



HAL
open science

Le mariage homosexuel

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le mariage homosexuel : Hommage de l'hérésie à l'orthodoxie?. Daniel Borrillo; Pierre Fédida; Geneviève Fraisse; Jean Gayon; Jann Matlock; Dana Rudelic-Fernandez. La sexualité a-t-elle un avenir?, Presses Universitaires de France, 1999, 2-13-049930-9. hal-01238679

HAL Id: hal-01238679

<https://hal.science/hal-01238679>

Submitted on 6 Dec 2015

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

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

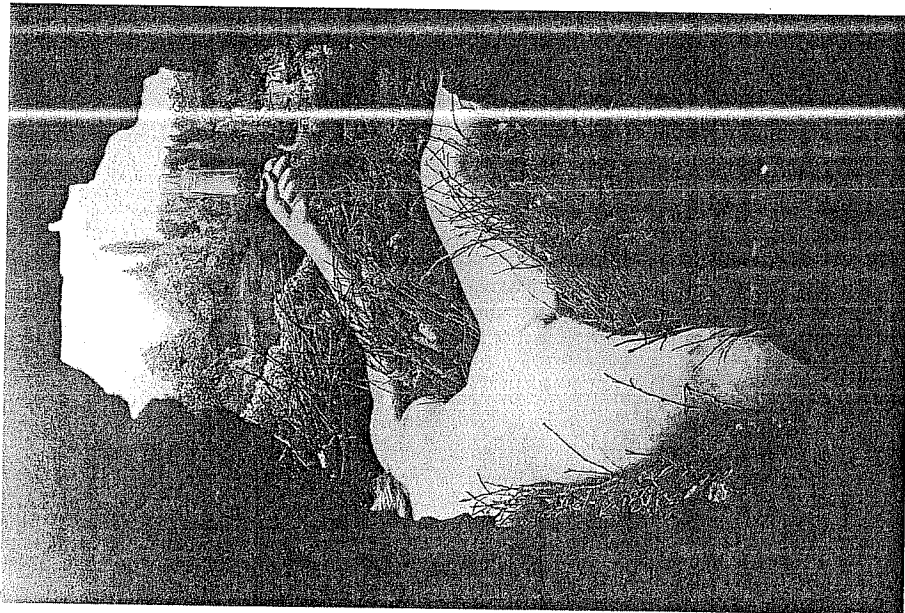
Le mariage homosexuel : hommage de l'hérésie à l'orthodoxie ?

*Le mariage est et restera le voyage de découverte
le plus important que l'homme puisse entreprendre.*
Søren Kierkegaard

Se marier et fonder une famille constituent non seulement une prérogative individuelle mais aussi et surtout une liberté publique fondamentale¹ 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 droits². Fondateur du noyau fami-

1. La Déclaration universelle de droits de l'homme dans son article 16 et la Convention européenne dans l'article 12, ainsi que le Pacte des droits civils et politiques de 1966 dans son article 23-2, consacrent le mariage et le droit à fonder une famille comme des droits fondamentaux. La Cour suprême des États-Unis s'est prononcée en ce sens également à plusieurs reprises : « mariage is the most important relation in life », *Maynard v. Till* 125 US (1888) ou encore « marriage is a fundamental right deserving constitutional protection », *Zablocki v. Redhail* 488 US (1978)...

2. En 1959, H. Arendt prend position dans le débat des mariages interraciaux aux États-Unis : « Le droit d'épouser qui l'on veut est un droit de l'homme élémentaire à côté duquel le droit à l'éducation, le droit de s'asseoir où l'on veut dans un bus, le droit d'aller dans n'importe quel hôtel ou lieu de divertissement, quelle que soit sa couleur de peau ou de race, sont effectivement mineurs. Même les droits politiques, comme le droit de vote et presque tous les autres droits énumérés dans la Constitution, sont secondaires face aux droits humains inaliénables à la vie, à la liberté et à la



lial, il instaure socialement l'union de deux personnes ayant comme but la solidarité réciproque sur la base de l'affection mutuelle.

