



HAL
open science

Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit. Daniel Borrillo. Homosexualité et droit, PUF, pp.39-63, 1998, Les voies du droit, 2-13-050210-5. hal-01762192

HAL Id: hal-01762192

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01762192>

Submitted on 25 Jun 2021

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.

EGALITE ET DIFFERENCES.
REFLEXION SUR L'UNIVERSALITE DE LA REGLE DE DROIT

par Danièle Lochak
Professeur de droit public à l'Université Paris X-Nanterre

In D. Borrillo (dir.), Homosexualités et droit, PUF, coll. « Les voies du droit », 1998, pp. 39-63

La question de l'accès à l'égalité des droits de tous les individus, quelle que soit leur orientation sexuelle, doit être replacée à l'intérieur d'une interrogation plus générale sur la façon dont le droit traite les différences, sur les conditions dans lesquelles la règle de droit peut assurer les mêmes droits à tous, par-delà ces différences.

1/ Les différences, plutôt que la différence

Les différences, et non la différence : c'est à dessein que nous utilisons ici le pluriel, car la problématique induite par l'utilisation du pluriel ou du singulier n'est pas la même.

Lorsqu'on parle de *la* différence, on se situe implicitement dans une problématique centrée sur *l'autre*¹ : l'autre, en effet, c'est celui qui se différencie du reste du groupe ou du reste de la société par une ou plusieurs caractéristiques, et qui est marqué, voire défini, par cette différence. La différence s'appréhende et s'apprécie par rapport à une norme, qui est la norme dominante - norme statistique ou norme morale, norme physique ou norme comportementale, peu importe. Cette norme sert d'étalon, de référence pour distinguer entre ceux - la majorité - qui sont "dans la norme" et les autres - la minorité - qui ne le sont pas. La formulation n'est donc pas neutre : dire que les femmes sont différentes des hommes, les Noirs des Blancs, les juifs et les musulmans des chrétiens, les homosexuels des hétérosexuels, c'est prendre à chaque fois comme référence le second terme, implicitement mais nécessairement considéré comme la norme.

Or si l'on veut parvenir à une véritable universalité de la règle et des droits, il faut s'affranchir de cette problématique qui gouverne encore trop souvent, fût-ce inconsciemment, notre façon d'appréhender le monde, et qui se reflète par la force des choses dans le droit positif. On s'aperçoit en effet que la règle de droit, même formulée de façon générale et impersonnelle, de portée soi-disant universelle, a été dans beaucoup de cas conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales : c'est à cet individu, au départ, et à lui seul, qu'a été reconnue l'intégralité des droits, tandis que les "autres", définis négativement par référence à cette norme-étalon, s'exposaient et s'exposent encore à faire l'objet de discriminations.

Parler *des* différences, à l'inverse, c'est postuler au départ la diversité : il y a des hommes et des femmes, des individus de toutes les couleurs, de toutes les religions, il y a des sexualités variées. S'agissant, précisément, des préférences sexuelles, il est facile de montrer que la façon de poser la question, qui reflète bien entendu la façon de la penser, influe aussi sur la façon de la résoudre.

- Si on part de l'idée que l'hétérosexualité est la norme, qu'elle représente le (seul) type de comportement sexuel et social "normal", la règle de droit portera forcément la marque de ce postulat, et les droits seront définis en fonction de cette norme. Au mieux, dans une optique

¹ Comme nous l'avons fait dans une étude précédente, où nous avons commencé à mettre à l'épreuve les hypothèses présentées ici. V. D. Lochak, « L'autre saisi par le droit », in *L'autre. Etudes réunies pour Alfred Grosser*, sous la direction de Bertrand Badie et Marc Sadoun, Presses de Sciences po, 1996, pp. 179-199.

de tolérance et au nom de la liberté individuelle, l'homosexualité ne sera plus réprimée pénalement et on veillera à ce que les homosexuels ne soient pas victimes de discriminations "excessives". Mais la problématique reste celle de la tolérance : la question est de savoir jusqu'où on tolère, quelles sont les discriminations non justifiées qu'il faut supprimer (dans les textes) ou éradiquer (dans les pratiques). On n'est pas dans une problématique de l'égalité.

