



HAL
open science

La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne : Égalité ou apartheid?. Vladimir Martens. Citoyenneté, discriminations et préférence sexuelle, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, pp.87-101, 2004, 978-2-8028-0381-2. 10.4000/books.pusl.11054 . hal-04471524

HAL Id: hal-04471524

<https://hal.science/hal-04471524>

Submitted on 21 Feb 2024

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 reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne : égalité ou apartheid ?¹

par

Daniel BORRILLO
Université de Paris X-Nanterre, France

La question de la reconnaissance des unions de même sexe en Europe est étroitement liée à celle plus générale concernant le traitement juridique de l'homosexualité. C'est dans ce contexte, et au sein de l'histoire politique des mentalités, que j'analyse les nouveaux dispositifs légaux relatifs aux couples homosexuels dans l'Union Européenne.

La sécularisation progressive du ménage (aussi bien dans ses origines et son évolution que dans sa dissolution), la dissociation entre union et procréation (résultat de la légitimation des moyens contraceptifs et abortifs) ainsi que la progressive acceptation des pratiques homosexuelles – sous condition qu'elles demeurent confinées à l'intérieur de la sphère privée – constituent les variables qui ponctueront les transformations des conjugalités en général et de celles relatives aux unions de même sexe en particulier.

Je mets en parallèle les formes de légitimation des unions homosexuelles avec le mariage civil, en fonction duquel, directement ou indirectement, toutes ces législations furent conçues soit pour produire certains de ses effets juridiques, soit pour les contourner. Plutôt que d'une comparaison technique avec l'institution matrimoniale, j'essaie de comprendre dans quelle mesure la multiplication d'instruments juridiques tendant à reconnaître la vie du couple homosexuel (partenariat enregistré, cohabitation légale, pacte civil de solidarité, *parejas estables*,...) constitue un signe de pluralité des conjugalités ou si, en revanche, cette prolifération législative ne vient conforter un ordre

(1) Une version plus approfondie mais moins actualisée de ce texte est parue in *McGill Law Journal* sous le titre « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne », vol. 46, August 2001, pp. 877-922.

hiérarchique des sexualités dans lequel l'hétérosexualité garderait, grâce au monopole matrimonial, sa position prééminente. Au-delà des exemples tirés des lois nationales, c'est cet ordre qui mérite d'être interrogé, non seulement en tant que procédure réglant la répartition des places différentes dans l'ensemble des conjugalités, mais également comme dispositif d'agencement des sexualités.

Le couple de même sexe

Aussi bien les autorités judiciaires du Conseil de l'Europe que celles de l'Union Européenne ont consacré une protection sans ambiguïté de la vie privée des gays, des lesbiennes et des bisexuel/les. En revanche, s'agissant de leur vie familiale, la situation demeure encore précaire. En effet, et en dépit de quelques engagements limités, le traitement juridique des unions de même sexe et des familles homoparentales a été davantage le résultat du travail des assemblées nationales et de la pression politique du Parlement européen.

A plusieurs reprises, aussi bien l'ancienne Commission que la Cour ont estimé que « des relations homosexuelles durables (...) ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention ». Ainsi, les couples homosexuels se voient refuser de nombreux droits qui découlent de cette notion, tels par exemple l'autorité parentale pour la compagne d'une lesbienne, mère d'un enfant issu d'une insémination artificielle; le droit au séjour sur le sol européen pour le partenaire homosexuel d'un citoyen de l'Europe, ou encore le droit de reprise du bail de location au profit du partenaire survivant.

Bien que le droit au mariage constitue une liberté fondamentale consacrée par la Convention, les homosexuel/les sont écartés d'une telle prérogative. Dans son arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, la Cour déclare : « L'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexes biologiquement opposés ». Postérieurement, à deux reprises, elle eut l'occasion de confirmer sa jurisprudence (*C. et L. M. c. Royaume-Uni du 9 octobre 1989* et *Cossey c. Royaume-Uni*). Si en 2002, dans l'affaire *Ch. Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour considère qu'il existe un droit fondamental pour un transsexuel de se marier avec une personne de son même sexe d'origine, ceci n'implique nullement une reconnaissance du mariage homosexuel.

Au niveau de l'Union Européenne, la situation n'est pas moins insuffisante. En effet, la Cour de Justice des communautés dans l'arrêt *Lisa*

Grant estime que l'absence de droits spécifiques vis-à-vis de la compagne d'une travailleuse lesbienne « ne saurait être considérée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe ».