Si la majorité de la doctrine et de la jurisprudence française s'est prononcée contre l'élargissement du mariage aux couples de même sexe¹, c'est en raison d'arguments qui tiennent plus de la logique religieuse ou morale que d'une analyse stricte de la *ratio* juridique. En effet, depuis la Révolution, le mariage est considéré comme un contrat *sui generis*, laïc et unique. Les caractéristiques religieuses, morales ou symboliques qu'on lui attribue à tort représentent des éléments résiduels de son passé canonique. Débarassé de cette dimension sacramentale, le mariage républicain a une vocation à s'étendre aux couples indépendamment de l'orientation sexuelle des partenaires.

En tant que phénomène culturel, cette union symbolique est le résultat d'une construction sociale soumise régulièrement à des changements². C'est cette perspective constructiviste qui nous permet, d'une part, de nous dessaisir d'une image essentialiste³ du

poursuite du bonheur proclamés dans la Déclaration d'indépendance. Et c'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent sans aucun doute le droit au logement et le droit au mariage ». *Dissent Magazine*, in *Courrier International*, n° 290, p. 5, Paris, mai 1996.

1. L'ensemble de la doctrine considère la dualité sexuelle une *conditio sine qua non* du mariage. La Cour de cassation est allée bien plus loin dans la discrimination des couples de même sexe puisque à deux reprises, en 1989 et en 1997, elle s'est prononcée contre l'élargissement du concubinage aux homosexuel(le)s.

2. Voir Jean-Claude Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Éd. Jean-Claude Lattès, 1995.

3. En 1904, cent ans après la consécration définitive du mariage contractuel et laïc dans le Code Napoléon, G. Renard définit le mariage comme « une institution primordiale soustraite, dans son

mariage (encore enracinée dans la majorité des esprits de nos contemporains) et de faire valoir, d'autre part, l'idée qu'il n'existe pas d'obstacles juridiques au mariage homosexuel.

Dans les sociétés traditionnelles, le mariage avait comme but l'alliance de clans, et l'échange de femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de commerce. L'avis des partenaires n'était nullement pris en considération ; il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lignée. Ces fonctions économiques et procréatrices articulaient le modèle du mariage qui, ne présupposant aucunement une affection réciproque, était dès lors régi par une stricte distribution des rôles en vertu de laquelle la femme était soumise à l'autorité incontestable de l'homme.

Alors qu'en Occident l'organisation familiale va se structurer progressivement autour du mariage individuel, d'autres civilisations l'ont toujours et principalement conçu comme une alliance entre deux clans. Ainsi, dans la majorité des sociétés traditionnelles de type patrilinéaire, l'échange de sœurs d'un groupe d'hommes avec un autre groupe d'hommes organise le commerce marital¹. Dans les sociétés matriarcales² – les *Na* au sud-ouest de la Chine ou

essence, aux variations législatives et dont aucune volonté privée ou publique ne saurait modifier le type naturel et immuable », cité par Jean-Claude Bologne, *op. cit.*, p. 327.

1. Norbert Roulon, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris, 1988, p. 236 et ss.

2. Cai Hua, *Une société sans père ni mari : les Na de Chine*, PUF, coll. « Ethnologies », Paris, 1997. Concernant le matriarcat en Occident voir également : Johann Jakob Bachofen, *Le droit materiel : recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Éd. L'Âge d'Homme, 1996. Philippe Carrer, *Le matriarcat, psychologie des Bretons ; essai d'ethnopsychiatrie*, Payot, Paris,

les *Nafara* au nord de la Côte-d'Ivoire, notamment l'homme a une fonction reproductrice et la paternité, purement symbolique, est assumée par le frère de la mère.