- Si au contraire on part du postulat que les préférences sexuelles et les types de sociabilité qu'elles induisent - les "choix de vie", comme on aime à dire aujourd'hui - sont variés (même si la sexualité hétérosexuelle est statistiquement majoritaire et vraisemblablement destinée à le demeurer), on doit viser à construire la norme juridique dès le départ de telle façon qu'elle soit adaptée à cette diversité et qu'elle assure à tous l'intégralité des droits dans tous les domaines. On est alors dans une véritable problématique de l'égalité, et non plus simplement de la tolérance.

2/ De la tolérance à l'égalité des droits

Car la démarche qui consiste à vérifier que l'on ne porte pas d'atteinte excessive à l'exercice des libertés considérées comme fondamentales n'est pas de même nature que celle qui consiste à veiller à ce que les libertés s'exercent pour tous dans les mêmes conditions. L'exemple de la liberté religieuse illustre bien cette distinction. A l'heure actuelle encore, même dans un pays laïque comme la France qui a très tôt proclamé le principe de séparation des Églises et de l'État, il n'y a pas de véritable égalité entre les religions. Le droit positif, malgré une apparence de neutralité et d'universalité, favorise indirectement ceux qui appartiennent à la religion dominante, qu'il s'agisse de la détermination des congés légaux ou de l'utilisation des édifices du culte. Pour éviter que l'application du droit commun n'entrave de façon excessive la liberté de conscience des membres des autres religions, on leur consent des dérogations à la règle générale : autorisations d'absence pour les fêtes religieuses, encadrement de l'abattage rituel... ; mais le recours au procédé de la dérogation atteste la non universalité de la règle et l'absence de symétrie entre les droits reconnus aux uns et octroyés aux autres.

On peut évoquer, dans le même sens, la condition des femmes. Bien que les droits de l'homme proclamés en 1789 aient été indiscutablement conçus comme ceux qui appartiennent à tout être humain, dans une perspective universaliste et égalitaire, l'ensemble de la législation positive, que ce soit en matière civile ou en matière politique, n'en est pas moins restée imprégnée par l'idée de l'inégalité des sexes qu'elle a contribué en retour à consolider. Les femmes avaient des droits, certes, mais pas les mêmes que les hommes. Elles s'étaient vu ainsi, tardivement, reconnaître le droit d'accéder à la fonction publique (un arrêt du Conseil d'État de 1936, *Demoiselle Bobard*, considéré comme particulièrement progressiste pour l'époque, avait admis qu'elle avaient l'"aptitude légale" à servir dans l'administration), mais c'était sous réserve des nécessités du service... qui pouvaient évidemment s'opposer à la présence des femmes à certains postes. Ce dernier exemple montre bien la différence entre la reconnaissance *de* [certains] droits et l'égalité *des* droits. Et lorsque, en 1946, il a été proclamé que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes* », la pente a été difficile à remonter : il a fallu encore de longues années de luttes et de patience pour faire disparaître des textes - sans rien dire des pratiques -, et dans tous les domaines, les dispositions discriminatoires qu'ils contenaient.

La véritable universalité consiste donc à assurer à tous l'intégralité des droits. Et pas seulement certains droits. Ainsi, l'accès à l'égalité des droits pour les homosexuels ne saurait s'arrêter à la reconnaissance de la liberté sexuelle (laquelle est encore loin, du reste, d'être pleinement reconnue et garantie dans tous les pays) : tel est bien l'enjeu des discussions actuelles autour de la reconnaissance de la conjugalité - ou de la parentalité - homosexuelle. Or le passage de la première optique à la seconde ne va pas de soi : il suffit pour s'en convaincre de se référer à la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme. Si, à l'issue d'une évolution relativement longue, la Commission et la Cour ont fini

par admettre que les dispositions pénales réprimant les conduites homosexuelles constituaient une ingérence disproportionnée dans la vie privée des individus², la Commission refuse toujours de reconnaître que le couple homosexuel constitue une famille qui a droit à la protection due au titre de l'article 8 de la Convention et de considérer comme discriminatoires les mesures qui entravent la vie commune d'un tel couple. Pour l'instant, donc, seule la liberté sexuelle est protégée au titre de la vie privée³.

Et si les discussions sont aussi vives, si les résistances sont aussi fortes, c'est qu'on s'aventure ici, comme naguère avec les revendications concernant les droits des femmes, sur un terrain où l'évolution du droit est profondément tributaire de celle mœurs et des mentalités. Ceci nous conduira donc nécessairement à revenir sur les rapports que la norme juridique entretient avec la norme sociale, sur les rapports que le droit entretient avec la normalité. Le droit, en effet, n'est pas seulement un instrument de codification des conduites et de régulation des rapports sociaux concrets ; en indiquant le permis et le défendu, le possible et l'impossible, le souhaitable et le condamnable, il retranscrit et en même temps diffuse et perpétue une certaine idée de ce qui est considéré comme normal à un moment donné.

