidé avec la revendication des droits familiaux et parentaux pour les couples de même sexe.

La dépénalisation de la sodomie avait eu lieu en France avec la Révolution Française mais il a fallu attendre l'année 1962 pour qu'en Occident, plus particulièrement dans l'Illinois (1962), la loi mette fin à

⁸ Pour une histoire politique du Pacs, voir : Borrillo, D. et Lascoumes, P., - *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, coll. « Sur le vif », Paris, 2002.

⁹ Philippe Adam, « Bonheur dans le ghetto ou bonheur domestique ? », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 128, 1999.

¹⁰ Ph. Adam, idem p. 62

cette criminalisation. Vont suivre en 1967, le Royaume-Uni et en 1969 l'Allemagne de l'Ouest, mais ce n'est qu'en 2003 que la Cour suprême des États-Unis considère contraire à la constitution ladite pénalisation (vingt-deux ans après la CEDH : *Dudgeon c. Royaume Uni*).

Si l'égalisation de l'âge du consentement entre relations hétérosexuelles et homosexuelles avait eu lieu en France en 1982, il a fallu attendre plusieurs années pour que la CEDH considère la différence d'âge pour les rapports homosexuels contraire à la convention (*L. et V. c. Autriche et S.L. c. Autriche*, 9 janvier 2003)¹¹

Ce n'est qu'en 1999 que la CEDH considère que la révocation de l'armée en raison de l'homosexualité constitue une violation à la vie privée et une discrimination¹². Cette même année, les juges de Strasbourg vont conclure à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) combiné avec l'article 14 (interdiction des discriminations) lorsqu'une juridiction nationale fait perdre l'autorité parentale à un homme en raison de son homosexualité¹³.

C'est surtout au niveau des revendications familiales que nous constatons une stratégie d'intégration progressive dans le droit d'abord par les tentatives d'assimiler l'union homosexuelle au concubinage¹⁴ puis aux différentes formes d'union civil.

Les pays scandinaves font figure de pionniers dans la reconnaissance des couples de même sexe. Le Danemark a commencé par une loi du

¹¹ Les requérants furent condamnés pénalement pour avoir eu des relations homosexuelles avec des jeunes hommes de 14 à 18 ans. La loi autrichienne incriminait les relations sexuelles entre des hommes adultes et des jeunes hommes âgés de 14 à 18 ans, mais pas celles entre des hommes adultes et des jeunes filles de 14 à 18 ans. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention. Elle n'a vu aucune justification suffisante pour la différence de traitement litigieuse. Voir également : *Woditschka et Wilfing c. Autriche*, arrêt du 21 octobre 2004 ; *Ladner c. Autriche*, arrêt du 3 février 2005 ; *Wolfmeyer c. Autriche*, arrêt du 26 mai 2005 ; *H.G. et G.B. c. Autriche (nos 11084/02 et 15306/02)*, arrêt du 2 juin 2005 ; *R. H. c. Autriche (n° 7336/03)*, arrêt du 19 janvier 2006 ; *E.B. et autres c. Autriche (nos 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07 et 48779/07)*, arrêt du 7 novembre 2013. *B.B. c. Royaume-Uni (no 53760/00)* 10 février 2004

¹² CEDH, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni et Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999.

Confirmé par les arrêts *Perkins et R. c. Royaume Uni et Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002

¹³ CEDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* 21 décembre 1999.

¹⁴ La cour constitutionnelle hongroise reconnaît le concubinage en 1996

7 juin 1989 créant une institution parallèle au mariage, le « partenariat enregistré » qui donne pratiquement les mêmes droits qu'aux époux mais qui n'octroie pas de droits en matière de filiation. Suivent la Norvège en 1993 puis la Suède un an plus tard. L'Islande ne fait pas exception à la règle, en 1996, mais elle va plus loin permettant le transfert de l'autorité parentale sur l'enfant au partenaire survivant en cas de décès du parent biologique. La Belgique adopte la loi sur la cohabitation légale en 1998, pratiquement au même moment que des différentes régions espagnoles commencent à reconnaître les « Unions stables » (Catalogne 1998, Aragon 1999, Navarre 2000, Valence 2001....) puis l'Allemagne en 2001, la Finlande en 2003... Outre Atlantique, la Californie reconnaît le *Domestic partnership* pour les couples de même sexe depuis 2005. Cette même année, entre en vigueur la Loi sur qui ouvre l'union civile aux couples homosexuels au Royaume-Uni. Deux ans plus tard ce sera, à son tour, la Suisse.