A l'origine du droit occidental, sous la puissance du *paterfamilias*, le mariage romain organisait la société des hommes libres. Bien que régi par le droit privé, l'alliance devient une affaire publique en ce sens qu'elle instaure le modèle d'unité sociale et la domination de la femme. En effet, celle-ci sort par le mariage de sa famille et n'est plus unie à elle par aucun lien civil ; elle subit la *minima capitis deminutio*, entre dans la famille de son mari et devient l'agnat de tous les membres qui en font partie. Elle tombe sous le pouvoir de son mari, *loco filiae*, ou du *paterfamilias* de son mari, *loco neptis vel proneptis*, et se trouve *in manu mariti*. La *manus* peut s'établir par l'achat de la femme - *per mancipationem* - ou par l'usage - *per usu*. Ce dernier est le même que pour les choses meubles, c'est-à-dire par la possession pendant une année (s'il s'agit des femmes qui ne sont pas soumises à la tutelle légitime). Ainsi, une femme qui n'est pas médiatisée par la puissance masculine, et qui n'est donc ni fille, ni épouse, ni veuve, devient objet, et, par conséquent, peut être acquise par prescription annuelle par n'importe quel homme¹.

À côté du *ius connubi*, diverses formes de conjugalité se développent à Rome. L'union légitime est appelée mariage *cum manu* ; à côté de cette union, il existe le mariage *sine manu*, le *more uxorio* (concu-

1994, et enfin Ida Magli, *Matricariat et pouvoir des femmes*, Éd. Des Femmes, 1983.

1. Pour une étude plus approfondie, voir : A. Weill, *Condition civile de la femme dans le droit romain, l'ancien droit français et le droit français moderne*, thèse de doctorat en droit, Strasbourg, 1969.

binage) et le *contubernium*¹, soit des formes plus ou moins éloignées de la formalité du mariage légitime, et qui permettent l'établissement de liens plus précaires, mais donnant de ce fait même une plus grande liberté aux conjoints. La nécessité de ces différents degrés de « conjugalité » continue à se justifier pendant tout le haut Moyen Âge par la persistance de l'esclavage. Il a fallu attendre une condamnation papale en 1095 pour mettre fin au *contubernium* qui entre-temps régissait la conjugalité avec des serfs de la glèbe.

Fondées exclusivement sur l'affection, en revanche, les unions entre personnes de même sexe semblent échapper au modèle de domination masculine. Nombreuses études prouvent qu'aussi bien la Grèce classique que la Rome républicaine reconnaissent des formes ritualisées d'amour homosexuel². Comme le signale John Boswell (historien, professeur à l'université de Yale) : « Avant l'Empire, les couples homosexuels n'auraient probablement pas eu l'idée de participer à ce genre de cérémonies nuptiales, parce que le mariage hétérosexuel était presque exclusivement un arrangement dynastique et économique mettant en jeu des descendants et un patrimoine ; les liens sentimentaux qui présidaient aux unions homosexuelles en étaient largement absents. Ce ne fut que lorsqu'on se mit à insister sur le rôle de l'amour, comme cause, effet et élément concomitant du mariage qu'une rela-

1. Union de deux esclaves ou d'un esclave et d'une personne libre.

2. Voir Eva Cantarella, *Bisexuality in the Ancient World* (traduit de l'italien par C. Cuillénaim, 1992) ; Saara Lilja, *Homosexuality in the Republican and Augustan Rome, 130-131* (1988) ; Paul Veyne, « L'homosexualité dans la Rome antique », in *Sexualités occidentales* (sous direction de Ph. Ariès et A. Béjin), Seuil, Paris, 1984.

tion entre mariages hétérosexuels et unions homosexuelles commença à s'établir dans l'esprit des citoyens de l'Empire des I^{er} et II^{es} siècles. »¹

