



HAL
open science

Le mariage homosexuel

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le mariage homosexuel : Vers une égalité radicale. La Mazarine, 1999, Le troisième sexe: dossier homosexualité et famille, 1 (1 printemps). hal-01242214

HAL Id: hal-01242214

<https://hal.science/hal-01242214>

Submitted on 11 Dec 2015

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

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

Le mariage homosexuel: vers une égalité radicale

Daniel Borrillo

J'aimerais commencer par dénoncer un certain nombre de malentendus concernant la définition du terme « mariage ». En effet, lorsque quelques spécialistes parlent du mariage, ils ne donnent pas à ce terme la même signification. Ceci est encore plus grave chez les juristes, car ayant une définition juridique du mariage civil extrêmement précise et avec des contours clairement déterminés, ils en font un usage peu rigoureux. De deux choses l'une : soit on se met d'accord pour parler du mariage d'un point de vue juridique ; soit on accepte qu'il y ait un certain nombre de juristes qui utilisent la notion de mariage dans un sens autre que celui du droit.

Enfin, sans vouloir faire un procès d'intention à la bonne foi de mes collègues, je voudrais vous parler de ce qui est écrit dans la presse juridique spécialisée, et vous proposer une lecture critique, afin de rétablir les contours de la définition du mariage afin de mieux comprendre le débat actuel sur l'élargissement de celui-ci à l'ensemble des partenaires homosexuels et hétérosexuels.

J'ai été très étonné de constater qu'il y a entre le camp des conservateurs et celui de quelques groupes homosexuels issus de 68, des zones de confluences et des points de vue convergents. En effet, les partisans de ces deux camps, farouchement opposés dans tous les domaines de la vie politique et sociale, se rejoignent dans une position commune pour s'opposer à l'élargissement du mariage aux unions de même sexe. J'interprète ce fait comme la projection de l'image que les uns et les autres se font de cette « institution contractuelle ». Bien entendu, ces images ne sont jamais innocentes. Le montage qui permet leur efficacité politique et morale est fondé sur des idées reçues, bien qu'elles soient rarement nommées. Du côté des conservateurs, l'idée sous-jacente est celle de l'homosexualité considérée comme un phénomène contagieux, et donc susceptible de contaminer des individus qui ne seraient pas encore affirmés dans leur sexualité. On voit ainsi réapparaître la vieille notion de « fléau social » instaurée par la loi du 30 juillet 1960, puis abrogée en 1982. Du côté des 1, il s'agit de l'idée que les homosexuel(les), constituent non seulement une communauté organisée, mais que celle-ci est porteuse d'une identité et d'un destin subversifs. Les uns craignent que les homosexuels ne contaminent les individus et les institutions hétérosexuels ; les autres prétendent que c'est aux homosexuel(les) de contribuer substantiellement à faire disparaître toutes les institutions sexistes et homophobes, dont le mariage. Entre ces deux points de vue – opposés quant à leurs origines mais produisant les mêmes effets – nous trouvons les défenseurs d'un régime juridique d'exception : les homosexuel(les) étant différents, il est normal qu'ils reçoivent un trai-

tement juridique différencié. Ainsi, pour ce courant différencialiste, le modèle du « partenariat enregistré » à la scandinave apparaît comme la solution la plus adéquate.

Avant d'entrer dans le débat purement juridique, nous devons nous débarrasser de ces deux préjugés : *l'homosexualité-contagieuse* et *l'homosexualité-levure-révolutionnaire*. De toute évidence, l'homosexualité n'est pas contagieuse. Pas plus que l'hétérosexualité qui n'a jamais atteint les homosexuel(les), pourtant tous issus de familles hétérosexuelles. D'autre part, les homosexuel(les) ne constituent pas un sujet politique. Ils ne sont pas porteurs d'un quelconque destin subversif, et rien ne nous permet de parler de l'homosexualité au singulier car, il y a autant d'homosexualités que d'homosexuel(les). Penser l'homosexualité comme un « fléau social » ou lui attribuer des pouvoirs subversifs, ne fait que renfermer les personnes dans une identité qui est rarement choisie. De même que la race, l'appartenance religieuse, le sexe ou les origines sociales, l'orientation sexuelle sont des données absolument impertinentes pour qualifier le sujet de droit.

