



HAL
open science

L'homophobie dans le discours des juristes autour du débat sur l'union entre personnes de même sexe

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. L'homophobie dans le discours des juristes autour du débat sur l'union entre personnes de même sexe. Louis-Georges Tin; Geneviève Pastre. Homosexualités: expression/répression, 1, Stock, 2000, 2-234-05208-4. <hal-04984672>

HAL Id: hal-04984672

<https://hal.science/hal-04984672v1>

Submitted on 10 Mar 2025

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.



HAL Authorization

L'homophobie dans le discours des juristes
autour du débat sur l'union entre personnes de
même sexe¹

Daniel Borrillo

Dans un ouvrage collectif consacré à la notion juridique de couple, H. Lécuyer, reprenant les propos de P. Catala, note avec véhémence que s'il y a urgence à définir le couple, c'est bien « parce que Sodome réclame droit de cité² ». Plus de deux siècles après la suppression en France du crime de sodomie³, cette citation inquiète le juriste soucieux du respect des libertés publiques et de la vie privée. Il s'agit, certes, du secteur ultra-

1. Cet article a été publié dans l'ouvrage dirigé par D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub, *Au-delà du PaCS, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », octobre 1999, sous le titre « Fantasmies des juristes vs. *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe ».

2. *La Notion juridique de couple* (dir. Clotilde Brunetti-Pons), Paris, Economica, 1998, p. 1. Dans un article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (janvier-mars 1999), Clotilde Brunetti-Pons, faisant référence au PaCS, note : « Nous l'avons dit plus haut, dans l'intérêt général, le législateur ne doit pas, en droit civil, faire accéder à la normalité une relation qui n'est pas socialement acceptable » (nous soulignons), p. 41, n. 74 *in fine*.

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

conservateur de la doctrine des civilistes qui s'exprime de la sorte, mais des juristes plus modérés ne pensent pas moins que les unions homosexuelles ne peuvent pas bénéficier du statut juridique de couple, et que la notion de famille renvoie nécessairement au ménage hétérosexuel ou, du moins, à la filiation monoparentale. Ainsi, afin de justifier le refus aux homosexuel/les de toute forme de reconnaissance de leurs unions, la doctrine des privatistes développe des arguments dont la juridicité reste à démontrer. Mis à part le colloque « Homosexualité, droit et libertés » tenu au Sénat en 1993 qui a donné lieu à une publication⁴, ainsi que l'article de H. Moutouh⁵, l'ensemble des analyses juridiques expriment une forte hostilité à une quelconque reconnaissance des unions de même sexe.

L'aile la plus libérale des juristes est unanime à considérer que l'homosexualité doit être tolérée en tant que manifestation de la vie privée mais qu'en aucun cas elle ne peut être reconnue comme source de droits du couple. Revêtue d'habits juridiques, la *doxa* des privatistes craint que cette reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ne porte atteinte à l'institution du mariage et n'ouvre la porte à la filiation. En effet, ce n'est pas comme exercice de la liberté matrimoniale ou du droit subjectif à la filiation que la doctrine des privatistes analyse la reconnaissance d'une possible « conjugalité » homosexuelle. Cette reconnaissance apparaît, au contraire, comme un danger envers la stabilité et la survie de la famille. Pour ce faire, et contrairement aux rares analyses des publicistes plus sensibles aux libertés publiques et aux phénomènes discriminatoires⁶, la doctrine des privatistes n'hésite pas à faire appel à la tradition, à

4. *Les Petites Affiches*, n° 95, 10 août 1994.

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

6. Proportionnellement aux analyses des privatistes, les articles traitant de cette question à partir de l'angle du droit public sont rares. L'article de Danièle Lochak (« Égalité et différences, réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in Daniel Borrillo, *Homosexualités et Droit*, *op. cit.*, pp. 39 *sqq.*) et l'analyse d'Évelyne Pisier (« PaCS et parité : du même et de l'autre », *Le Monde*, 20 octobre 1998, p. 18) sont exceptionnels et montrent bien qu'il n'existe pas un obstacle juridique pour l'élargissement du droit au mariage aux couples de même sexe, bien au contraire, dès que l'on se place dans la perspective des libertés publiques le refus du droit au mariage constituerait une distinction injustifiée.

la symbolique du mariage, à l'intérêt de l'enfant ou encore à la sensibilité de la France profonde pour justifier les discriminations envers les unions de même sexe. Au-delà de l'hostilité manifeste envers l'homosexualité, le refus à toute ouverture possible des droits des couples de même sexe laisse entrevoir une nostalgie du modèle traditionnel, présenté de surcroît comme garant de la cohésion sociale et comme gage de l'épanouissement de l'enfant.

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

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

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

LA DOXA DES JURISTES SUR LES COUPLES DE MÊME SEXE

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

L'argument de la procréation

« Le couple n'est un "sujet" de droit (ou destinataire?) que parce qu'il répond à deux fonctions essentielles. Une première fonction politique qui en fait une petite famille au sein de la grande, une seconde fonction évidente parce que naturelle et d'ailleurs liée à la première (sauf à admettre que l'État programme son *autodestruction*) qui est celle de la procréation⁷. »

Si le mariage a comme fonction la reproduction, « n'y a-t-il pas un *abus de minorité* dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction mais pour un comportement sexuel, il peut sembler qu'il y a une véritable indiscretion. (...) En posant le statut du mariage le droit renvoie simplement à cette banalité que nous sommes tous nés d'un homme et d'une femme : cet énoncé d'un fait n'implique aucune adhésion⁸. »

« Le couple initial a une double fonction : la procréation et l'éducation. (...) L'institution du *mariage* est naturellement ordonnée vers la *procréation*. Elle trouve là sa *vocation naturelle*. » En conclusion de l'ouvrage, l'auteur signale que les éléments irréductibles pour une notion juridique du couple sont bien « un homme et une femme vivant ou ayant vécu une vie maritale⁹ ».