Pendant le haut Moyen Âge, ce n'est pas de simple tolérance qu'il faut parler mais d'une véritable renaissance des unions homosexuelles à travers certains rites agréés par l'Église. En effet, entre le IV^e et le XII^e siècles, on relève, particulièrement en Orient, de nombreux exemples de cérémonies qui solennisent entre deux personnes du même sexe une relation affective stable, reconnue par la collectivité et officialisée par l'autorité religieuse. Boswell a découvert, lors de ses recherches au Vatican, plus de cent formules cérémonielles différentes utilisées par l'Église pour bénir l'union des couples du même sexe depuis le V^e siècle.²

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. Dans un remarquable article, William Eskridge Jr. 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 homosexuel(le)s de cette institution³. A la vision monolithique du mariage occidental d'origine chrétienne, Eskridge oppose la perspective historique mettant en évidence

1. John Boswell, *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, traduit de l'anglais par Odile Demenage, Fayard, Paris, 1996, p. 112.

2. National Capital Presbytery, Questions Before the Church on the Issue of Union Ceremonies for Gay and Lesbian Couples (1991), in William N. Eskridge Jr., « A History of same sex marriage », *Virginia Law Review*, vol. 79, octobre 1993, n° 7, p. 1500.

3. William N. Eskridge Jr., *op. cit.*, p. 1493.

la contingence et la complexité d'une telle notion. En ce sens, l'auteur montre que des unions plus ou moins formelles entre individus de même sexe ont toujours existé aussi bien en Occident que dans les civilisations précolombiennes¹.

Toutefois, cette reconnaissance dont l'Europe a pu bénéficier au long des siècles 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 tous ceux qui ne correspondent pas au modèle hégémonique de l'Église. Le concile de Latran III, en 1179, instaure la répression de toutes les formes de déviance en frappant les juifs, les hérétiques, les femmes, les pauvres, les prêtres, les musulmans, les mercenaires... et les sodomites. C'est également au XII^e siècle qu'une mythologie toute particulière de la nuptialité se développe. Attaqué par des nombreuses hérésies et ridiculisé par l'amour courtois, le mariage avait bien besoin 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 – canoniques – et religieuses. En effet, en 1140, Gratien dans sa *Concordia discordantium canonum* explique le mariage par la nature de la différence génitale entre l'homme et la femme. L'année précédente en 1139, le concile de Latran II fait rentrer pour la première fois le mariage dans la liste de sacrements. Affirmé dans la bulle d'union avec les Arméniens au concile de Florence en 1439, le caractère sacramentel du mariage sera de nouveau confirmé comme tel au

1. Voir également Alberto Cardin, *Cuervos, chamames y travestis. Indicios de homosexualidad entre los exóticos*, TusQuetz editores, 2^e éd., 1989, Barcelona.

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 - sacrement¹ - d'autre part, serviront de fondement à la théologie du mariage catholique (universel). Mais 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 Nantes, octroyant aux protestants la possibilité de bénéficier du *ius connubi*. La mentalité du XVIII^e siècle supportait, par ailleurs, 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 du droit des gens. Mais le contrat et le sacrement sont deux choses bien différentes, à l'une sont attachés les effets civils, à l'autre la grâce de l'Église. Il proposait de séparer les deux et de rendre donc le mariage dissoluble par le divorce. »²

1. « Au début du XIX^e siècle, le terme *sacramentum* appliqué au mariage signifie qu'il est *sacrae rei signum*, image de l'union du Christ et de l'Église », T. Rincon, *El matrimonio mistero y signo, siglos IX-XIII*, Pamplona, 1971.

2. Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 1995, p. 75.

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. Débarassé de sa nature canonique et métaphysique, le nouveau mariage fonde sa légitimité sur la volonté réciproque des futurs époux à s'unir : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146 du Code civil).