Lorsque l'on parle du couple, nous savons qu'actuellement la protection juridique la plus efficace demeure le mariage. Seul le mariage produit tous les effets civils et sociaux. C'est la seule institution reconnue au niveau international. Elle organise la vie à deux sur les plans patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Au-delà des fantasmes et des idées reçues, je pense que nous sommes ici tous d'accord pour considérer le mariage avant tout comme un droit fondamental, proclamé par l'ensemble des conventions internationales de protection des Droits de l'Homme.

Quelles sont-elles les raisons invoquées par la doctrine pour écarter les individus par leur seule orientation sexuelle de la participation et de l'exercice d'une telle liberté fondamentale ?

De la part de juristes, on pourrait s'attendre à des arguments juridiques, or, rien n'est moins évident.

Voici les principaux arguments invoqués par la doctrine durant les douze derniers mois. Le premier argument récurrent est celui de la procréation : « Le couple n'est un « sujet » de droit (ou destinataire ?) que parce qu'il répond à deux fonctions essentielles. Une première fonction politique qui en fait une petite famille au sein de la grande, une seconde fonction évidente parce que naturelle et d'ailleurs liée à la première (sauf à admettre que l'État programme son autodestruction) qui est celle de la procréation » .

Le mariage ayant comme fonction la reproduction, François Gaudu se demande si : « n'y a-t-il pas là 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 les statuts du mariage, le droit renvoie simplement à cette banalité que nous sommes tous nés d'un homme et d'une femme » .

Un autre argument utilisé systématiquement dans tous les commentaires juridiques est celui du sacrifice et de la récompense. Ainsi, Jean Hauser remarque : « à l'État de récompenser par de substantiels privilèges ceux qui ont accepté la discipline, le couple matrimonial paye donc par d'importantes contraintes les cadeaux du législateur, le droit récompense ceux dont l'amour supposé ou la communauté de vie présente un intérêt social ». Cet intérêt est défini par l'auteur lui-même, lorsqu'il souligne : « si

1 cf. Jean Hauser, *les communautés taisesibles*, Recueil Dalloz, 1997, 30^e Cahier Chroniques, p. 255.

2 cf. François Gaudu, *À propos du Contrat d'Union Civile, Critique d'un profane*, Recueil Dalloz, 1998.

l'intérêt social classique de l'ordre politique de la procréation et de l'éducation des enfants, justifie que la communauté de vie qui y répond, jouisse d'une reconnaissance générale, automatique et complète de la part du droit, pour les autres, dont l'intérêt public est jugé nul antérieurement, il nous semble que la réponse doit être désormais différente ». Et voici la conclusion du professeur Hauser sur la question : « Le domaine peut être rapidement balisé. Le secteur des relations personnelles devrait être hors négociation. Le secteur des relations patrimoniales est beaucoup plus prometteur ».

Un troisième argument que l'on trouve également dans les propos des juristes, est celui du mariage canonique. J'étais assez étonné de voir cité le mariage canonique dans des revues spécialisées en droit positif laïc. Voici ce qu'en dit Bernard Beignier dans un article de la revue *Droit de la Famille* : « Le canon 1096, du code canonique de 1983, le dit bien mieux que le code civil : le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle ». Après avoir traité les unions de même sexe « d'assemblages illicites et immoraux », 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 doute ». Se référant aux auteurs de la proposition de loi, 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 ressemble ». Faisant sienne la position de l'Église catholique, le juriste signale dans la note n°66 du même article : « Qu'il soit bien claire que nous ne jugeons pas ici les personnes mais leurs seuls actes ». Pour le même courant théologico-juridique : « Le couple homosexuel ne devrait être assimilé au couple hétérosexuel (...) pas de CUC incestueux, homosexuel, pédophile ou polygame ». De surcroît et « face à la montée du matérialisme », le juriste nous propose d'invoquer Saint-Bernard pour qu'il nous rende plus humbles .