7. Jean Hauser, « Les communautés taisibles », *Recueil Dalloz*, 1997, 30^e cahier Chronique, p. 255.

8. François Gaudu, « À propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *Recueil Dalloz*, 1988, 2^e cahier Chronique, p. 20.

9. Jacques Normand, « La notion juridique de couple », rapport de synthèse in *La Notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 152.

« Il existe en effet entre les deux cas, au regard de la société, une différence irréductible qui tient, qu'on le veuille ou non, à *la nature des choses* : savoir que la communauté de vie d'un couple homosexuel est, au mieux, socialement neutre, tandis que celle d'un ménage hétérosexuel est porteuse d'espoir et de longévité pour la société. Impropre à assurer le renouvellement des membres qui composent celle-ci, *l'homosexualité est, par nature, un comportement mortel pour la société*. Ce n'est pas là une appréciation d'ordre moral et subjectif, mais une *constatation biologique élémentaire*¹⁰. »

L'argument de la nature

Après avoir traité les unions de même sexe « d'*assemblages illicites ou immoraux*¹¹ », Alain Sériaux signale : « Nouvelle preuve que le contrat d'union civile profite surtout à ceux qui souhaitent entretenir entre eux des relations sexuelles. Surtout nouvelle borne moralisatrice qui après avoir basé un statut civil ou social sur des *actes contre nature*, se refuse cependant à tout permettre. Pourquoi ceci plutôt que cela ? Question de degré dans la transgression, sans doute¹². » Se référant aux auteurs de la proposition, Alain Sériaux note que « leur conception de la justice les induit... à trouver normal que les couples homosexuels puissent réaliser leur *rêve le plus fou* : vivre enfin en mariage, ou, faute de mieux et peut-être en attendant mieux, en ce qui lui ressemble¹³ ». Faisant sienne la position de l'Église catholique, le juriste signale dans la note 66 du même article « qu'il soit bien clair que nous ne jugeons pas ici les personnes mais leurs seuls actes ».

10. Jean-Luc Auber, note sous arrêt Cour de cassation 3^e Civ. du 17 décembre 1997, *Recueil Dalloz*, 1998, 9^e cahier Jurisprudence, pp. 114-115.

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

12. Alain Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *art. cit.*

13. Alain Sériaux, *art. cit.*, p. 8.

« Le couple homosexuel ne devrait être assimilé au couple hétérosexuel (...) pas de *CUC incestueux, homosexuel, pédophile ou polygame*¹⁴. » De surcroît et « face à la montée du matérialisme », le juriste nous propose d'invoquer saint Bernard pour qu'il nous rende plus humbles¹⁵.

« On laissera de côté ici les "concubinages" homosexuels. Souvent fallacieusement présentés parmi les concubinages, ils ne peuvent pas même prétendre à ce nom *faute d'usage normal*, c'est-à-dire conforme à sa fin intrinsèque, de la sexualité¹⁶. »

« Dès le commencement de la Genèse (I, 27), il est dit que *Dieu les créa homme et femme*. Ainsi, dans son origine même – pour les croyants, dans sa divine origine –, l'être humain a été créé pour faire corps avec un autre : pour se donner¹⁷. »

L'argument du danger pour les enfants

« (...) le véritable enjeu, depuis le début, est de permettre aux couples homosexuels de *se procurer des enfants*. *Quos vult perdere Jupiter dementat* : l'excès prépare le retour du bâton¹⁸. »

« Sans doute les couples homosexuels auront-ils la satisfaction d'obtenir la réalisation de l'un de leurs désirs, mais à l'évidence au prix de l'intérêt de l'enfant qui doit pourtant être la considération primordiale en la matière. Puisque l'engrenage doit inéluctablement aboutir à des résultats inacceptables, c'est l'engrenage lui-même qu'il faut se garder d'enclencher¹⁹. »

« Peut-on faire courir aux enfants les risques d'une *destruction du système de parenté* ou d'une mise en question de leur

14. Philippe Malaurie, « Note sous Conseil d'État », arrêt du 9 octobre 1996, *Dalloz*, 1997, *Jurisprudence*, p. 119.

15. Philippe Malaurie, « Couple, procréation et parenté », in *La Notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 28.

16. Alain Sériaux, « Concubinage formel et mariage informel », in *La Notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 44, n. 2.

17. Philippe Malaurie, « Couple, procréation et parenté » in *La Notion juridique du couple*, *op. cit.*, pp. 18-19.

18. François Gaudu, *art. cit.*, p. 24.

19. Laurent Leveneur, « Les dangers du Cuc ou sociale », *La Semaine juridique*, n° 50, 1997, p. 4069.

identité généalogique qui, à terme, s'inscrit dans la demande de certains homosexuels²⁰ ? »

« Le contrat d'union sociale ne prévoyant pas de présomption de paternité, un enfant issu d'une telle union ne serait rattaché à aucune famille. Or *l'enfant a besoin d'un père et d'une mère*, ce que le législateur a admis lors de la promulgation en juillet 1994 des lois dites "bioéthiques"²¹. »