*

Une fois ces préalables posés, on peut à présent revenir à la question initiale : comment assurer l'égalité des droits par-delà les différences ? Dans la tradition française des droits de l'homme, le chemin vers l'égalité passe par l'universalité de la règle de droit : l'universalité de la règle garantit le droit de tous les êtres humains d'être traités de façon identique par-delà leurs différences ; elle assure le "droit à l'indifférence".

Mais cette quête de l'universalité peut-elle être poussée jusqu'à son terme extrême ? Jusqu'à quel point la règle doit-elle et peut-elle rester "aveugle"⁴ aux préférences sexuelles ? La question est posée, bien sûr, par ceux qui estiment, au nom de la normalité, sinon de la morale, que l'homosexualité ne peut être traitée de la même façon que l'hétérosexualité ; mais elle doit également être posée dans la perspective inverse en recherchant s'il n'y a pas des cas où la reconnaissance de droits spécifiques - impliquant la renonciation, au moins temporaire, à l'universalité - est nécessaire pour combattre les discriminations.

I / ASSURER L'UNIVERSALITE DE LA REGLE DE DROIT

Assurer l'universalité de la règle de droit est *a priori* la façon à la fois la plus efficace et la plus conforme à la conception française traditionnelle des droits de l'homme de garantir le droit à l'indifférence, de permettre que tous aient les mêmes droits par-delà leurs différences. De fait, l'égalité n'est pas respectée lorsque la règle n'est pas universelle parce qu'elle refuse à certains les droits qu'elle confère aux autres. Mais parfois la règle de droit n'est universelle et égalitaire qu'en apparence : elle n'est pas ouvertement discriminatoire, et pourtant son uniformité de façade camoufle un mécanisme d'exclusion. Conçue en fonction de la norme sociale dominante - ici, la norme hétérosexuelle - elle empêche ceux qui ne se reconnaissent pas dans cette norme d'accéder aux mêmes droits que ceux qui s'y reconnaissent et pour qui elle a été édictée.

1/ L'élimination des discriminations inscrites dans la règle de droit

² *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981. Voir aussi *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993.

³ Pour une analyse plus complète de cette jurisprudence, voir E. Spiry, « Homosexualité et droit international des droits de l'homme. Vers une nouvelle donne en Europe ? », *Rev. trim. des dr. de l'homme* n° 25, janvier 1996, pp. 45-66, ainsi que les contributions à cet ouvrage de O. de Schutter et de Catherine Meyer.

⁴ Comme on s'est efforcé, aux Etats-Unis, de rendre la législation "colorblind", aveugle à la couleur.

Il existe encore de nombreux pays où des règles discriminatoires subsistent dans la législation : incrimination pénale des pratiques homosexuelles, exclusion des homosexuels de l'accès à telle ou telle institution, et notamment de l'armée. On ne s'attardera pas longuement sur ces situations : non pas parce qu'elles ne méritent pas d'être dénoncées - elles sont au contraire particulièrement graves et choquantes -, mais parce que d'un point de vue strictement juridique il est clair que le rétablissement de l'égalité (à supposer que tel soit bien l'objectif poursuivi, ce qui n'est pas encore acquis partout et par tous comme une évidence) consiste simplement à faire disparaître ces discriminations inscrites dans les textes.

Encore faut-il veiller à ce que des discriminations ne soient pas réintroduites par le biais d'une interprétation restrictive de textes qui semblaient conférer à tous les mêmes droits, indépendamment de leurs préférences sexuelles. On vise ici la jurisprudence récente du Conseil d'État concernant l'adoption, qui équivaut à entériner des pratiques discriminatoires non prévues par la loi.

Depuis la réforme introduite par la loi du 11 juillet 1966, l'adoption plénière est ouverte non seulement aux couples mais aussi aux personnes seules, hommes ou femmes. La loi ne fait aucune distinction entre les célibataires. Pourtant, dans un arrêt qui fait figure d'arrêt de principe, le Conseil d'État a admis que l'agrément avait pu être refusé à juste titre à un homme au motif que « *si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant* »⁵. Même si le juge se garde bien de dire que l'homosexualité peut en elle-même fonder le refus, il est évident, comme cela ressort clairement des conclusions du commissaire du gouvernement, que c'est bien l'homosexualité de l'intéressé, sous couvert de ses "choix de vie" qui était exclusivement en cause ici.