L'argument le plus étonnant est probablement celui de la supériorité économique des couples homosexuels. Ainsi, d'après Beignier : « Toutes les études sociologiques ont prouvé que généralement les couples homosexuels ont des revenus supérieurs aux couples hétérosexuels, pour d'évidentes raisons. Il est donc déraisonnable d'offrir à tous les mêmes avantages dès lors que les justifications de ces avantages manquent ». L'argument de la finalité purement patrimoniale des unions du même sexe est également invoqué par Beignier lorsqu'il note que « le seul véritable problème de cette union est l'organisation du transfert du patrimoine de l'un des compagnons à l'autre par le droit successoral ».

Un autre argument utilisé souvent est celui du nombre limité des couples homosexuels demandeurs d'un tel droit. En ce sens, Gaudu, dit : « la demande sociale des couples homosexuels est sans doute surestimée. Le Danemark n'a guère connu plus de 1500 unions de partenaires depuis la loi du 1^{er} octobre 1989 ».

3 cf. Bernard Beignier
« Une nouvelle proposition
de lois relative au contrat
d'union sociale. Copie
à revoir » in *Droit de la
Famille*, 1997.

4 cf. Alain Sériaux,
« Être ou ne pas être :
les ambiguïtés juridiques
de la constitution légale
d'un contrat d'union
civile », in *Chroniques
Droit de la Famille, Juris
Classeur*, mars 1998.

5 Ibidem.

6 cf. Philippe Malaurie,
« Note sous Conseil
d'État », arrêt du 9 octobre
1996, *Dalloz*, 1997
Jurisprudence, p. 119.7

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

8 cf. Bernard Beignier,
« Une nouvelle proposition
de la loi relative au CUS.
Copie à revoir », in *Droit
de la famille*, avril 1997.

L'éventuel danger pour les enfants fut également utilisé comme argument pour exclure les homosexuels du mariage. Ainsi, Gaudu note: « Le véritable enjeu depuis le début est de permettre aux couples homosexuels de se procurer des enfants. L'excès prépare le retour de bâton ». Laurent Leveneur dans son article « Les dangers du Contrat d'Union Civile et Sociale » (*Semaine Juridique*, n° 50, 1997), note: « Sans doute les couples homosexuels auront-ils la satisfaction d'obtenir la réalisation d'un de leurs désirs, mais à l'évidence au prix de l'intérêt de l'enfant qui doit pourtant être la considération primordiale en la matière, puisque l'engrenage doit inéluctablement aboutir à des résultats inacceptables, c'est l'engrenage lui-même qu'il faut se garder d'enclencher ».

D'un autre ordre que juridique, voici l'argument qui évoque le danger pour l'ordre symbolique et la culture. En effet, dans son article, *Le Contrat d'Union Sociale en question*, Irène Théry signale: « La raison pour laquelle le couple homosexuel n'a pas accès au mariage est que celui-ci est l'institution qui inscrit la différence des sexes dans l'ordre symbolique, en liant couple et filiation. C'est donc pour préserver la culture, et non la nature, que jusqu'à présent tous les pays occidentaux ont refusé d'instituer une quelconque forme de filiation unisexuée ». Dans un entretien avec Théry et Catherine Labrusse-Riou, publié dans *Le Monde de l'Éducation* du mois de novembre 1998, cette dernière affirme que « la structure du mariage en Occident remonte à plus de 2000 ans. Il n'est donc pas plus facile de rompre l'héritage institutionnel que d'imaginer les conséquences qui peuvent en résulter dans les représentations que nous en avons »; et plus loin ce professeur de droit de la famille se demande: « Peut-on faire courir aux enfants les risques d'une déstructuration du système de parenté ou d'une mise en question de leur identité généalogique qui, à terme, s'inscrit dans la demande de certains homosexuels? ».