« S'il est bienvenu que le droit au respect de la vie privée exclut a priori qu'il soit reproché aux homosexuels leur mode de vie, il paraît en revanche légitime de leur refuser le droit de se prévaloir de leur situation pour faire venir un enfant à la vie : même banalisée, *l'homosexualité n'est pas encore un mode de vie « normal »* qui puisse offrir à l'enfant les garanties d'épanouissement que l'on peut escompter de parents, l'intérêt de l'enfant à naître dans une telle famille n'est donc pas manifeste²². »

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

« La raison pour laquelle le couple homosexuel n'a pas accès au mariage est que celui-ci est l'institution qui inscrit la différence des sexes dans l'*ordre symbolique*, en liant couple et filiation²³. »

« C'est donc pour *préserver la culture*, et non la nature, que, jusqu'à présent, tous les pays occidentaux ont refusé d'instituer une quelconque forme de filiation unisexuée²⁴. »

Concernant une éventuelle reconnaissance de l'union entre personnes du même sexe, Mme Vial-Pedroletti signale : « Au

20. « PaCS, les pièges d'un nouveau jeu de la loi », entretien avec Irène Théry et Catherine Labrusse-Riou dans *Le Monde de l'éducation*, dossier « Famille, le grand chambardement », n° 264, novembre 1998, p. 44.

21. Jean-François Kriegk, « Contrat d'union sociale et divorce par consentement mutuel : le mariage doublement fragilisé ? », *Les Petites Affiches*, 11 mai 1998, n° 56, p. 6.

22. François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz Précis, 6^e édition, 1996, p. 799 (§ 948).

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

24. *Ibid.*

législateur de répondre à cette question qui met en cause les valeurs fondamentales de notre société. » Elle finit son article par l'exclamation suivante : « *Tolérer une situation est une chose, la reconnaître en est une autre*²⁵ ! »

« *Toutes les générations ont leurs impostures. L'homosexualisme en est une.* Dans un boucan médiatique, voici la nouvelle course au pouvoir (...). Garantir la non-discrimination sociale des citoyens en raison d'une position subjective quant au sexe est une chose. Casser les montages anthropologiques au nom de la démocratie et des droits de l'homme en est une autre²⁶. »

« Si nous voulons empêcher les *pédophiles, la drogue, la violence*, les désordres à l'école et dans les banlieues, ne comptons pas seulement sur la police, les juges, les prisons et la castration chimique, ne détruisons pas les sentinelles invisibles qui maintiennent la cohérence de notre société : la différence entre l'homme et la femme et la stabilité de la famille. Ces projets portent *atteinte à la cohésion sociale* et à nos structures familiales (...) Ils *décomposent* l'ensemble de notre droit civil, social et fiscal de la famille. Il ne faut les accepter en aucune manière²⁷. »

Dans un style plus sophistiqué, Pierre Legendre arrive aux mêmes conclusions lorsqu'il énonce qu'« avec le PaCS, l'État est poussé à neutraliser son fonctionnement universaliste articulé sur les enjeux de l'espèce, et sollicité de prendre en charge le conflit individuel et, pourquoi pas ? d'abolir le déchirement humain qu'implique la différence des sexes à laquelle le droit des personnes donne statut. On a dépassé le stade du lent et insensible travail de sape des catégories normatives, cyniquement appelé "perte des repères" par les générations au pouvoir. Investir là-dedans, c'est investir dans la violence de demain, la violence qui est toujours le lot de la perte des repères²⁸. »

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

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

27. Philippe Malaurie, *Répertoire du Notariat Defrénois*, n° 13-14, juillet 1998, p. 879.

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

« Certains pays, comme le Danemark et la Norvège, admettent un "mariage" entre homosexuels. C'est une institution aussi difficile à comprendre qu'à admettre socialement et moralement²⁹. »

L'argument du sacrifice et de la récompense

« 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 législateur³⁰. »

« Le droit récompense ceux dont l'amour supposé ou la communauté de vie présentent un intérêt social. » Intérêt défini par l'auteur comme suit : « Si l'intérêt social classique de l'ordre politique, de la procréation, de l'éducation des enfants justifie que les communautés de vie qui y répondent jouissent d'une reconnaissance générale, automatique et complète de la part du droit, pour les autres, dont l'intérêt public était jugé nul antérieurement, il nous semble que la réponse doit être désormais différente. » Et voici la conclusion de l'auteur : « Le domaine peut être rapidement balisé. Le secteur des relations personnelles devrait être hors négociation. (...) Le secteur des relations patrimoniales est beaucoup plus prometteur³¹. »

L'argument canonique et la tradition

« Le canon 1096 du Code canonique de 1983 le dit bien mieux que le Code civil : "(...) le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle³². » »

29. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. La famille*, Cujas, 1995-1996.

30. Jean Hauser, *op. cit.*, p. 255.

31. *Ibid.*, p. 256.

32. Bernard Beignier, « Une nouvelle proposition de la loi relative au CUS : copie à revoir », *Droit de la famille, Juris Classeur*, Chronique, avril 1997, p. 4.

« La structure du mariage en Occident remonte à plus de deux mille ans. Il n'est donc pas plus facile de rompre l'héritage institutionnel que d'imaginer les conséquences qui peuvent en résulter dans les représentations que nous en avons³³. »

« La loi du 27 janvier 1993 a, presque clandestinement, conféré aux homosexuels certains des droits que la Sécurité sociale attache au concubinage : (...) Comp. Genèse, XVIII, 20 : « Dieu dit : le cri contre Sodome et Gomorrhe est bien grand ! Leur péché est très grave³⁴. » »

Afin de justifier le licenciement d'un sacristain homosexuel de la paroisse intégriste Fraternité Pio X, la cour d'appel de Paris évoque entre autres le fait « qu'il est constant que l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Église catholique avec une fermeté qui ne s'est jamais démentie, pour être radicalement contraire à la loi divine inscrite dans la nature humaine³⁵ ».