Cette solution est assurément critiquable, y compris et même surtout d'un strict point de vue juridique. Le commissaire du gouvernement avait du reste elle-même relevé les arguments qui plaident avec force en faveur de la solution inverse, à commencer par la lettre de la loi qui ne fait pas de distinction entre les catégories de célibataires. « *Décider par voie pré-torienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes au plan psychologique et familial pour adopter un enfant revient à introduire une discrimination non voulue par le législateur entre les candidats à l'adoption en fonction de leurs choix de vie privée* », ajoutait-elle. A cet argument venait s'ajouter celui tiré de la protection de la vie privée : le droit de mener la vie sexuelle de son choix, composante du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est-il pas, au moins indirectement, entravé dès l'instant où l'on admet des discriminations fondées sur les préférences sexuelles ?

C'est finalement en se situant essentiellement sur le terrain de l'opportunité – l'absence de consensus entre les psychiatres sur les perturbations que peut entraîner pour l'enfant le fait de n'avoir pas de référence à un père et une mère différenciés, la division de l'opinion publique sur la question...⁶ – que le commissaire du gouvernement s'est résolue à proposer au Conseil

⁵ CE 9 octobre 1996, *Département de Paris*, concl. Christine Maugué, *JCP* 1997.22766. Voir aussi CE 12 février 1997, *Mme Parodi*, req. n° 161454, qui confirme la solution dans une hypothèse où l'agrément avait été refusé à une femme vivant en couple avec une autre femme.

⁶ Même sur ce terrain, à vrai dire, les arguments ne convainquent guère. En effet, à partir du moment où l'on accepte l'adoption par des célibataires on ne saurait opposer à la personne candidate à l'agrément le fait que l'enfant ne trouverait pas dans son foyer à la fois une figure maternelle et une figure paternelle. Par ailleurs, le parallèle avec les procréations médicalement assistées, pour lesquelles le législateur a exigé la présence d'un couple composé d'un homme et d'une femme, est doublement contestable : d'abord parce qu'on en déduit *a contrario* que dans le cas de l'adoption, la loi n'étant pas la même, la solution ne saurait être la même ; ensuite parce que, dans l'hypothèse de l'adoption, l'enfant existe déjà et qu'il est de son intérêt d'être adopté plutôt que de rester dans une institution. Et la même objection peut être opposée à l'argument tiré des besoins psychologiques de l'enfant adopté : que l'enfant adopté ait particulièrement besoin d'avoir un environnement familial stable et épanouissant, soit ; mais même en admettant que, toutes choses égales d'ailleurs, il est *a priori* préférable d'être élevé par un couple homme-femme que par une personne vivant seule, reconnaissons aussi qu'il vaut mieux être élevé par une personne vivant seule ou en couple homosexuel que de rester à la DASS.

d'État la solution contraire à celle que dictait la prise en compte des seules considérations juridiques. Après avoir pris soin, de façon encore une fois contradictoire, de noter que, « *s'agissant d'une question aussi délicate et dont les implications sont davantage éthiques et sociologiques que juridiques, c'est au législateur de prendre position sur ce qui constitue un choix de société* » : or le Conseil d'État ne s'est-il pas, justement, substitué ici au législateur, en tranchant – par la négative – la question que la loi laissait ouverte ?

2/ De l'uniformité à l'universalité

Mais en dehors de ces exclusions explicites fonctionnent aussi des exclusions implicites, derrière une norme juridique qui n'a que l'apparence de l'universalité. Parce que, en dépit de sa formulation abstraite, elle a été en réalité conçue, comme on l'a dit plus haut, en fonction de la norme sociale dominante : de sorte que tous ceux qui ne s'inscrivent pas à l'intérieur de cette norme peuvent se trouver exclus de la jouissance de certains droits théoriquement reconnus à tous.