Toutes ces lois sur l'union civile, ont constitué l'antichambre pour la reconnaissance du droit au mariage à commencer par le Pays-Bas (2001). Aujourd'hui vingt-deux États disposent d'une législation rendant accessible le mariage aux couples de même sexe, dont deux États sur une partie de leur territoire seulement: Afrique du Sud (2006), Argentine (2010), Belgique (2003), Brésil (2013), Canada (2005), Colombie (2016), Danemark (2012), Espagne (2005), États-Unis (2015), Finlande (2017), France (2013), Islande (2010), Irlande (2015), Luxembourg (2015), Mexique (2010), Norvège (2009), Nouvelle Zélande (2013), Pays Bas (2001), Portugal (2010), Royaume Uni (2014), Suède (2009) et Uruguay (2013).

Le 6 novembre 2012, aux États-Unis, l'État de Washington, le Maine et le Maryland ont autorisé le mariage gay lors de référendums organisés parallèlement à l'élection présidentielle américaine ; le mariage homosexuel était déjà reconnu dans six autres États américains (Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, New York et le district de Columbia de la capitale, Washington). La Cour suprême des États-Unis décide en juin 2015 par l'arrêt *Obergefell v.*

Hodges qu'interdire le mariage aux couples de même sexe est contraire à la Constitution, légalisant ainsi le mariage homosexuel dans l'ensemble du pays.

A l'exception de l'Espagne qui, en introduisant le mariage pour les couples de même sexe dans la loi a également modifié le contenu de l'institution surtout en matière de divorce, dans les autres pays l'intégration s'est effectuée dans des législations anciennes. Le cas argentin est paradigmatique : Les couples de même sexe adhèrent à une institution du XIX^{ème} siècle qui avait été très peu modifiée¹⁵.

D'une manière générale, la stratégie assimilationniste a impliqué une intégration du couple de même sexe dans le dispositif patriarcal et hétéronormatif. Désormais, en France les couples homosexuels mariés seront tenu de respecter le devoir de fidélité de l'article 212 du code civil, tout comme le devoir de communauté de vie de l'article 215, ce qu'implique une communauté de toit (avoir un domicile commun) et une communauté de lit (entretenir de rapports sexuels). Le devoir de secours, de nature patrimoniale, et celui d'assistance, de nature morale (art. 212), seront dorénavant exigés aussi pour les couples de même sexe. Le mariage crée l'alliance de deux familles (lien unissant l'un des époux aux parents de l'autre) et ses effets juridiques, notamment les obligations alimentaires entre membres de la belle famille (art. 206 du code civil). Les contributions aux charges du mariage et l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203) s'élargiront à tous les couples indépendamment du sexe des partenaires ainsi que la solidarité pour les dettes relatives à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (art. 220). La rupture ne peut s'effectuer que par la procédure du divorce, dans lequel la faute continue à jouer un rôle majeur en France. Ainsi, tous les dispositifs les plus familialistes et conservateurs, tels que la fidélité, la faute, l'obligation alimentaire envers la belle famille, les régimes matrimoniaux et même la présomption de parenté (pour certains pays comme l'Espagne) s'appliquent aux couples de même sexe.

¹⁵ La situation a radicalement changé avec l'entrée en vigueur du nouveau code civil et commercial en 2015.

Ce même processus intégrationniste voit le jour au niveau de la filiation sans que l'accès aux droits ne soit accompagné d'une réflexion critique sur les conséquences de l'assimilation à des dispositifs juridiques anciens.

Le même processus a eu lieu par rapport à d'autres droits individuels comme l'accès à l'armée ou aux églises¹⁶. Le mariage religieux est désormais possible au Danemark, en Suède et en Norvège (Eglise Luthérienne). Le 21 mai 2016, L'Eglise presbytérienne d'Ecosse a adopté une motion accordant l'ordination d'hommes et de femmes mariés avec une personne du même sexe. L'église luthérienne américaine avait fait de même en 2009. La fédération des églises protestantes de France autorise la bénédiction des couples pacsés ou mariés.

Contrairement aux analyses de Lissa Duggan, en Europe la normalisation de l'homosexualité, ce qu'elle appelle l'homonormativité¹⁷, n'apparaît pas tant comme la volonté d'assimilation à la société de consommation mais comme l'accès à l'égalité de droits suite aux conséquences tragiques de l'épidémie à VIH. Ce n'est pas tant le capitalisme international que la manière égalitaire d'organiser la lutte politique qui produit l'uniformisation.