L'argument du sentiment de la France profonde

L'avocat général de la Cour de cassation note dans ses conclusions que « (...) la sagesse populaire, commune à toutes les nations, a peut-être quelque raison de considérer que, dans ce domaine, ne sont réellement conformes à la nature que les comportements qui correspondent à la différenciation anatomique et à la complémentarité morphologique des sexes résolument voulues par elle...³⁶ ».

« (...) c'est au sentiment de tout un peuple qu'il faut demander la conception régnante des rapports entre les sexes. Toutes les opinions sont sous le ciel (on aura deviné la mienne). Mais la

33. « PaCS, les pièges d'un nouveau jeu de la loi », (entretien avec Irène Théry et Catherine Labrusse-Riou dans *Le Monde de l'éducation*, op. cit., p. 43).

34. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. La famille*, op. cit. (note de bas de page 1) dans le chapitre I sur le concubinage.

35. Cour d'appel de Paris, 30 mars 1990, Recueil Dalloz Sirey, 43^e cahier Jurisprudence, p. 597.

36. Cour de cassation (chambre sociale), conclusions de M. Marcel Dorwling-Carter, avocat général à la Cour de cassation, arrêt du 11 juillet 1989, *Gazette du Palais*, 14 avril 1990, p. 223.

seule question décisive est au-dessus de moi : *la France dans ses profondeurs*, est-elle ou non favorable à l'assimilation ? Ma conviction est que non³⁷. »

L'argument de la supériorité économique des couples homosexuels

« Toutes les études sociologiques ont prouvé que généralement le couple homosexuel a des revenus supérieurs au couple hétérosexuel pour d'évidentes raisons. Il est donc déraisonnable d'offrir à tous les mêmes avantages dès lors que les justifications de ces avantages manquent³⁸. »

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

« Le seul véritable problème de cette union, c'est l'organisation du transfert du patrimoine de l'un des compagnons à l'autre par le droit successoral³⁹. »

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

« Même si l'on accepte un instant l'idée qu'après tout une proposition de loi peut s'honorer en poussant ses prétentions jusqu'à la limite du ridicule cette *furia matrimoniale* laisse rêveur... Ce d'autant mieux que l'éventuelle aggravation des déficits de l'État et des caisses de Sécurité sociale qui risque de résulter de telles mesures, si le contrat d'union sociale obtenait le succès escompté, devrait être prise en charge par la totalité des contribuables et des assurés sociaux⁴⁰. »

37. Gérard Cornu, *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 1996, p. 73, note de bas de page 8.

38. Bernard Beignier, *art. cit.*, p. 6.

39. Bernard Beignier, *ibid.*, p. 8.

40. Alain Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *art. cit.*, p. 7.

« Le CUS représente un moyen très commode de fraude, détournement et évasion⁴¹. »

L'argument du nombre limité des couples homosexuels demandeurs

« La demande sociale des couples homosexuels est sans doute surestimée : le Danemark n'a guère connu plus de mille cinq cents « unions de partenaires » depuis la loi du 1^{er} octobre 1989⁴². »

La « différence homosexuelle » comme légitimation de sa discrimination

L'horreur que l'homosexualité provoquait autrefois permettait de condamner les individus qui la pratiquaient sans avoir recours à des arguments juridiques, l'appel au bon sens suffisait. En 1851 la cour d'appel d'Angers, pour se référer à l'homosexualité, parlait de « faits qui révoltent la nature, de ces faits auxquels la passion la plus violente ne peut jamais servir d'excuse... ». L'homosexualité était considérée par les juges comme un « acte honteux », une « honteuse passion », « un acte immoral » ou une « passion morbide »⁴³. Plus d'un siècle et demi plus tard, la cour d'appel de Rennes refusait tout droit d'hébergement des enfants en considérant que les relations homosexuelles du père « sont immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur les jeunes mineurs⁴⁴ ». Dans un même registre, les allégations d'homosexualité constituent nécessairement une « atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne⁴⁵ ». Bien qu'une évolution ait pu être constatée, le caractère immoral ou pathologique de l'homosexualité

41. Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 4069.

42. François Gaudu, *art. cit.*, p. 24.

43. Pour une analyse plus approfondie voir mon article « Statut juridique de l'homosexualité et droit de l'homme », *Cahiers Gai Kitsch Camp*, n° 28, février 1995, pp. 99-116.