Ainsi, le Code civil, où l'on chercherait en vain la trace explicite d'une discrimination quelconque à l'égard des homosexuels, a pourtant été entièrement rédigé et conçu en fonction du modèle familial dominant, le seul socialement acceptable et accepté : le couple composé d'un homme et d'une femme, de préférence pourvu d'enfants. Or si l'on veut que la règle soit véritablement universelle, et pas seulement uniforme, il faut qu'elle permette d'assurer effectivement à tous les mêmes droits, qu'elle ne fonctionne pas au seul bénéfice de ceux qui sont dans la norme, qu'elle soit indifférente aux préférences sexuelles.

C'est à la lumière de cette distinction entre uniformité et universalité qu'on peut reprendre ici le débat sur le contenu des notions de couple et de mariage. En apparence, donc, la règle est la même pour tous, elle n'a rien de discriminatoire. Tout homme, toute femme a le droit de vivre en couple, et le droit n'interdit pas à deux hommes ou à deux femmes de vivre ensemble ; mais le droit n'attache pas les mêmes conséquences à l'union libre lorsqu'elle concerne deux personnes de même sexe que lorsqu'elle concerne deux personnes de sexe différent. En ce qui concerne le droit de se marier, on peut dire également que chaque homme et chaque femme a le droit de se marier, indépendamment de ses préférences sexuelles, ce qui préserve en apparence l'égalité de tous ; à ceci près que le droit au mariage - dès lors qu'on ne peut épouser que quelqu'un d'un autre sexe - est privé de tout contenu véritable pour celui qui se reconnaît comme homosexuel.

Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que les notions de couple et de mariage continuent à être interprétées par référence à une norme hétérosexuelle qui ne figure pas ou plus explicitement dans les textes.

S'agissant du mariage, il a toujours été admis qu'il ne pouvait être valablement contracté qu'entre deux personnes de sexe différent : si cette condition n'était pas expressément formulée par le Code civil, elle était présupposée par plusieurs articles de ce code qui fixaient les devoirs respectifs du "mari" et de la "femme". Mais depuis que les réformes successives ont supprimé la dissymétrie des rapports au sein du couple, le code ne fait plus référence qu'aux "époux" et plus jamais, de façon sexuée, au mari et à la femme, et on y chercherait désormais en vain une disposition s'opposant à ce qu'un mariage soit célébré entre deux personnes de même sexe. Pour autant, cette sorte d'évidence naturelle — la nature se modelant ici sur la norme hétérosexuelle dominante — selon laquelle le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme n'a pas été remise en cause. Pour justifier le maintien de cette situation on se réfère à des considérations tirées de la morale ou de la "nature [biologique] des choses", comme si la procréation restait décidément l'horizon indépassable du mariage : dès lors, le mariage entre deux personnes de même sexe est littéralement impensable, et l'évidence est telle qu'elle n'a pas besoin d'être confortée par une argumentation juridique ou logique⁷.

⁷ La lecture des différents manuels de droit de la famille est édifiante à cet égard.

Mais cette “évidence” a également guidé l'interprétation de la notion de couple en dehors du mariage. On sait que la Cour de cassation a refusé de reconnaître que deux personnes de même sexe pouvaient mener une “vie maritale” ou vivre en “union libre”, et donc d'accorder au couple homosexuel les droits reconnus au couple hétérosexuel non marié. Elle a ainsi jugé, dans deux arrêts désormais célèbres, que la compagne d'une assurée sociale, bien que vivant avec elle et se trouvant entièrement à sa charge, ne pouvait prétendre à la qualité d'ayant droit : la “vie maritale”, au sens de la législation, énonce-t-elle, a seulement visé « *la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* ». Et elle a admis pour les mêmes motifs qu'Air France pouvait refuser au compagnon d'un steward le bénéfice des tarifs de faveur accordés par la compagnie aux “conjoints en union libre” de ses agents⁸. Le refus de reconnaître l'existence d'un concubinage homosexuel a été majoritairement approuvé par la doctrine, là encore au nom des bonnes mœurs (mais il est vrai qu'il y a peu le concubinage hétérosexuel était lui-même encore un objet d'opprobre) ou en se réfugiant derrière une opinion publique - voire l'opinion de la France profonde - supposée hostile à une telle assimilation.

D'une façon générale, lorsque des droits ont été reconnus aux concubins par la loi (telle, en matière de logement, la continuation du bail en cas de décès ou de départ de l'un des concubins) ou par les conventions collectives, ils ont été constamment refusés aux concubins de même sexe.