La Constitution de 1791 statue : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. » 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, cela dit, le contrat de mariage crée plus que de simples obligations réciproques de créancier à débiteur et n'est de ce fait pas soumis aux seules règles des contrats civils. Quoi qu'il en soit, comme le signale Danièle 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 ceux qui le contractent que sur la société qui l'impose, il apparaît, au moins de nos jours, comme plus proche des actes juridiques ordinaires... »¹

Selon cette vision laïque et civiliste, la seule recon nue par le droit français, le mariage ne se fonde ni sur la reproduction², ni sur la loi naturelle, ni sur

1. Jean Hauser, Danièle Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille*, LGDJ, Paris, 1989, p. 16

2. Jamais la reproduction ne fut condition du mariage. Les cou-

l'ordre symbolique¹, ni sur la symétrie des corps², ni sur la morale, ni sur la tradition, ni sur la pratique³. Et malgré les regrets des nostalgiques du bon vieux temps du mariage stable et solide⁴, c'est dans l'insta-

bles stériles et les femmes ayant atteint la ménopause ont toujours eu accès au mariage. La dépenalisation de la contraception en 1967 prouve également qu'il n'existe nullement une obligation de se reproduire quand on est marié.

1. « 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 », Irène Théry, « Le contrat d'union civil en question », *Notes de la Fondation Saint-Simon*, oct. 1997, p. 31. Cette vision métaphysique et immuable du mariage empêche même le législateur d'intervenir car l'ordre symbolique qui le fonde s'imposerait à la Volonté du Peuple.

2. La symétrie des corps est à l'origine de la vision de la femme en tant qu'homme manqué et elle légitime la soumission de la femme car c'est la nature qui exigerait cette soumission. Voir Anne Masseran, *Sciences, femme, littératures*, thèse de doctorat à l'Université de Strasbourg I, 1997, p. 92 ss.

3. Cette pratique est appelée concubinage et non pas mariage.

4. « La famille dite traditionnelle, havre de moralité et de sécurité, ancrée par un couple soudé (papa au travail et maman à la maison s'occupant des enfants) et étendant ses bienfaits aux ascendants, n'a jamais existé qu'en pensée puisqu'elle cumule des priorités apparues à des époques et dans des régions différentes de l'espace social. Ainsi, la famille coloniale était certes close et disciplinée mais elle n'avait rien de stable et la familiarité sexuelle y était de mise. Sa descendance victorienne des années 1830 était bien nucléaire mais le culte de la "domesticité" qu'elle célébrait dépendait directement de la subordination des ménages noirs (esclaves ou affranchis) qui ne participaient point à son exercice », Loïc Wacziarg (commentaire de l'ouvrage de Stephanie Coontz, *The Way We Never Were : American Families and the Nostalgia Trap*, New York, Basic Books, 1992, in Actes de la recherche en sciences sociales, « La famille dans tous ses états », n° 13, Seuil, Paris, juin 1996, p. 102.

bilité 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 foyer, loin de représenter une dégradation de la famille sont le signe univoque d'une démocratisation de celle-ci et du plus grand épanouissement individuel de ses membres.

La revendication 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 ou 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 juridique 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 une contribution et une expérience pouvant fournir des éléments pour la réflexion et l'action future.

Certains ont vu dans cette revendication une sorte d'hommage de l'hérésie à l'orthodoxie¹. Mais l'hommage est pour le moins fort ambigu en ce sens qu'à chaque fois que les « hérétiques » réclament le mariage, celui-ci se trouve modifié profondément. La revendication du mariage pour les esclaves, la fin de l'interdiction du mariage des infidèles, la légalisation des unions mixtes et les conquêtes pour l'égalité des femmes à l'intérieur du ménage sont là pour témoigner de cette modification.