44. Ch. 6 sec. I, 1989-09-27.

45. Cour d'appel de Paris, 26 février 1986.

sexualité continue à faire consensus dans les raisonnements des privatistes. Ainsi, la conceptualisation du couple doit se faire, d'après H. Lécuyer, en référence à deux ordres métaphysiques : l'« ordre immanent aux faits » et l'« ordre du Bien ». Autrement dit, ce n'est pas parce qu'il existe des couples homosexuels que le droit doit les instituer comme tels, d'autant plus que cette forme de vie du couple est contraire au Bien (en majuscule), c'est-à-dire à Dieu. Et malgré le fait que l'homosexualité ne soit plus considérée comme un péché, un crime ou une maladie, la doctrine des privatistes n'hésite pas à mettre en avant le caractère immoral et a-social des comportements homosexuels pour justifier un traitement discriminatoire. Avec l'utilisation des expressions telles que « abus de minorité », « comportement mortel pour la société », ou « assemblages illicites et immoraux », les juristes renouvellent le discours d'hostilité envers les homosexuel/les. Alors que de nombreuses réformes du Code civil ont permis d'adapter le droit aux nouvelles réalités sociales, aucune n'a suscité tant de violence de la part des juristes. En effet, la demande de reconnaissance des couples de même sexe est considérée comme « le rêve le plus fou⁴⁶ », fruit d'une « véritable perversion ». Une transgression ne peut nullement être officialisée, pour cette doctrine, et le droit doit résister « à la provocation⁴⁷ » homosexuelle. Ainsi, de par leur simple orientation sexuelle, des personnes sont signalées comme porteuses d'une mission subversive destinée à mettre fin à la culture occidentale. On ne peut pas s'empêcher d'entrevoir dans ces propos ce qui a pu être dit autrefois sur d'autres minorités, ainsi en caractérisant un ensemble de personnes par des attributs tels que la race, le sexe, l'appartenance religieuse ou l'orientation sexuelle, attributs considérés comme essentiels et irréductibles, ce discours met en œuvre une entreprise d'exclusion.

46. Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 7.

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

L'indulgence vis-à-vis de l'homosexualité en tant que liberté individuelle semble constituer la limite des concessions faites par le droit : « Tolérer une situation est une chose, la reconnaître en est une autre ! » conclut une chronique juridique⁴⁸. Si l'existence de comportements homosexuels ne semble pas trop inquiéter le juriste « libéral », en revanche toute revendication est perçue comme abusive : « En tant que telle la communauté homosexuelle est une réalité, signale Xavier Agostinelli, ce qui dérange et qui appelle le déploiement de l'étendard des mœurs, ce n'est pas tant qu'elle existe, ce sont bien plus les dérapages ou les abus qu'elle n'est pas, parfois, sans susciter⁴⁹. »

De même que le droit effectue des traitements différentiels dans d'autres situations (mineurs, femmes enceintes, incapables, malades, étrangers...)⁵⁰, les arguments avancés par la doctrine contre les unions de même sexe justifieraient le traitement exceptionnel réservé aux homosexuels. Après tout, le Conseil constitutionnel n'a cessé de rappeler que : « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes⁵¹ », mais pour faire valoir ce principe, il faudrait encore prouver que les homosexuels constituent une catégorie méritant un traitement d'exception. L'entreprise de la doctrine consiste ainsi à définir la « différence homosexuelle », à la rendre essentielle et à enfermer des individus dans une catégorie nécessairement préétablie et non négociable par les intéressés. Les comportements homoérotiques doivent être tolérés en tant que pure liberté mais ils ne peuvent pas prétendre à une quelconque qualification juridique. Ce point de vue est clairement exprimé par Gérard Cornu lorsqu'il

48. Béatrice Vial-Pedroletti, « Le concubinage homosexuel sous les feux de l'actualité... et les foudres de la jurisprudence ! », *art. cit.*

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

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

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

écrit : « Si les unions autres qu'hétérosexuelles ont droit au respect de la vie privée, elles n'ont aucune consécration à attendre de la société, parce que la société a pour principe (de vie, de subsistance) l'hétérosexualité qui l'a fait naître, croître et se multiplier, de génération en génération, de telle sorte que toute union autre qu'hétérosexuelle est liberté non institution, se mettant elle-même, sur ce point, en dehors du pacte social et de l'égalité civile⁵². »

Ainsi, à partir d'une norme sexuelle implicite, le discours dominant entend bien distribuer des prérogatives en fonction d'un critère prédéterminé qui n'est autre que celui de la supériorité morale et sociale des comportements hétérosexuels. Selon François Gaudu, si la société tolère l'homosexualité, « de ce principe de liberté, il est cependant très difficile de passer à l'idée que l'État doit reconnaître tel ou tel comportement sexuel⁵³ ». Si quelque chose revient aux couples de même sexe c'est seulement sous la forme d'une concession philanthropique ou compassionnelle, qu'une majorité hétérosexuelle serait prête à faire à la « génération sida ». Car si l'homosexualité est condamnable, ceux et celles qui la pratiquent méritent néanmoins la compassion du juriste. En effet, Alain Sériaux, après avoir considéré l'homosexualité comme « acte contre nature », tient à préciser qu'il ne juge pas les personnes mais leurs seuls actes⁵⁴. Si la notion de péché articule le discours du militant de l'Opus Dei, pour d'autres juristes, l'homosexualité est présentée comme dérèglement psychologique. Ainsi, Jean Hauser estimerait que la personnalité homosexuelle se caractérise par l'impossibilité de reconnaître l'autre dans sa différence sexuelle. Pour se référer à la vie affective entre personnes du même sexe, le juriste utilise les termes « couple homothétique », « couple homogène », « couple de sexe uniforme », « couple de sexe semblable », « couple homonyme » ou encore « couple homozygote »⁵⁵ par opposition à la norme hétérosexuelle caractérisée, elle, par la diversité, la variété, la référence à l'opposé de soi,

52. Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 74, n. 8.

53. François Gaudu, *art. cit.*, p. 19.

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

55. Jean Hauser, « Couple et différence de sexes », in *La Notion juridique de couple*, *op. cit.*.

à l'altérité. De même que dans les théories psychiatriques du XIX^e siècle, l'homosexuel est peint comme un narcissiste structurel incapable de reconnaître l'autre comme différent de lui, souffrant, par conséquent, d'une « stérilité affective ».