Au niveau national et malgré la recommandation du Parlement européen, seuls les Pays-Bas accordent l'égalité aux couples de même sexe. Sept autres Etats, sur les quinze qui constituent l'Union, n'ont inscrit que très récemment dans leurs législations une acceptation timide des unions homosexuelles. En 1989, le Danemark devient le premier pays en Europe et au monde à avoir consacré juridiquement les unions de même sexe. La Norvège est, en 1993, le deuxième pays à officialiser les amours gays, ensuite la Suède en 1994, l'Islande en 1996 (hors UE) et la Belgique à son tour en 1998. Les régions espagnoles de Catalogne, Aragon et Navarre ont respectivement légiféré en 1998 et 1999 (plusieurs autres régions se sont dotées d'une loi reconnaissant les couples dont la dernière a été celle du Pays Basque). En 1999, la France deviendra le premier pays de tradition catholique à consacrer le partenariat ainsi que le concubinage pour les gays et les lesbiennes. L'Allemagne a adopté une loi sur le partenariat enregistré en 2000 et le Portugal a fait de même (avec une loi plus timide) en 2001. Bien qu'elle octroie aux couples homosexuels le droit d'adopter des enfants, la Grande-Bretagne n'a toujours pas de loi reconnaissant les unions de même sexe.

Le modèle scandinave

C'est autour de l'expérience scandinave, et en suivant son exemple, que s'articulera le débat européen. Bien que les pays de l'Europe médiane et méridionale, sous l'influence de la Révolution française, aient manifesté une plus grande tolérance juridique à l'égard de l'homosexualité, c'est dans l'Europe du Nord que le mouvement gay a pris une dimension véritablement politique. Les revendications militantes des homosexuels se sont davantage développées dans les pays où la législation criminalisait les actes sexuels entre hommes. Cependant, seuls les pays scandinaves ont réussi à mettre en place et à mener à bien une véritable politique d'intégration, voire parfois de normalisation, des gays et des lesbiennes. Suivant cette logique assimilationniste, il est néanmoins surprenant de constater que les pays scandinaves aient écarté la voie du droit commun (le mariage) au profit d'un système d'exception (le partenariat enregistré), réservé aux unions homosexuelles. Cette situation paradoxale trouverait un début d'explication dans les rapports politiques étroits qu'entretiennent ces pays avec l'Eglise luthérienne. En effet, dans un contexte juridique où le pouvoir religieux

conserve encore un rôle considérable à l'intérieur de l'organisation matrimoniale, aussi bien du point de vue administratif que symbolique, il semble donc compréhensible que la création d'une forme de conjugalité spécifique aux homosexuel/les apparaisse comme un compromis politique acceptable. Le mariage garde à ce point sa connotation religieuse que, en Scandinavie, dans un pays comme la Suède, il a été plus facile d'ouvrir l'adoption aux couples homosexuels que d'élargir le droit au mariage.

En revanche, la situation française paraît moins compréhensible car, tout en étant dégagée des contraintes religieuses et en se revendiquant comme le premier pays moderne à fonder son ordre juridique sur une morale laïque, la France a sciemment esquivé la question du droit au mariage pour les homosexuels.

L'ensemble des pays engagés dans le débat sur la reconnaissance des unions de même sexe a été directement influencé par l'entreprise juridique et politique de l'Europe du Nord. Entre le mariage et le concubinage, la formule du *partenariat enregistré* à la scandinave va jouir pendant dix ans d'un véritable monopole juridique au sein de la délibération européenne. Si le modèle nordique semble perdre son hégémonie, surtout depuis l'ouverture néerlandaise vers le mariage civil pour les gays et les lesbiennes, il conserve néanmoins la clé herméneutique permettant de comprendre l'évolution européenne.