Or la véritable liberté suppose l'égalité : les homosexuels sont libres de vivre en couple, mais si ce couple ne jouit pas des mêmes droits que le couple hétérosexuel, parce qu'il ne correspond pas au modèle majoritaire et dominant, le droit à l'indifférence n'est pas respecté. Pour rétablir un véritable droit à l'indifférence par rapport aux préférences sexuelles, une véritable égalité dans l'accès à la conjugalité, il faut donc repenser la règle de droit - c'est-à-dire soit la réécrire, soit la réinterpréter - en fonction de cette exigence.

La réforme la plus simple consiste à aligner les droits des concubins homosexuels sur ceux des concubins hétérosexuels. En France, le processus a déjà été engagé par plusieurs initiatives récentes. Ainsi, la loi du 27 janvier 1993, en disposant que toute personne vivant à la charge effective, totale et permanente, d'un assuré social peut bénéficier de ses droits, sans faire aucune référence au lien qui lie l'assuré et la personne bénéficiaire, permet désormais, comme le précise explicitement une circulaire du 3 août 1993, d'inclure parmi les ayants droit les compagnons de même sexe. On peut aussi mentionner la délivrance, par certaines municipalités, de “certificats de vie commune” aux couples homosexuels au même titre qu'aux couples hétérosexuels, même si les effets juridiques de ces certificats sont des plus limités.

Mais même si l'on arrive à aligner entièrement la condition des concubins homosexuels sur celle des concubins hétérosexuels, on ne supprimera pour autant l'ensemble des discriminations que subit le couple homosexuel. En effet, les concubins ne peuvent se prévaloir de la plupart des droits conférés aux époux (la fiscalité successorale, par exemple, reste confiscatoire, et la qualité de concubin ne confère à l'étranger aucun droit au séjour, que ce soit au titre du regroupement familial ou de conjoint de Français) ; or si, pour le couple hétérosexuel, c'est là, sauf exception, la conséquence d'un choix librement effectué, puisqu'il a toujours la ressource de se marier pour acquérir des droits supplémentaires, il n'en va pas de même pour le couple de même sexe auquel la voie du mariage reste barrée.

C'est sur la base de ce constat que le Parlement européen, dans sa résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, s'est prononcé en faveur d'une reconnaissance pleine et entière du couple homosexuel, soit en levant l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier, soit en leur permettant de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes, c'est à dire leur garantissant

⁸ Cass. soc. 11 juillet 1989, *X. c. Air-France* et *Mme X. c. CPAM de Nantes*, *Dalloz-Sirey* 1990, p. 582. On se reportera également aux conclusions de l'avocat général Dorwling-Carter, reproduites dans le rapport de la Cour de cassation pour 1989, La Documentation française, pp. 85-126.

l'ensemble des droits et des avantages du mariage. On sait que, de leur côté, les pays scandinaves - le Danemark depuis 1989, la Norvège depuis 1993, la Suède depuis 1994 - ont institué un "partenariat" qui entraîne les mêmes effets légaux que le mariage, à l'exception du droit d'adopter des enfants, et dont les conditions sont assez largement calquées sur celui-ci. Mais si l'égalité des droits est ainsi rétablie, la règle n'est pas véritablement universelle, puisque le partenariat concerne uniquement les couples homosexuels, le mariage restant réservé aux couples hétérosexuels.

A l'inverse, les différents projets qui, en France, visent, sous le nom de "contrat d'union civile" ou de "contrat d'union sociale", ou désormais de "contrat d'union civile et sociale", à conférer un statut juridique plus protecteur aux couples cohabitants concernent indistinctement les couples de même sexe ou de sexe différent : indépendamment des critiques que ces projets peuvent encourir sur tel ou tel point, ils ont donc le mérite de respecter — au moins formellement, dans la mesure où l'intérêt de ce statut hybride risque d'être limité pour les couples hétérosexuels — l'exigence d'universalité et de ne pas enfermer le couple homosexuel dans une condition à part.

Reste que le partenariat n'est pas le mariage et que c'est seulement en ouvrant l'institution du mariage aux couples de même sexe que l'on serait réellement fidèle à l'exigence d'universalité. Ce qui, aujourd'hui, apparaît encore comme une revendication subversive et irréaliste pourrait bien, dans quelques années, apparaître comme le simple aboutissement logique d'une évolution déjà largement amorcée.

Cette dernière remarque, qui vient rappeler que les mentalités sont le principal obstacle à cette quête de l'universalité, amène à se demander si, de façon plus générale, l'exigence d'universalité peut être poussée jusqu'à son terme, s'il n'y a pas des domaines où la prise en compte par le droit des différences - ici, des préférences sexuelles - est légitime, voire souhaitable.