Les juristes nous mettent en garde contre la demande excessive, contre cette « offensive⁵⁶ » menée par les homosexuels car céder à ce « phénomène de mode » et à l'« égalitarisme ambiant » impliquerait non seulement de mettre en danger le principe d'hétérosexualité, constitutif de tout lien affectif susceptible d'être reconnu par la société, mais aussi de mettre en péril les fondements même de notre civilisation. Ce fantasme « culturicide » se laisse entrevoir non seulement dans les commentaires de la doctrine réactionnaire mais aussi dans les analyses de certains auteurs qui ont pu, jusqu'ici, revendiquer des positions progressistes. L'hétérosexualité comme forme de relation entre les sexes est ainsi élevée au rang de « métaphysique anthropologique ». Aussi bien Irène Théry que Jean Hauser sont d'accord pour considérer que la différence de sexe est une question préjuridique et présociale à laquelle le législateur devrait donc se soumettre. Ainsi, « ordre naturel » et « ordre symbolique » (présenté sous la forme d'une naturalisation de la culture) se rejoignent pour légitimer, chacun à sa façon, les discriminations des personnes homosexuelles vis-à-vis des droits familiaux.

L'ensemble de commentaires de la doctrine des privatistes profile une sorte de construction juridique de l'homosexuel. Ce personnage, défini par sa singularité, est caractérisé à partir des traits qu'on lui attribue et auxquels il ne peut pas échapper. C'est cette singularité essentielle qui viendrait justifier le traitement discriminatoire, effectué par le droit. En dehors du droit commun, l'homosexuel ne participe pas des caractéristiques communes à l'ensemble des personnes hétérosexuelles « normales ». Dans le fantasme des juristes il est plutôt un homme,

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

dangereux pour les enfants, narcissique car incapable de reconnaître et d'aimer l'autre, il est infidèle, riche et, de par sa nature subversive, dangereux pour l'ordre social. Ces hommes riches et dangereux sont également organisés dans de puissants lobbyings ayant pour but la destruction des fondements anthropologiques de la culture occidentale. Dans le meilleur des cas, il s'agit d'irresponsables, incapables de mesurer les conséquences de leurs revendications. De plus, en brandissant une indifférenciation menaçante, ces individus, à la fois inutiles et dangereux pour la culture, trahissent également leur mission « naturelle » : la subversion de l'ordre établi⁵⁷. Ainsi, du conservatisme de droite au différentialisme de gauche, l'homosexuel/le est piégé/e par une logique identitaire lui octroyant un statut au sein du couple, de la famille et de la société.

MODÈLE RÉSIDUEL ET MODÈLES ÉMERGENTS

Au-delà de la difficulté à penser l'homosexualité, l'impossibilité à accepter l'union homosexuelle provient souvent de l'attachement à un modèle familial de type résiduel et auquel on continue d'attribuer non seulement le monopole de la normalité mais aussi le berceau des vertus morales. Le refus des droits aux couples de même sexe n'est que la manifestation paradigmatique de cet attachement et implique en même temps la négation d'une réalité émergente, caractérisée par une pluralité des couples et des familles, par une organisation de moins en moins hiérarchique des ménages et par une désaffection de l'assignation classique des sexes à des rôles clairement prédéterminés, aussi bien au niveau du couple que de la filiation⁵⁸. La structure familiale change et, face à cette situation, « le droit de la famille cherche désespérément une boussole⁵⁹ ». Devant la pluralité et la complexité des nouvelles familles, la tentation est grande de se replier sur soi, essayant ainsi de trouver refuge dans un

57. Sylviane Agacinski, *Politique des sexes*, Seuil, Paris, 1998.

58. Pour une analyse approfondie de cette évolution voir Jacques Commaille et Claude Martin, *Les Enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.

59. Jacques Normand, *op. cit.*, p. 141.

modèle idéal qui trouverait son fondement dans l'ordre incontestable de la nature des choses.

L'image résiduelle d'une famille « naturelle » de type nucléaire, fondée exclusivement sur le mariage – plus proche du mythe que de la réalité⁶⁰ – trouve ses racines dans l'idéal bourgeois du Code civil de 1804. Ce dernier consacre l'ordre patriarcal au sein duquel se dessinent clairement les destins civils de chacun des membres de la famille : la femme mariée devient mère et règne sur la domesticité⁶¹, l'homme, dépositaire de l'autorité familiale, apparaît comme le garant du couple et de la lignée⁶². La soumission des femmes dans le ménage, la condamnation plus sévère de l'adultère féminin et le monopole matrimonial de la filiation légitime marquent les contours d'une organisation familiale symétrique à l'organisation sociopolitique. La solidité de la nation tout entière passe par l'adhésion à ce modèle statutaire de la famille, par définition indisponible pour les individus qui la constituent. Dans cette vision holistique, le familial et le politique se confondent en faisant de la primauté du social sur l'individuel le pilier de l'ordre juridique⁶³. Selon ce modèle résiduel, tout projet existentiel, autre que celui qui est issu de la vie familiale légitime, ne peut être que moralement et politiquement condamnable. Concubins,

60. Comme l'a bien montré Stephanie Coontz dans son ouvrage *The Way We Never Were: American Families and the Nostalgia Trap*, New York, Basic Books, 1992.