Je pourrais, hélas, continuer à donner des exemples de ce genre, mais je pense que cela suffit pour démontrer que l'absence d'arguments juridiques produit une inflation d'opinions relevant plutôt de l'ordre du fantasme que de la réalité.

Essayons maintenant de reprendre la logique du droit afin de ne pas nous perdre dans cet univers fantasmagique. Commençons pour rappeler que la liberté matrimoniale est un droit fondamental, garanti par la Constitution française, par la Convention européenne des Droits de l'Homme et par le Pacte international des droits civils et politiques des Nations Unies. Se marier, fonder une famille, constitue non seulement une prérogative individuelle, mais aussi et surtout une liberté publique fondamentale, au même titre que la vie privée, la liberté d'expression ou la liberté religieuse.

La philosophe Hannah Arendt considère le mariage comme un choix capital et le premier des droits. Fondateur du noyau familial, il instaure socialement l'union de deux personnes ayant convenu de la solidarité réciproque sur la base de l'affection mutuelle. Comme dirait la doctrine actuelle des juristes américains, c'est du *commitment* et non de la *procreation*. C'est l'union qui est fondatrice du mariage et pas la procréation. Si la majorité de la doctrine et de la jurisprudence française s'est prononcée contre l'élargissement du mariage aux couples de même sexe, c'est en raison d'arguments qui tiennent plus de la doctrine religieuse ou morale que d'une analyse stricte de la *ratio* juridique. En effet, depuis la Révolution, le mariage est considéré en France comme un contrat *sui generis*, laïc et unique. Les caractéristiques religieuses, morales ou symboliques qu'on lui

10 cf. William N. Eskridge Jr, *A History of same sex marriage*, in *Virginia Law Review*, volume 79, october 1993, n°7, p. 1500.

attribue à tort, représentent des éléments résiduels de son passé canonique. Débarrassé de la dimension sacramentelle, le mariage républicain a pour vocation de s'étendre à l'ensemble des couples, indépendamment de l'orientation sexuelle et du sexe des partenaires. En tant que phénomène culturel, cette union symbolique est le résultat d'une construction sociale soumise régulièrement à des changements. C'est cette perspective historique qui nous permet de nous dessaisir d'une image essentialiste du mariage, et de faire valoir l'idée que, non seulement il n'existe pas d'obstacles juridiques au mariage homosexuel, mais que de plus, la condition juridique de dualité sexuelle est attentatoire à l'exercice de la liberté matrimoniale.