Le cas néerlandais

A l'heure actuelle, les Pays-Bas demeurent le seul Etat à avoir instauré l'égalité pour les unions de même sexe. Depuis les années 1970, le concubinage homosexuel était déjà reconnu dans les mêmes conditions et produisant les mêmes effets que ceux existant entre personnes de sexes opposés. Une vingtaine d'années plus tard, les Pays-Bas ont également octroyé le droit au partenariat enregistré pour l'ensemble des couples non mariés du même sexe ou de sexes opposés devenant ainsi le premier pays à établir un système formel de reconnaissance des unions hors mariage pour les couples hétérosexuels. A la différence des lois scandinaves, la loi néerlandaise ne renvoie pas aux dispositions relatives au mariage, elle ajoute un titre nouveau au Code civil et modifie également plusieurs dispositions juridiques variées. Les conditions, ainsi que les effets du partenariat enregistré, sont les mêmes que dans le mariage. Comme pour ce dernier, l'acte doit être enregistré dans le Registre civil. Les partenaires bénéficient

des mêmes droits et sont redevables des mêmes obligations que les conjoints unis par le mariage. Le partenariat enregistré ne modifie pas les règles relatives à la filiation, à une exception près, à savoir : la possibilité pour les partenaires de demander au juge la garde conjointe de l'enfant de l'un d'eux. On peut mettre fin au partenariat enregistré par les mêmes moyens qu'on termine un mariage, c'est-à-dire par commun accord et de manière judiciaire ou extrajudiciaire.

En plus du concubinage et du partenariat enregistré, les Pays-Bas prévoient l'octroi du droit au mariage pour les couples de même sexe. Suite à une suggestion gouvernementale et afin de résoudre l'impasse créée par la jurisprudence, la chambre des députés a approuvé en avril 1996 une résolution proposant la mise en place d'une commission parlementaire ayant comme but l'examen du droit au mariage pour les unions de même sexe. En octobre 1997 le rapport *Opening Civil Marriage to Same-Sex Couples* propose l'élargissement aux couples de même sexe, non seulement du droit à l'union matrimoniale mais aussi à la filiation. Depuis le mois d'avril de l'année 2001 les homosexuel/les peuvent se marier et adopter des enfants à l'exception de ceux provenant de l'étranger.

Mariage à la Belge

Si le droit néerlandais représente le stade le plus avancé en matière de reconnaissance de l'union homosexuelle, la loi belge sur le partenariat, en revanche, a opté pour une solution minimaliste. En effet, elle permet à deux personnes vivant ensemble, ou tout au moins ayant déclaré un domicile commun, de bénéficier de la qualité de cohabitants avec un certain nombre de droits civils et sociaux attachés à un tel statut. La loi sur la cohabitation légale est entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Elle vise à garantir aux partenaires non mariés une sécurité matérielle modique. A la différence des lois scandinaves, la loi belge ne renvoie nullement aux effets juridiques du mariage. Comme le notent O. De Schutter et A. Weyenbergh, « plutôt que la situation spécifique des couples homosexuels, dont il se serait agi d'aligner le statut sur celui des couples hétérosexuels mariés civilement au nom du principe d'égalité, ce qui a constitué la préoccupation du législateur, c'est la nécessité de régler une situation de fait – celle du concubinage, ou de la cohabitation hors mariage – dont les conséquences juridiques étaient encore relativement imprécises, et dont le régime plaçait le cohabitant le plus faible

dans une situation particulièrement fragile »^(?). Le 30 janvier 2003, la Chambre des représentants a approuvé le projet ouvrant le mariage aux personnes du même sexe. Les droits de filiation et d'adoption ne sont cependant pas reconnus.

Les lois régionales espagnoles

A l'heure actuelle et malgré un long débat sur la question, seuls les parlements régionaux de l'Espagne ont légiféré à l'égard des couples homosexuels. La loi la plus audacieuse est celle de Navarre qui reconnaît non seulement l'union mais aussi la filiation adoptive plénière et conjointe. Bien que cette loi soit en vigueur depuis le 3 juillet 2000, son application est compromise. En effet, les autorités nationales ont présenté un recours d'inconstitutionnalité contre la loi. La droite conservatrice, aussi bien au Gouvernement qu'au Parlement, considère que le mariage et la filiation sont des domaines de compétence exclusive du pouvoir central et non pas des parlements régionaux.

Le 15 juillet 1998, l'ensemble des partis de gauche d'un autre parlement régional ainsi que le puissant groupe nationaliste catalan, *Convergencia y Union*, approuvent à la quasi-unanimité une loi sur les unions stables. Sur l'initiative des socialistes et avec le soutien des forces régionales, Aragon devient par la suite la deuxième région du royaume à adopter une loi sur les couples de fait élargie aux unions homosexuelles.