1. Pour reprendre l'expression de Pierre Bourdieu, *op. cit.*

Songeons, en effet, aux Athéniens qui, au IV^e siècle avant J.-C., dérogent à la loi de Périclès qui refusait des droits civiques aux enfants nés de l'union mixte entre une étrangère et un Athénien. Pensons au peuple romain qui revendiquait la *concarreatio*¹, forme d'union réservée initialement aux seuls patriciens, ou souvenons-nous encore des serfs de la glèbe qui en 1095, après de nombreux conflits, obtiennent la permission papale pour le sacrement du mariage. Mais si depuis le XI^e siècle les esclaves participent de ce sacrement, les infidèles en seront toujours privés. Comme le montre Gaudemet, « au début du XIII^e siècle, l'interdiction du mariage est étendue de façon stricte. Bernard de Pavie, dans sa *Somme sur le mariage*, déclare qu'un fidèle ne peut épouser une païenne, une juive ou une hérétique et que, s'il le fait, il faudra séparer les conjoints »². Des siècles plus tard et dans le cadre de la lutte menée contre les protestants, Louis XIV proclame l'édit de novembre 1680 qui interdisait aux catholiques de se marier avec des membres de la « religion prétendue réformée ».

Bien que les femmes libres aient toujours eu accès au mariage, c'est à l'intérieur de cette insitution qu'elles se trouvaient les plus dépendantes des hommes. Ainsi l'article 213 du Code Napoléon de 1804 consacra l'incapacité de la femme mariée. Il faudra attendre une loi de 1907 pour qu'elle puisse disposer de son salaire. Depuis, un certain nombre de réformes de la loi civile ont permis aux Françaises de trouver l'égalité dans l'union. Si la loi de 1938 proclame la capacité de la femme mariée, le véritable change-

1. Mariage réservé aux patriciens, fondé sur une cérémonie religieuse comportant des paroles solennelles et l'offrande d'un gâteau d'épeautre.

2. Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Cerf, Paris, 1987.

ment aura lieu le 13 juin 1965 grâce à une autre loi qui modifie les régimes matrimoniaux abolissant la tutelle maritale. Depuis lors, la femme peut agir seule, elle peut ouvrir un compte bancaire à son nom et recourir aux Tribunaux pour obtenir des mesures urgentes destinées à empêcher des actes qui mettraient en péril les intérêts familiaux.

Enfin, les arguments avancés aujourd'hui contre le mariage homosexuel véhiculent les mêmes peurs et les mêmes préjugés que ceux utilisés aux États-Unis pour interdire le mariage interracial. Afin de justifier l'application d'une loi interdisant le mariage entre personnes de race différente, le tribunal d'instance de l'État de Virginie considérait, 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, la Cour suprême de l'État de Hawaï considère, dans l'affaire *Baehr v. Lewin*, que le refus du droit de se marier pour un couple d'hommes constitue une discrimination contraire à la Constitution. Aux arguments consistant à dire qu'il n'existe pas de discrimination parce que le mariage entre personnes de même sexe ne s'applique pour aucun homme ni aucune femme, 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 Blanc¹.

1. Une situation semblable existait en France jusqu'à l'abrogation des règlements coloniaux en 1893 (cf. Req. 10 décembre 1893, S. 38.1.492). Jusqu'à récemment, le régime de l'apartheid de l'Afri-

Conclusion

La dénégalion du mariage aux couples de même sexe se fonde sur une idée monolithique et essentialiste de l'union, plus proche du sacrement que du contrat civil. Il n'existe pas d'arguments juridiques pour interdire le mariage homosexuel. Si dès lors 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 norme, ont façonné le mariage en lui donnant des contours plus démocratiques.

L'analyse historique a permis de montrer que différentes catégories de personnes ont progressivement accédé d'abord au sacrement et, une fois celui-ci sécularisé, au contrat de mariage. La Révolution, en brisant le monopole de l'Église en matière matrimoniale, établira les bases d'un changement fondamental du mariage, il deviendra dorénavant un acte juridique et donc laïc. Un changement de nature s'est opéré avec la Révolution ; en effet 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 de deux cents ans donc, ce qui fut un acte religieux est devenu un acte juridique sanctionné par la seule autorité de l'État.