Des études anthropologiques et historiques montrent que dans de nombreuses civilisations existaient, et existent encore, des formes ritualisées d'amour entre personnes du même sexe. Outre le livre célèbre de Boswell sur les unions du même sexe, je vous invite à lire un remarquable article de W. N. Eskridge, professeur à la *Georgetown University*, qui trace l'histoire juridique du mariage, et n'hésite pas à considérer comme mensongers et hypocrites les arguments qui font appel à l'histoire pour exclure les homosexuels de cette institution. À la conception monolithique du mariage occidental d'origine chrétienne, l'auteur oppose la perspective historique mettant en évidence la contingence et la complexité d'une telle institution. Il démontre que des unions plus ou moins formelles entre individus d'un même sexe ont toujours existé aussi bien en Occident que dans les civilisations précolombiennes. Toutefois, cette reconnaissance disparaîtra progressivement. Les historiens s'accordent à considérer que si les XI^e et XII^e siècles constituent encore une période de liberté et de créativité, le XIII^e siècle représente un tournant décisif pour tout ce qui ne correspond pas au modèle hégémonique postulé par l'Église catholique. Le concile de Latran III en 1179 instaure la répression de toutes les formes de déviance, frappant les juifs, les hérétiques, les femmes, les pauvres, les prêteurs, les musulmans, les mercenaires et bien évidemment, les sodomites. C'est également à la fin du XII^e siècle qu'une mythologie toute particulière de la nuptialité se développe. Attaqué par de nombreuses hérésies et ridiculisé par l'amour courtois, le mariage avait bien besoin à ce moment là d'une attention spéciale de la part de l'Église. C'est ainsi que par une étrange alchimie, le biologique et le spirituel vont se conjuguer dans les arguments des autorités juridiques de l'époque, dont les autorités canoniques, et bien évidemment les autorités religieuses. En effet en 1140 dans sa *Concordia discordantium canonum*, le mariage est expliqué par la nature de la différence génitale entre l'homme et la femme. L'année précédente, en 1139, le concile de Latran II fait entrer pour la première fois le mariage dans la liste des sacrements. Affirmé par la bulle d'Union avec les Arméniens en 1439, le caractère sacramental du mariage sera de nouveau confirmé comme tel au concile de Trente. Chair et esprit unis par la doctrine de la nature physiologique de la différence complémentaire des sexes d'une part, et le dogme du don spirituel d'autre part (sacrement), serviront de fondement à la théologie du mariage catholique et donc universel. Cette proclamation formelle est lourde de conséquences car, si le mariage est un sacrement, c'est à l'Église et à elle seule que revient le contrôle de l'alliance. Or, les États n'ont jamais complètement accepté un tel monopole, et les conflits entre pouvoir temporel et pouvoir religieux n'ont pas tardé à apparaître.

La première victoire d'une conception sécularisée du mariage fut la proclamation en 1787, sous Louis XVI, de l'édit de Tolérance octroyant aux protestants la possibilité de bénéficier du *ius connubi*. Par ailleurs, la

mentalité du XVIII^e siècle supportait de moins en moins l'idée d'une union sacrée *ad vitam*. Des juristes comme Voltaire et Montesquieu ne cessaient de défendre l'idée d'un mariage civil, purement contractuel, où les parties se gardaient la liberté de rompre le lien. Montesquieu, dans les *Lettres persanes*, riait de l'indissolubilité du mariage chrétien, et Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique*, insistait sur le fait que le mariage est un contrat de droit des gens. Mais les contrats et les sacrements sont deux choses bien différentes. À l'un sont attachés les effets civils, à l'autre la grâce de l'Église. Le philosophe proposait de séparer les deux et de rendre le mariage dissoluble par le divorce.

Avec la Révolution française, et malgré des résistances pieuses, le mariage deviendra un contrat *sui generis* certes, mais à caractère purement civil. Si l'union religieuse demeure toujours un choix pour les hommes et les femmes de foi, la seule union reconnue par l'État français est le mariage civil et laïc. Débarrassé de sa nature canonique et métaphysique, le nouveau mariage fonde sa légitimité sur la volonté réciproque des futurs époux à s'unir. Rappelons l'article 146 du Code civil : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». La Constitution de 1791 proclamait que « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil », et depuis le Concordat de 1801, les contractants sont libres de donner à leur union une forme religieuse, néanmoins l'État français ne reconnaît que l'acte célébré devant l'officier civil.