Alors que la loi aragonaise ne fait pas de distinction entre les couples, qu'ils soient du même sexe ou de sexes différents, la loi catalane, suivant dans cet aspect le modèle scandinave, crée un statut spécifique pour les unions homosexuelles. Le législateur d'Aragon n'a pas souhaité établir un traitement différencié en signalant – dans l'exposé de motif de la loi – que « le principe de liberté individuelle, fondé sur la Constitution et le droit civil aragonais, oblige le législateur à accepter que toute personne ait le droit d'établir la relation de cohabitation affective la plus en accord avec sa propre sexualité » (sans aller pour autant jusqu'au mariage).

De son côté, l'exposé des motifs de la loi catalane justifie le traitement différencié qu'elle opère justement en vertu de l'impossibilité d'accès au

^(?) A. WEYEMBERG et O. DE SCHUTTER, « La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions de même sexe ? », *Journal des Tribunaux*, janvier 2000, pp. 93-106.

mariage pour les couples de même sexe ainsi qu'à l'absence d'engendrement biologique. Par un double jeu du culturel et du naturel, la loi entérine la situation d'inégalité des couples. En effet, le mariage, rappelle l'exposé des motifs, est un droit constitutionnel réservé à un homme et une femme et l'impossibilité biologique de procréer prive les couples de même sexe de tout droit à la filiation, y compris celle issue de l'adoption.

Après avoir traité, dans un premier chapitre, de l'union stable hétérosexuelle, la loi envisage dans le second chapitre l'union homosexuelle.

Etablies sous la forme notariale, les couples homosexuels peuvent déterminer librement par convention les conséquences des relations personnelles et patrimoniales propres à la vie commune. En absence de convention, les partenaires contribuent aux dépenses communes en proportion de leurs biens et de leurs revenus. Chaque membre du couple conserve la propriété, la jouissance et l'administration des biens propres. A la différence de la loi française, la loi catalane, comme ses équivalentes scandinaves, autorise la tutelle pour le cas où l'un des membres du couple est déclaré incapable et instaure l'obligation alimentaire entre partenaires.

Le Pays Basque a adopté une loi reconnaissant les unions de même sexe en leur donnant également le droit d'adoption. Reste à savoir si le Gouvernement national va encore une fois opposer un recours d'inconstitutionnalité suspendant ainsi les effets de la loi.

L'Ordre européen des conjugalités

A la lecture des dispositions légales européennes relatives aux différentes formes d'union, nous pouvons établir, en vertu du nombre et de la qualité d'effets juridiques y attachés, un système de conjugalités allant du mariage à la cohabitation (amicale ou familiale sans connotation sexuelle) en passant par les différents degrés de concubinage. Ainsi, la jouissance des droits, plus ou moins parfaits, est directement liée, d'une part, à la qualité de « couple », dont l'union peut se prévaloir et, d'autre part, à la nature hétérosexuelle de celle-ci. Plus la cohabitation de deux personnes participe aux caractéristiques de la vie de couple, plus elle bénéficie d'une reconnaissance juridique en tant que telle. Plus la vie de couple a un caractère hétérosexuel, monogamique et stable, plus elle profite des droits les plus étendus. Si nous illustrions ce système sous la forme pyramidale, nous trouverions à sa base les différentes lois qui gouvernent les cohabitations non affectives dépourvues d'un

caractère sexuel (par exemple : *Joint Household Act*, norvégienne du 4 juillet 1991 ou la loi catalane du 28 décembre 1998 relative aux situations conventionnelles d'aide réciproque et à l'accueil des personnes âgées, à certains égards la première loi belge ou la loi portugaise sur les unions de fait), ensuite les dispositions qui régulent les cohabitations concubinaires informelles (par exemple la Loi suédoise *Homosexual Cohabitees Act* de 1987 ou le nouvel article 515-8 du Code civil français, introduit par la loi sur le PACS), plus haut les lois relatives au concubinage reconnu comme tel et formalisé par un acte juridique enregistré (partenariat enregistré, loi sur la cohabitation ou le PACS), enfin, au sommet de la pyramide rayonne le couple institué par le mariage. La coexistence dans les pays européens de plusieurs de ces régimes montre bien que chacun répond à une situation différente méritant un traitement politique distinct et une régulation juridique spécifique.

Aucune de ces dispositions n'a jamais été conçue comme susceptible de concurrencer le mariage ou comme se substituant au concubinage. En effet, le Conseil constitutionnel français, lors du contrôle de constitutionnalité du PACS, a clairement établi que celui-ci ne portait pas atteinte au mariage républicain car « en instituant une nouvelle communauté de vie, les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage ». Le Conseil a également voulu marquer nettement la différence entre le PACS et le concubinage en signalant que : « contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires d'un tel pacte sont assujettis à certaines obligations; qu'ils se doivent en particulier une aide mutuelle et matérielle; que cette différence de situation justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement ».