61. Comme dans le droit romain, avec les institutions de la tutelle des femmes et la *manus* qui rejoint la puissance paternelle et la puissance maritale, dans le système du Code Napoléon, la femme doit être, par sa condition naturelle, sous tutelle masculine. La cause de son incapacité sera sa nature (son sexe) *fragilitas, imprudentia, imbecillitas sexus*. Afin de dépasser cet « état de fait » elle devra passer par l'homme (père ou mari) pour acquérir un statut social : fille d'abord, épouse ensuite et enfin mère. En tant que fille assujettie à la tutelle paternelle jusqu'au mariage où son mari reprend le contrôle laissé par le père elle garde toujours, elle, évidemment, son statut d'incapable.

62. « En ce qui concerne l'établissement de la filiation, la supériorité de la filiation légitime tient essentiellement à l'existence de la présomption de paternité qui rattache automatiquement au mari les enfants de son épouse », Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *Traité de droit civil, la famille*, Paris, LGDJ, 1989, p. 193.

63. Voir la typologie des modèles familiaux de Jacques Commaille dans la deuxième partie de son ouvrage *L'Esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.

célibataires ou enfants naturels sont livrés au même sort : la sous-citoyenneté juridique et l'opprobre social.

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

L'évolution des mœurs et l'ensemble des réformes légales entreprises depuis la fin des années 1960 ont profondément changé la physionomie de la famille. Produit du déclin moral pour les uns ou résultat de la victoire de l'individu sur l'ordre social pour les autres⁶⁴, le droit de la famille se caractérise aujourd'hui par une plus grande égalité entre ses membres, par le partage de l'autorité et des responsabilités parentales, par une dissociation entre sexualité, reproduction et filiation ainsi que par la coexistence des différentes formes de conjugalité. Les réformes successives⁶⁵ ont abouti à un système qui prend comme modèle non plus le mariage mais « le "couple parental" »,

64. Voir l'analyse faite par Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *Recueil Dalloz*, 1997, 18^e cahier Chronique, pp. 133-137.

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

hétérosexuel, égalitaire, monogame (au moins séquentiellement) et indissoluble à l'égard des enfants⁶⁶ ». Ce modèle familial plus égalitaire que hiérarchique, plus associationniste que statutaire est régi désormais davantage par la notion de vie privée que par celle d'ordre public.

En s'opposant à la famille patriarcale, la revendication politique des homosexuel/les radicalise le modèle familial actuel. Ainsi, débarrassé de la condition d'hétérosexualité, le système présent céderait la place à un autre dans lequel les couples mais également les parents homosexuels trouveraient un droit de cité. C'est au seuil de ce nouveau modèle émergent⁶⁷ que la célèbre maxime du doyen Carbone, « À chacun sa famille, à chacun son droit », prendrait tout son sens.

Face à une telle situation, les juristes sont partagés en trois camps. Un camp ultraconservateur qui prend la défense du modèle résiduel de type patriarcal; un camp moins conservateur caractérisé par l'acceptation du modèle familial actuel considéré comme plus égalitaire vis-à-vis des femmes et des enfants, mais demeurant néanmoins exclusivement hétérosexuel⁶⁸ et enfin, un camp égalitaire qui, partant du modèle actuel, essaye de le faire évoluer vers un autre caractérisé non seulement par l'égalité des filiations et des sexes mais aussi par la non-discrimination des différentes orientations sexuelles. D'après ce dernier, il n'existe pas de raisons valables pour abandonner la logique de l'égalité (appliquée déjà aux femmes et aux enfants) lorsque le droit doit statuer de l'avenir des unions de même sexe⁶⁹.

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

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

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

69. Voir en ce sens le numéro spécial de la revue *Témoin* consacré à la famille, n° 12, mai-juin 1998, notamment les articles d'Éric Fassin « L'illusion anthropologique : homosexualité et filiation », et de Daniel Borrillo, « Homosexualité et liberté matrimoniale ». Voir également le n° 12-13 de la revue *Le Banquet* consacré aux mariage, union et filiation, septembre-octobre 1998, CERAP, Paris 1998, notamment mon article « Les unions de même sexe :

Les difficultés auxquelles se heurte la doctrine conservatrice à reconnaître les membres d'une union homosexuelle comme concubins ou en tant que conjoints sont dues surtout aux préjugés vis-à-vis de l'homosexualité, et à une vision du couple de type préétatique et présocial. Le recours à cette conception essentialiste des ménages et des filiations empêche de concevoir autrement l'organisation familiale. Le secteur moins conservateur, pour sa part, en faisant de la différence des sexes la condition du modèle actuel, n'arrive pas à appréhender l'évolution de ce modèle vers un autre plus à même d'assurer un véritable pluralisme familial⁷⁰.

C'est encore une fois une vision statutaire, voire canonique, du mariage qui fut mise en avant par la doctrine des privatistes pour refuser aux couples de même sexe la liberté de se marier. Alors que la France fut le premier pays à rompre le monopole ecclésiastique en matière familiale, les juristes n'hésitent pas à faire valoir le vestige sacramental afin de démontrer que l'élargissement de celui-ci aux couples homosexuels constituerait une dénaturation de l'institution⁷¹. Mais de quelle nature parlent-ils et à quoi fait-on référence lorsque l'on justifie l'exclusion des unions de même sexe du droit au mariage ? Si la mesure permettant de déterminer l'éventuelle participation des partenaires homosexuels à la liberté matrimoniale est donnée par le mariage traditionnel, d'inspiration sacramentale, hautement hiérarchisé et de type patriarcal, on cherchera vainement les arguments favorables à ces types d'unions. En revanche, si la perspective d'analyse est celle d'une institution de nature civile, plutôt contractuelle et de type égalitaire, l'inclusion des unions homosexuelles devient alors juridiquement concevable. Se dessaisir du modèle résiduel de l'institution matrimoniale et analyser les traits de son évolution constitue la *conditio sine qua non* pour mieux comprendre la nouvelle physionomie du mariage

entre mariage impossible et concubinage improbable », pp. 125 *sqq.* Voir également la revue *La Mazarine* du mois de mars consacré à la question.