En tant que source principale de la famille, le contrat de mariage crée plus que de simples obligations réciproques de créancier à débiteur, et n'est de fait pas soumis aux règles simples et générales du droit des contrats. Quoiqu'il en soit, comme le signale Daniel Huet : « La décadence relative de l'aspect institutionnel du mariage conduit à faire porter l'essentiel de l'effort du droit sur les éléments individuels du mariage, sur le mariage en tant qu'acte juridique. Parce que le mariage repose plus sur les contractants que sur la société qui l'impose, il apparaît au moins de nos jours comme plus proche des actes juridiques ordinaires ». Pour cette conception laïque et civiliste, la seule reconnue par l'État français, le mariage ne se fonde pas sur la reproduction car les stériles, les ménopausées, les andropausés ou tout simplement ceux qui ne désirent pas d'enfants peuvent se marier. Il ne se fonde pas non plus sur la loi naturelle, ni sur l'ordre symbolique, ni sur la symétrie des corps, ni sur la morale, ni sur la tradition, ni sur la pratique. Malgré les regrets des nostalgiques du bon vieux temps du mariage stable et solide, c'est dans l'instabilité de la liberté individuelle de s'unir et de se séparer que le mariage trouve de nos jours sa légitimité.

L'éclatement de la notion traditionnelle de couple, le pluralisme familial et la diversification des modèles de foyers, loin de représenter une dégradation de la famille, sont au contraire les signes univoques d'une démocratisation de celle-ci et du plus grand épanouissement individuel de ses membres. La revendication juridique du mariage par les lesbiennes et les gays est un indice de plus dans ce processus de démocratisation. Cette demande d'accès au mariage ne doit pas être comprise comme une volonté de normalisation de l'homosexualité ni comme un simple désir d'imitation de l'hétérosexualité. Un tel type de critique ne fait que caricaturer une exigence qui n'est autre que la consécration des principes d'égalité et de non-discrimination. La revendication des gays et des lesbiennes s'inscrit ainsi au sein d'une mouvance politique qui les dépasse et à laquelle d'autres groupes

ont déjà participé, en apportant, cette fois ci, une contribution à une expérience pouvant fournir des éléments pour la réflexion et l'action futures.

Certains ont vu dans cette revendication une sorte d'hommage de l'hérésie à l'orthodoxie. Mais l'hommage est pour le moins ambigu, en ce sens que chaque fois que les hérétiques réclament le mariage, celui-ci se trouve profondément modifié. La revendication du mariage pour les esclaves, la fin de l'interdiction du mariage des infidèles, la législation des unions mixtes et les conquêtes pour l'égalité des femmes à l'intérieur du ménage, sont là pour témoigner de cette modification. Enfin, les arguments avancés aujourd'hui contre le mariage homosexuel, véhiculent les mêmes peurs ou les mêmes préjugés que ceux utilisés aux États-Unis pour continuer d'interdire les mariages mixtes ou inter-raciaux dans les années 60. Afin de justifier l'application de la loi interdisant le mariage entre personnes de race différente, le tribunal d'instance de l'État de Virginie a considéré en 1966 que : « Dieu tout puissant créa les races blanche, noire, jaune, malaise et rouge et les plaça sur des continents séparés. Le fait qu'il sépara les races démontre qu'il n'avait pas l'intention que les races se mélangent ». En 1967, la Cour Suprême Fédérale trouva cette loi contraire à la Constitution américaine. Vingt-six ans plus tard, en 1993, la Cour suprême de l'État de Hawaï considère, dans l'affaire *Baehr vs Lewin*, que le refus du droit de se marier pour un couple d'hommes constitue une discrimination contraire à la Constitution. Aux arguments qui consistent à dire qu'il n'existe pas de discrimination, car aucun homme ne peut épouser un homme ni aucune femme une autre femme parce que, la Cour de Hawaï répond que ces mêmes arguments avaient été refusés par la Cour Suprême lorsqu'ils avaient été invoqués pour la question raciale. En effet, jusqu'à cette décision, aucun Noir ne pouvait épouser une Blanche, ni une Noire un Blanc. De même, l'interdiction du mariage homosexuel se fonde sur une idée monolithique et essentialiste de l'union plus proche du sacrement que du contrat civil.

Il n'existe pas d'argument juridique pour interdire le mariage entre personnes de même sexe. Si l'on fait appel à l'ordre moral ou religieux, c'est de la même manière qu'on le fit pour condamner l'union des infidèles, pour interdire les mariages mixtes ou pour justifier la domination des femmes. Ces acteurs sociaux, autrefois hors normes, ont façonné le mariage en lui donnant aujourd'hui des contours plus démocratiques.