C'est pourquoi nous affirmons que la discrimination ne s'opère pas au niveau du concubinage mais à celui du mariage.

La suprématie du mariage hétérosexuel

La coexistence pacifique des différents régimes et les divers degrés de reconnaissance qui en découlent montrent bien que, loin de constituer une multiplicité innocente, alignée de façon horizontale, l'ensemble des dispositifs instituant la qualité de couple pour les unions de même sexe s'ordonnent à l'intérieur d'un système hiérarchique au sommet duquel rayonne le mariage.

L'exposé des motifs de la loi norvégienne est, à cet égard, très parlant : « La loi n'octroie pas aux partenariats homosexuels le même statut qu'au mariage. Le mariage demeure l'unité sociale fondamentale et le cadre naturel pour élever les enfants. Le statut du mariage est unique et aucune mention n'est faite concernant le mariage des homosexuels. Le texte de loi emploie les expressions « registre » ou « partenariat ». Les termes « conjoint » et « mariage » sont réservés au mariage hétérosexuel et à son statut idéologique et religieux (...). Le mariage est une institution sociale fondamentale, il est une relation entre un homme et une femme. La monogamie durable est l'idéal auquel aspirent la plupart des individus. Le divorce, ainsi que la généralisation du concubinage ont certes réduit l'importance du mariage en tant qu'institution familiale dominante (...). Une relation homosexuelle ne pourra jamais être la même chose qu'un mariage, ni socialement, ni religieusement. Il (*le partenariat enregistré*) ne remplace ni concurrence le mariage hétérosexuel ».

Dans le même sens, le préambule de la loi catalane signale que seuls les couples de sexes opposés ont droit au mariage et que c'est bien « à la marge du mariage » que d'autres formes d'unions stables existent et doivent exister. L'expression « à la marge du mariage » utilisée par le Législateur est fort significative. Elle montre bien que les unions autres que le mariage doivent demeurer loin du centre dessiné par celui-ci, leur qualité étant accessoire et secondaire. Si, concernant l'hétérosexualité, cette nature marginale ne renvoie à aucune signification (en ce sens que les couples de sexes différents peuvent choisir leur marginalité), en revanche pour ses homologues homosexuels, cette qualité opère une évocation instituée de la nature même de l'homosexualité, considérée ainsi nécessairement comme marginale.

En France, tout au long du débat sur le PACS, l'ordre conjugal permettait d'établir les limites des revendications possibles. La droite et la gauche furent d'accord pour considérer que le mariage devait être préservé dans l'état, c'est-à-dire essentiellement hétérosexuel. La suprématie matrimoniale ainsi que sa nécessité symbolique ont fait consensus. 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. 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 ». La défense du mariage hétérosexuel devient son cheval de bataille : « 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 ».

« L'argument selon lequel le PACS concurrencerait le mariage n'est donc pas recevable », affirme le rapport parlementaire qui est à l'origine de la loi. « Rien ne vaudra le statut de conjoints pour ceux qui recherchent un maximum de sécurité juridique (...) ».

Durant le débat, le Gouvernement et le groupe socialiste se sont 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 sociales.

« 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. » « Le PACS et le mariage ne doivent pas être confondus », a répété avec insistance la seule députée de droite favorable à la loi.

Mais la rhétorique n'a pas semblé suffire. Face aux soupçons de la droite, le Gouvernement s'est adonné 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 enlevée; des délais spécifiques (inexistants pour le mariage) ont été introduits dans le PACS; l'absence des droits extrapatrimoniaux ainsi que la différence de la somme d'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. Une fois que le PACS se sera « détaché du complexe matrimonial (pour reprendre l'expression de J. Hauser), 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 ».

Depuis longtemps, les pays scandinaves se sont retrouvés avec le même type de problèmes et ont dû également faire face aux limites imposées par l'ordre des conjugalités.