70. Voir Sylviane Agacinski, *Politique des sexes*, *op. cit.* Voir également, Irène Théry, « Le CUS en question », *art. cit.*

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

d'aujourd'hui et les caractéristiques de son profil de demain. En effet, pour ce modèle associationniste des couples et des familles, aussi bien le sexe que l'orientation sexuelle de ses membres devraient être considérés comme des éléments tout à fait indifférents pour le droit. Dire le contraire reviendrait à introduire une obligation de reproduction ou, dans le meilleur des cas, une prohibition des pratiques contraceptives et de l'IVG dans le mariage.

CONCLUSION

L'absence d'arguments juridiques de la doctrine et l'appel abusif et décousu à des pseudo-théories psychanalytiques ou anthropologiques montrent bien les difficultés à penser l'homosexualité en d'autres termes que ceux de la condamnation plus ou moins masquée. Comment expliquer autrement ces références à la Nature, à l'Ordre symbolique, au Bien ou au droit canonique dans un système juridique dégagé depuis plus de deux siècles des fondements métaphysiques invoqués par les juristes ? Comment continuer à utiliser l'argument de la finalité reproductive du mariage dans un système matrimonial dans lequel non seulement une quelconque obligation de reproduction est inexistante et, au sein duquel, l'épouse a le droit d'utiliser des moyens contraceptifs, même contre la volonté du mari ? Comment prétendre sérieusement priver les couples homosexuels de l'exercice d'un droit fondamental sous prétexte qu'ils ne sont pas assez nombreux ou qu'ils sont plus riches que les autres couples ? À partir de quelles études sociologiques comparées peut-on considérer que les homosexuel/les sont plus porté/es vers l'infidélité que les hétérosexuels⁷² ?

À l'égard de quel autre groupe minoritaire aurait-on pu préférer autant d'idées reçues ? Imaginons un instant que ce qui a été affirmé à propos des homosexuel/les soit dit des Juifs, des Noirs ou des femmes... À quelles sanctions s'exposeraient ceux

72. Sous la plume de Catherine Labrusse-Riou on peut lire : « C'est bien le problème que posent les couples homosexuels qui, parce qu'ils sont rarement fidèles, requièrent que la fidélité soit exclue du statut qu'ils revendiquent par ailleurs », *La Notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 86.

qui tiennent un tel discours ? Derrière les violentes critiques des couples de même sexe, on entrevoit la nostalgie de la famille traditionnelle avec sa hiérarchie et ses rôles figés. Pour cette doctrine, la reconnaissance des couples homosexuels n'est qu'un degré de plus dans la décadence propre à la conception contractualiste du mariage. C'est cette même « idéologie de droits de l'homme », pour reprendre l'expression de Jean Hauser, qui fut à l'origine de la désintégration du modèle mythique de famille. L'égalité des femmes, l'égalité des filiations, le divorce, la contraception, voici tant d'éléments précédant la revendication des « adeptes de l'homosexualisme⁷³ ». Mais derrière cette conception monolithique de la famille se cache également une vision du social et du politique dans laquelle la nostalgie de l'ordre, la simplicité, l'évidence et la hiérarchie ont joué un rôle fondamental⁷⁴.

L'égalité est un principe fondateur de l'État de droit. Les appels à la religion, à la tradition, à la morale, à la finalité reproductive du mariage ou à l'intérêt de l'enfant ne constituent pas de véritables arguments permettant d'abandonner l'application de ce principe d'égalité pour les unions de même sexe. « Tout se passe comme si la promesse d'universalité, à peine prononcée, se déclinait comme une menace », c'est alors que la raison démissionne, cédant la place à la peur et à la méfiance, comme le note Évelyne Pisier : « L'ordre moral hétérosexuel s'effraie de ces couples que l'altérité sexuelle ne caractérise pas. Le bien-pensant ne tolère l'homosexualité qu'à condition de la tenir pour une sexualité accidentelle, particulière, hors norme. C'est pourquoi il multiplie les obstacles pour qu'elle ne puisse se glisser, à égalité, comme les autres dans le moule juridique du couple, de la conjugalité et a fortiori de la parentalité⁷⁵. »

La question « homosexuelle », ou à mieux dire la question

73. Comme s'il s'agissait d'une secte, M. Marcel Dorwling-Carter, pour se référer à la question, parle de l'homosexualité et ses adeptes, conclusion de l'avocat général, *Gazette du Palais*, 14 avril 1990, p. 220.

74. « La famille constitue ainsi la genèse de l'autorité politique : la hiérarchie qui l'ordonne "naturellement" inscrit le pouvoir politique lui-même dans sa dimension naturelle et le justifie comme une évidence... de nature », Jacques Commaille et Claude Martin, *Les Enjeux politiques de la famille*, op. cit., p. 19.

75. Art. cit.

« homophobe », met en évidence, une fois de plus, les difficultés à vivre dans un monde caractérisé par la pluralité, qu'elle soit de nature politique, religieuse, ethnique, linguistique... Les différentes sexualités font également partie du pluralisme social. L'hétérosexualité ne bénéficie plus du monopole de la « bonne sexualité », elle coexiste avec d'autres formes d'orientation sexuelle telles que l'homosexualité ou la bisexualité.

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