L'histoire nous montre que différentes catégories de personnes ont progressivement accédé au sacrement du mariage d'abord et, une fois celui-ci sécularisé, au mariage civil. La Révolution, en brisant le monopole de l'Église en matière matrimoniale, établit les bases d'un changement fondamental du mariage qui devient un acte juridique et donc laïc. Un changement de nature s'est opéré avec la Révolution : depuis, la nuptialité ne dépend plus de la loi religieuse, mais exclusivement de la loi civile. L'instauration du divorce par l'Assemblée de 1791 repris par le Code civil de 1804, témoigne de ce changement radical. Depuis plus deux cents ans, ce qui fut un acte religieux est devenu en France un acte juridique sanctionné par la seule autorité de l'État. Étant donné qu'actuellement, dans les revues juridiques, est cité le canon 1096 pour définir le mariage, il me semble que nous n'avons pas suffisamment insisté sur la claire distinction entre l'acte religieux et l'acte laïc.

C'est à cet acte juridique laïc et civil que les gays et les lesbiennes doivent accéder en vertu du principe d'égalité devant la loi. Cela n'implique pas que tous les homosexuels partagent les valeurs liées au mariage ou qu'ils veuillent tous s'unir par ce contrat. En fait, il ne s'agit pas tant de défendre l'institution matrimoniale, mais de revendiquer l'accès au droit au mariage pour tous. De même que le droit à la propriété n'implique pas nécessairement le désir de devenir propriétaire, ou que la liberté religieuse ne présuppose pas que tous les citoyens ressentent le besoin spirituel de manifester leur dévotion, de même le droit au mariage n'oblige pas les gays à se marier. On peut être en désaccord avec le mariage et trouver néanmoins inacceptable que le droit au mariage soit interdit à certains citoyens et citoyennes du seul fait de leur orientation sexuelle. Le mariage est un acte juridique civil, il est également un acte unique. Si la multiplicité des cérémonies est acceptée en France, c'est en tant que manifestation purement liturgique, sans aucun effet juridique. C'est au nom de cette unicité que toute proposition d'un statut spécifique pour les homosexuels doit être écartée dans la tradition française. De même qu'il est impensable d'instaurer à côté du mariage civil une union catholique, juive ou musulmane, de même que la polygamie ou le *contubernium* n'ont pas leur place dans la République, aucune justification légitime ne permet d'envisager une forme de sous-mariage pour les couples de même sexe. La création d'un partenariat spécifique propre aux homosexuels pose des problèmes d'ordre juridique et éthique. En effet, comment tolérer dans un système universaliste, la titularisation d'un statut propre aux couples de même sexe, car si c'est le cas pourquoi n'établirions-nous pas un mariage spécifique pour les Noirs, pour les handicapés, pour les fumeurs ou pour les aristocrates. L'unicité du mariage laïc fut la force de la révolution, le principe est suffisamment solide pour faire place, ou du moins une place, aux homosexuels hommes et femmes, sans pour autant perdre sa cohérence philosophique et surtout sa cohérence juridique. De nombreuses associations en France, dont l'association AIDES qui a été l'une des premières à revendiquer le droit au mariage, le Parlement Européen, la seule instance représentative du peuple européen, la Cour Suprême de Hawaii et le Parlement des Pays-Bas se sont déjà prononcées favorablement au mariage, indépendamment du sexe et de l'orientation sexuelle des partenaires. Ainsi, ce qui semblait utopique, jusqu'il y a peut-être un an, commence à devenir dans les instances européennes et internationales un droit tout à fait possible. Au-delà du PaCS aucune raison valable nous permet d'abandonner les principes d'égalité et de non-discrimination s'agissant des couples de même sexe. Au-delà du PaCS espérons que la prochaine réforme du droit de la famille devienne l'occasion pour discuter de la possibilité d'élargir le droit du mariage et le droit de la filiation à l'ensemble des couples ■

11 cf. Rapport Vers la reconnaissance des couples du même sexe, AIDES Fédération, Paris, avril 1997.