L'organisation danoise pour les droits des gays et des lesbiennes (*LBL*) a très rapidement placé le débat au sein d'une politique globale d'égalité en revendiquant dans un premier temps soit l'ouverture du mariage pour les couples homosexuels, soit son abolition pour tout le monde. L'Eglise luthérienne s'est vivement opposée à cette revendication, en se montrant toutefois très sensible aux discriminations dont les couples de même sexe étaient encore les victimes. L'élaboration du partenariat enregistré est le résultat d'un compromis politique du Gouvernement avec l'Eglise et l'opposition conservatrice. Et, bien que la loi renvoie aux effets du mariage pour l'administration de la vie du couple (sans pour autant toucher à l'institution matrimoniale et à la famille), elle propose une forme juridique spécifique bien démarquée de celui-ci. L'Eglise va même jusqu'à bénir officiellement les unions de même sexe sous condition que cette cérémonie ne soit nullement confondue avec la consécration religieuse dont doivent bénéficier les conjoints. La distance du mariage a constitué ainsi le gage symbolique et la base du compromis politique permettant la sanction de la nouvelle loi.

L'attitude des autorités religieuses montre bien la logique sous-jacente à la politique ecclésiastique vis-à-vis des gays et des lesbiennes. C'est bien de la charité chrétienne dont il est question. Le cas des Pays-Bas est à cet égard très significatif. En effet, si la dialectique de l'égalité a fini par s'imposer, c'est principalement parce que, pour la première fois en dix-huit ans, le Gouvernement néerlandais fonctionne sans les démocrates chrétiens et seulement 5% des sièges parlementaires appartiennent à des partis chrétiens.

Que les gardiens de l'ordre conjugal soient les églises ou que cette tâche revienne aux Etats, ceci ne modifie en rien la symbolique véhiculée. Si nous prenons l'exemple de la France, ce ne furent pas tellement les secteurs religieux qui ont œuvré le plus efficacement en faveur du régime conjugal établi (c'est-à-dire de nature hétérosexuelle). Bien que fortement mobilisées, les forces religieuses ne réussirent pas à structurer une véritable opposition au PACS en tant que tel. Le texte fut dénoncé d'abord et surtout parce qu'il représentait une première étape vers la reconnaissance sociale de l'homosexualité, vers l'équivalence de celle-ci avec l'hétérosexualité, vers la légitimation de l'homoparentalité et enfin vers la disparition de l'ordre sexuel garanti par le mariage. Et, face aux arguments rassurants du Gouvernement et de la majorité parlementaire, les secteurs conservateurs soupçonnaient les autorités d'agir d'une façon masquée sans avouer ouvertement leurs véritables intentions. Ils considéraient qu'il s'agissait tout simplement d'hypocrisie et

que la défense du mariage, et le privilège hétérosexuel qu'il comporte, ne répondaient pas à une conviction profonde de la gauche mais à l'opportunisme politique. Et pourtant, les socialistes n'ont pas cessé de donner des preuves incontestables de leur défense de l'ordre conjugal qu'ils ne prétendaient nullement importuner.

Ordre conjugal et hiérarchie des sexualités

L'ordre conjugal qui érige le mariage au sommet de la hiérarchie juridique des couples implique l'existence d'une logique qui, tout en lui étant parallèle, fonctionne en même temps comme sa justification politique. L'ensemble d'arguments opposés à la pleine reconnaissance des unions de même sexe se fonde sur une idée commune qui consiste à différencier les sexualités (homo et hétéro) et en tirer des conséquences politiques. La distinction entre union de sexes opposés et couple de même sexe renvoie ainsi aux pratiques sexuelles propres à chacun de ces types d'unions. De même qu'il est impossible de désigner le couple non marié sans faire référence au mariage, on ne peut pas se référer à l'ordre conjugal sans prendre en compte le phénomène capital auquel il renvoie : la sexualité.

Si l'institution du mariage doit être réservée aux seuls couples de sexes opposés, c'est parce qu'en principe, ils sont supposés entretenir un certain type de rapports sexuels. Ainsi, parallèlement à l'ordre conjugal, se dessine un ordre des sexualités qui, par le biais du mariage, place l'hétérosexualité au rang de modèle, de canon en fonction duquel toutes les sexualités doivent s'interpréter. Lorsque l'ordre des conjugalités investit le mariage à la tête de sa hiérarchie, il ne fait autre chose qu'énoncer la suprématie du coït hétérosexuel.