Au-delà de l'égalité

Comme nous l'avons souligné lors de la présentation du colloque organisé à l'EHESS en 2013 : « La mobilisation nécessaire en faveur du mariage pour tous, pour résister au retour en force des résistances conservatrices à l'égalité des droits, ne doit pas faire oublier qu'il se joue autre chose dans les revendications autour du mariage et de la filiation : la critique des normes – soit non seulement la remise en cause de l'hétérosexisme, mais aussi, plus largement, de

¹⁶ More Or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnerships for different-sex and same-sex partners: A comparative study of nine European countries. Documents de travail n°125, Ined, 2005. 192 p.

¹⁷ Lisa Duggan, *The Twilight of Equality ? Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*, Boston, Beacon Press, 2003.

toute naturalisation de l'ordre social, et en l'occurrence sexuel. Avec le vote de la loi, il devient possible de revenir sur le chemin parcouru, du Pacte civil de solidarité au « mariage pour tous », sans s'arrêter au seul exemple français, puisque cette histoire s'inscrit dans une évolution plus générale, en particulier en Europe, en Amérique du Nord et du Sud. Toutefois, il est temps également de penser à nouveaux frais, soit de sortir du cadre des discussions imposées par la confrontation politique et par les projets juridiques, afin d'interroger les évidences qui organisent le lien conjugal et familial. D'abord, l'ouverture du mariage nous invite à réfléchir sur ce qui le constitue : dans quelle mesure doit-il aujourd'hui être défini par la sexualité, à la fois obligatoire et exclusive, ou encore par la cohabitation, ou sinon par quel autre critère ? Les attaques homophobes contre la polygamie ne doivent pas davantage occulter une interrogation sur le polyamour : la conjugalité renvoie-t-elle nécessairement au couple ? Ou faut-il élargir la reconnaissance des liens sociaux, amoureux et affectifs, dans leur multiplicité et leur complexité ?

Ensuite, si l'accès au mariage ouvre bien l'accès à l'adoption, l'articulation entre mariage et filiation s'impose-t-elle encore, ou bien au contraire conviendrait-il de les découpler ? Faut-il étendre la présomption de paternité aux couples de même sexe, ou bien au contraire y renoncer pour tous ? En outre, l'adoption ne devrait-elle pas, à l'instar de l'Assistance médicale à la procréation, s'ouvrir aux couples non mariés, et à l'inverse, l'AMP aux demandes à titre individuel en se calquant sur l'adoption ?

Enfin, si l'on dissocie du lien conjugal la filiation, sur quels principes celle-ci sera-t-elle fondée ? Les arguments psychologiques valorisant l'accès aux origines ne risquent-ils pas de servir à légitimer une conception biologisante de la filiation, d'autant plus que cette exigence concernerait seulement des filiations jugées problématiques (AMP et adoption, sans même parler de la Gestation pour autrui), car non « naturelles » ? Et pour l'arracher à tout biologisme, faut-il fonder la filiation sur l'engagement ? L'enjeu est d'autant plus important que celle-ci définit pour le droit la nationalité autant que la

famille. Telles sont les questions qu'il faut poser aujourd'hui : l'égalité des droits ne doit pas mettre fin à la politisation de la sexualité – au risque de retomber, sous couvert de modernité, dans un conservatisme qui naturalise le lien social et sexuel ».

Penser au-delà de l'égalité implique de revenir sur les conquêtes juridiques nécessaires et importantes, en portant un regard critique sur les institutions qui ont assimilé les individus et les couples de même sexe.

Ce regard critique met de manifeste la continuité de ce que Monique Wittig appelait la *pensée straight* c'est-à-dire un fonctionnement social basé sur la répartition binaire des individus en classes de sexe. L'assimilation des homosexuels dans les institutions (mariage, armée, église, patrimoine, famille....) n'a pas mis en question les injonctions classiques à la monogamie, à la procréation, à la conservation patrimoniale... Comment échapper à cet effet de destin qui conduit, selon Bourdieu, à appliquer et à accepter les catégories dominantes en se laissant neutraliser par celles-ci.

Le prix à payer pour l'égalité a été celui de rentrer dans l'ordre du bon conjoint, du bon soldat, du bon parent... L'ordre conjugal, l'ordre procréatif, l'ordre militaire sont restés intacts malgré l'intégration des homosexuels. Aller au-delà de l'égalité c'est rendre universel le point de vue minoritaire, comme le propose Didier Eribon, « de ne pas se laisser enfermer dans l'égalité des droits mais plutôt d'imaginer les formes juridiques nouvelles qu'il serait souhaitable de créer dès lors que l'on se donne pour tâche d'accueillir la multiplicité infinie des choix individuelles et des modes de vie »¹⁸

¹⁸ Didier Eribon, *Contre l'égalité et autres chroniques*, Paris, Ed. Cartouches, 2008, p. 144.