12 Parlement Européen, Résolution du 28 février 1994 de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne. Rapporteur, Claudia Roth.

Daniel Borrillo est juriste, maître de conférence en droit privé à l'Université de Paris X-Nanterre. Expert auprès du Conseil de l'Europe. Responsable du groupe juridique de l'association AIDES, éditeur de l'ouvrage collectif Homosexualités et Droit, publié aux PUF, coll. « Les voies du droit » (1998). Co-réalisateur du film documentaire Face au sida, le dialogue des cultures (1996). Auteur de nombreux articles sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé. Animateur du premier séminaire juridique en France sur l'orientation sexuelle et le droit des personnes (DEA de: droits de l'homme, à Paris X). Responsable du réseau international des professeurs de droit, travaillant sur les sexualités et l'orientation sexuelle.

Le droit et l'horreur des filiations homoparentales¹

Marcela Iacub

1 Retranscription
d'une communication
orale faite dans
le cadre d'un séminaire
à l'IRESCO en 1998.

La filiation homoparentale suscite une véritable horreur y compris chez certains des défenseurs des droits des personnes homosexuelles. À cet égard, un véritable fossé s'ouvre entre la perception du couple homosexuel en tant que couple et celle de sa compétence à mener à terme un projet parental. Le fait qu'un enfant se voie attribuer par la loi deux pères ou deux mères paraît de nature à mettre en péril des biens aussi précieux et aussi incommensurables que la survie de la civilisation ou de l'espèce humaine.

L'on peut affirmer que les intellectuels les plus hostiles à l'homoparentalité craignent non pas les effets psychologiques que de tels parents pourraient produire chez les enfants mais quelque chose d'autre. Et l'on peut penser que ce quelque chose d'autre, il n'est pas à chercher dans le seul fait pour un enfant d'avoir deux pères ou deux mères, de manquer d'une figure paternelle ou maternelle. L'on peut avoir deux pères et deux mères d'ores et déjà dans les adoptions simples et l'on peut manquer de figure paternelle ou maternelle dans les familles monoparentales.

Il se peut que les origines de cette crainte « de gauche », de ceux qui se disent ou se pensent comme des amis des homosexuels, doivent être recherchées dans les formes juridiques qu'ont acquises les filiations depuis une trentaine d'années.

Pour étayer cette hypothèse provisoire il faudrait esquisser la façon par laquelle le droit contemporain construit notre culture procréative. Celle-ci s'appuie aujourd'hui sur deux grands piliers qui se trouvent imbriqués l'un dans l'autre : la liberté de procréer par les voies naturelles et l'assimilation de la catégorie de géniteur à celle de parent.

1. La liberté de procréer par les voies naturelles est considérée comme une liberté si importante et si fondamentale qu'elle est posée comme découlant du droit à la vie ; « N'est-ce pas le prolongement du droit à la vie que celui de la transmettre ? » se demandent les juristes Jacques Robert et Jean Duffar.

Or, cette liberté de fabriquer des enfants, absolue et sans limites n'est reconnue qu'à ceux qui peuvent le faire dans le secret des alcôves. Lorsque pour une telle fabrication il est nécessaire de faire appel à des moyens artificiels, notamment aux procréations médicalement assistées, la liberté procréative est suspectée d'« acharnement », de « désir de toute puissance » et l'on doit obtenir une autorisation de l'État pour y accéder.

En effet, ces techniques alternatives de fabrication d'enfants n'ont pas été ouvertes à tous ceux qui voulaient transmettre la vie. Ceci aurait produit une véritable révolution dans notre culture procréative. L'inégalité