Or, le privilège hétérosexuel est loin d'être aboli et l'ordre conjugal n'est nullement mis en question par les différentes lois sur le partenariat que nous venons d'analyser⁽³⁾. Loin de mettre fin à l'inégalité, elles ne font que l'entériner. Respectueux de l'ordre symbolique hétérosexiste, l'ensemble des dispositifs relatifs aux couples gays institue sans complexe l'infériorité sociale de l'homosexualité. Et bien que ces lois permettent de régler des situations devenues particulièrement dramatiques à l'époque du Sida, elles n'impliquent aucunement un progrès moral. De même que la doctrine du *separate but equal* de la Cour Suprême des Etats-Unis permit de concéder

(3) Même les deux lois qui reconnaissent le mariage pour les couples homosexuels (Pays-Bas et Belgique) donnent moins de droits aux couples homosexuels qu'aux couples constitués d'un homme et une femme.

aux Noirs le bénéfice de certains droits, il n'en reste pas moins qu'elle fut la base du ségrégationnisme.

Malgré la diversité des régimes juridiques européens relatifs aux unions de même sexe, l'ensemble participe néanmoins à un trait commun fondamental qui répond à la même base morale : la tolérance. Si les démocraties européennes ont pu effectivement dépasser le stade de la pénalisation, elles n'arrivent cependant pas à abandonner la dialectique de la tolérance et à articuler une véritable politique d'égalité. Dans cette logique, le mariage demeure et doit demeurer en l'état, c'est-à-dire nécessairement hétérosexuel, pour nous rappeler cette hiérarchie des sexualités.

Le maintien du privilège hétérosexuel constitue une ingérence illégitime vis-à-vis de la double liberté individuelle de choisir l'état de personne mariée (par opposition à celui de célibataire, concubin, partenaire enregistré ou PACSé) et de choisir le conjoint avec qui se marier.

Liberté matrimoniale et égalité des sexualités

Comment se fait-il alors que, dans des sociétés au sein desquelles l'autonomie de l'individu est mise en avant et même célébrée, l'exercice d'un droit fondamental tel le mariage soit encore si farouchement refusé à des personnes, en raison de leur orientation sexuelle ? Autrement dit, pour quelle raison et poursuivant quelles fins notre droit s'acharne-t-il encore à faire de la différence des sexes une *conditio sine qua non matrimonii*?

Si la reproduction n'est, ni finalité, ni condition du mariage, si l'institution matrimoniale ne fonde plus le couple et/ou la famille; s'il n'instaure pas non plus la présomption de paternité et lorsque même la filiation unisexuée devient « instituable » par le biais de l'adoption unilatérale par un célibataire; quelle est donc encore la fonction politique du mariage, en tant que régime réservé à des individus de sexes différents?

L'ensemble d'arguments déployés, aussi bien par les Etats que par les institutions européennes⁽⁴⁾ contre l'élargissement du mariage aux unions

(4)L'évolution du Parlement européen dans la matière est significative de cette difficulté à instaurer l'égalité des conjugalités. En effet, dans sa recommandation de 1994, le Parlement invitait à mettre fin aux discriminations dans l'accès au mariage pour les couples de même sexe. Six ans plus tard, le même Parlement ne parle plus de mariage mais de relations non maritales...

homosexuelles nous donne déjà un premier aperçu de la réponse. Le mariage doit être conçu et compris comme une institution sociale véhiculant une politique des sexualités. D'une façon plus ou moins euphémisée, revêtue du langage théologique ou prenant les habits de la psychanalyse ou de l'anthropologie, cette politique consiste en l'encouragement de l'hétérosexualité en tant que modèle dont l'état doit devenir le promoteur. Ce n'est plus autour de la pénalisation de l'homosexualité qu'elle s'organise mais en fonction du contrôle d'accès aux ressources disponibles dans l'univers des conjugalités.

Autrement dit, ce n'est plus la loi pénale qui fonctionne comme instrument de mise à l'écart des homosexuel/les mais la loi civile. En réservant le mariage aux seuls couples de sexes différents, 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 nécessaire culturellement, c'est-à-dire indispensable pour la survie de la civilisation.

Conclusion

Si la condition de la différence des sexes a été pendant longtemps présentée comme consubstantielle au mariage, la revendication des couples gays et lesbiens oblige la société à réviser les catégories juridiques existantes, fondées encore sur cette supposée évidence.