C'est à cet acte juridique que les gays et les lesbiennes que du Sud interdisait non seulement le mariage mais aussi les relations sexuelles entre Européens et métis, noirs ou indigènes.

nes, en vertu du principe d'égalité devant la loi, doivent accéder. Cela n'implique pas que tous les homosexuel(le)s partagent les valeurs qui fondent le mariage ou qu'ils veulent tous s'unir : il ne s'agit pas de mariage mais simplement de droit au mariage. De même que le droit à la propriété n'implique pas forcément le désir de devenir propriétaire ou que la liberté religieuse ne présume 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 inacceptable que le droit au mariage soit interdit aux citoyen(ne)s du seul fait de leur orientation sexuelle.

Le mariage est un acte juridique civil, il est également un acte unique : si la multiplicité de cérémonies est acceptée, c'est en tant que manifestation purement liturgique sans aucun effet juridique. Au nom de l'unicité de cet acte, toute proposition d'un statut spécifique pour les homosexuels doit être écartée. 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 législative ne permet d'envisager une forme de sous-mariage pour des couples du même sexe¹. 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, l'institutionnalisation d'un statut propre aux couples de même sexe ? Car si cela est le cas, pourquoi donc

1. Dans la majorité des pays scandinaves, il existe une forme spécifique de contrat de partenariat réservé aux couples homosexuels qui ne garantit cependant pas les mêmes droits qu'aux couples hétérosexuels mariés.

n'établirait-on pas un mariage spécifique pour les Noirs, les handicapés, les fumeurs ou les aristocrates...

L'unicité du mariage laïc fut la force de la réforme révolutionnaire, le principe est suffisamment solide pour faire une place aux homosexuel(le)s sans pour autant perdre sa cohérence philosophique et juridique. De nombreuses associations¹, le Parlement européen, la Cour suprême de Hawaï et le Parlement des Pays-Bas se sont déjà prononcés en faveur du mariage indépendamment du sexe et de l'orientation sexuelle des partenaires ; espérons que d'autres institutions démocratiques suivront leur exemple.

Daniel Borrillo.

Daniel Borrillo est maître de conférences en droit privé à l'université de Paris X-Nanterre et expert auprès du Conseil de l'Europe.

Auteur de plusieurs articles sur la régulation juridique des sciences, il travaille actuellement sur l'orientation sexuelle et le droit.

Bibliographie

Homosexualités et droit (sous la dir. de D. Borrillo), PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1998.

1. L'association AIDES fut la première en France à défendre le mariage homosexuel, voir le rapport *Vers la reconnaissance des couples du même sexe*, Aides Fédération, Paris, avril 1997.

La sexualité des jeunes au temps du sida : actes et paroles

Les changements dans les comportements liés à l'apparition du sida concernent principalement la protection des relations sexuelles. Ces évolutions touchent tout particulièrement les générations des plus jeunes qui ont fait l'objet de nombreuses actions de prévention du sida. Ainsi, on note en France une forte augmentation de l'utilisation du préservatif qui est devenu aujourd'hui étroitement associé à l'entrée dans la vie sexuelle : 75 % des 15-18 ans ayant eu leur premier rapport sexuel en 1993 ont utilisé un préservatif à cette occasion contre 7 % en 1985¹. Chez les plus âgés, et en particulier ceux engagés dans une vie de couple stable, on constate une baisse significative de multipartenariat sexuel (c'est-à-dire du fait d'avoir eu au moins deux partenaires dans les douze derniers mois) entre 1992 et 1994, tant pour les hommes (de 20,7 % à 15,9 %) que pour les femmes (de 9,1 % à 6,3 %)². Les enquêtes montrent également que les stratégies d'adaptation au risque d'infection par le VIH intègrent, dans une proportion moins mas-

1. H. Lagrange, B. Lhomond, M. Calvez, F. Maillolchon, A. Mogoutov, J. Warszawski, *L'entrée dans la sexualité. Le comportement des jeunes dans le contexte du sida*, Paris, La Découverte, 1997.

2. Spira, A., Bajos, N. et ACSF, *Les comportements sexuels en France*, Paris, La Documentation française, p. 180-188.