Il ne s'agit, ni de défendre le mariage, ni de s'opposer à lui. Mon approche consiste à le traiter, d'une part, comme un droit subjectif et, d'autre part, en tant qu'institution politique. En tant que droit subjectif, le mariage peut être analysé comme un révélateur du degré de démocratisation des liens privés et des rapports sociaux. Il accompagne les fluctuations de notre civilisation. Il reproduit dans la vie domestique ce que l'Etat dicte pour la vie publique. Autrement dit, la fonction symbolique du mariage reflète un ordre plus général avec ses règles, ses procédures, ses statuts et ses outils de domination. Lorsqu'il écartait les esclaves ou les vaincus, le mariage ne faisait autre chose que reproduire la mécanique d'exclusion des appareils de l'Etat esclavagiste ou colonialiste. L'origine nationale ou ethnique organisait les critères d'accès au contrat social en général et, plus particulièrement, au contrat familial. Naître au sein du mariage ou en dehors de celui-ci déterminait la qualité d'enfant légitime ou illégitime avec les conséquences

juridiques qui découlaient de cette catégorisation. Durant des siècles, le gouvernement exclusif du mari dans la vie domestique reflétait l'idée selon laquelle la femme, en raison de sa nature, devait être assujettie à la tutelle de l'homme.

Le mariage n'a cessé de refléter les changements sociaux. La disparition des lois ségrégationnistes et la fin des empires coloniaux ont fait disparaître les interdits qui, en matière raciale, empêchaient la pleine participation des individus dans l'institution matrimoniale. L'avènement de la laïcité ainsi que la plus grande tolérance à l'égard des confessions autres que le catholicisme ont permis aux minorités religieuses de participer au mariage civil dans les mêmes conditions et de bénéficier de droits identiques. De même, l'égalité politique des femmes a rendu possible la codirection du ménage et le partage de l'autorité sur les enfants. C'est pourquoi, de nos jours, ni la race, ni la nationalité, ni la religion, ni même le genre ne constituent des critères permettant de contrôler l'accès à l'institution matrimoniale. L'appartenance à la même race, la communion spirituelle ou la subordination des femmes ne sont guère des conditions pour l'exercice du droit au mariage. En revanche, les personnes de même sexe, qu'elles soient hommes ou femmes, juives, athées ou catholiques, blanches ou noires, ne sont pas reconnues en tant que couple jouissant des mêmes droits que ceux formés par des personnes de sexes différents. Comme jadis, le mariage continue à perpétuer une inégalité. Celle-ci n'est plus, de nos jours, liée aux motifs énoncés plus haut ; cette inégalité se rapporte exclusivement à un type de sexualité : l'homosexualité. La capacité du mariage à classer les personnes et à hiérarchiser les pratiques sexuelles demeure encore fraîche. L'ensemble de dispositifs européens qui gouvernent la vie du couple de même sexe en témoigne. Ils ne mettent pas fin à l'inégalité, bien au contraire ils la confirment en assignant aux couples homosexuels une position inférieure.

L'ouverture du droit au mariage pour les gays et les lesbiennes représenterait le pas supplémentaire dans le processus de démocratisation de la vie privée et pourrait constituer dans l'avenir la base d'un véritable pluralisme familial.

TRAVAUX ET RECHERCHES

48

**CITOYENNETÉ, DISCRIMINATION
ET PRÉFÉRENCE SEXUELLE**

SOUS LA DIRECTION DE

Vladimir MARTENS

Avec le soutien de

Ex Æquo

Centre d'études sociologiques des FUSL

Bruxelles

Publications des Facultés universitaires Saint-Louis
Boulevard du Jardin botanique, 43

2004

Table des matières

Préambule	
Vladimir Martens	1
Introduction	
François Delor	3
La pythie et le politique	
François Delor	7
État des lieux en matière de discrimination liée à l'orientation sexuelle en Belgique et action du Gouvernement	
Laurette Onkelinx	13
De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle	
Sébastien Van Drooghenbroeck	19
L'adoption, les futurs parents gays et lesbiens et la convention européenne	
Robert Wintemute	41
Tous les êtres humains sont égaux – mais certains sont plus égaux que d'autres	
Hans Ytterberg	63
Leur République et la nôtre. Défense et illustration d'un mariage encore à venir	
Marcela Iacub et Patrice Maniglier	75
La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne : égalité ou apartheid ?	
Daniel Borrillo	87
La normalisation de la situation sociale des homosexuels masculins : les illusions perdues	
Michael Bochow	103
Homoparenté et les deux états de la filiation	
Anne Cadoret	111
I.A.D : Les demandes particulières	
Yvon Englert	119
La conclusion d'un juriste	
Paul Martens	127
La conclusion d'un sociologue	
Luc Van Campenhoudt	135