II / Y A-T-IL DES LIMITES

A LA QUETE DE L'UNIVERSALITE ?

Jusqu'ou peut-on faire "comme si" les préférences sexuelles étaient un élément aussi neutre et insignifiant que la couleur des yeux, une donnée dont il est à la fois inconcevable et inadmissible de tenir compte, jusqu'à quel point l'objectif de construire une législation qui soit entièrement "aveugle" aux préférences sexuelles peut-il être tenu ?

D'un côté n'y a-t-il pas des domaines où les préférences sexuelles engendrent des différences de situation qu'il est légitime de prendre en considération, sur lesquelles il est légitime de fonder des différences de traitement ?

D'un autre côté n'y a-t-il pas des circonstances où, pour garantir l'égalité des droits, il est nécessaire de prendre acte des différences ? en prendre acte de façon négative, dans le souci de protéger contre les discriminations ceux qui sont le plus exposés à les subir ; en prendre acte aussi de façon positive pour assurer une égalité véritable dont la réalisation serait entravée par l'application d'une règle trop générale, et pour respecter en chaque individu sa part d'altérité ?

Autrement dit, peut-on pousser jusqu'à son terme l'exigence d'égalité qu'assure l'universalité de la règle de droit, et à l'inverse ne faut-il pas dans certains cas renoncer à l'universalité de la règle de droit pour assurer une véritable égalité ?

1/ Peut-on pousser jusqu'à son terme l'exigence d'égalité par l'universalité de la règle de droit ?

On sait que le principe d'égalité, dans son interprétation contemporaine, s'entend avant tout comme un principe de non-discrimination. Autrement dit, il n'oblige pas à ce que la loi soit littéralement la même pour tous, il interdit seulement d'édicter des règles différentes ap-

plicables à des personnes se trouvant dans la même situation. A l'inverse, les différences de traitement n'enfreignent pas le principe d'égalité dès lors qu'elles ne sont pas arbitraires mais justifiées par des différences de situation.

Dans cette perspective, ne peut-on considérer les préférences sexuelles comme constitutives de différences de situation justifiant des différences de traitement ?

La question - et donc la réponse - sont plus complexes qu'il y paraît. En effet, le simple constat d'une différence entre des individus ou des groupes ne permet pas de prétendre que, *ipso facto*, ils sont placés dans des situations différentes. Les individus peuvent différer par la couleur de leur peau, par leur sexe, par leur orientation sexuelle, par leur religion ou leurs opinions politiques... : il n'en résulte pas pour autant qu'ils se trouvent dans des situations différentes. La similitude entre deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective et abstraite : on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes et qu'elles justifient ou non par conséquent des différences de traitement ; on ne peut le décider que : 1/ en fonction d'une appréciation à la fois relative et subjective ; et 2/ au regard d'un problème déterminé, car certaines différences peuvent légitimer une différence de traitement dans un domaine et pas dans un autre.

Pour illustrer cette affirmation, on peut faire le parallèle avec la façon dont le droit traite la question de la différence des sexes. Assurément, il existe bien une différence entre les hommes et les femmes ; et on peut admettre, de même, qu'il existe bien des différences, sinon entre les homosexuels et les hétérosexuels (ce serait réifier des catégories qui n'ont pas la même objectivité et la même inéluctabilité que les catégories "homme" ou "femme"), du moins entre des pratiques homosexuelles et des pratiques hétérosexuelles, ou encore entre les couples de même sexe et les couples de sexe différent. Mais le constat de ces différences ne préjuge pas la façon dont le droit peut ou doit en tenir compte.

Ainsi, les différences entre les sexes ont pendant longtemps été invoquées pour justifier une série de discriminations à l'égard des femmes ; désormais on considère, au moins officiellement, que la différence homme-femme ne constitue plus une différence de situation justifiant des différences de traitement. Ce n'est donc pas la réalité objective qui a changé, mais le regard porté sur cette réalité en fonction d'une appréciation relative et subjective étroitement tributaire de l'évolution des conceptions dominantes : ce qui hier était considéré comme "normal" et "naturel" ne l'est plus aujourd'hui.

Il en va de même en ce qui concerne les préférences sexuelles. La similitude des arguments invoqués pour refuser hier d'aligner la condition des femmes sur celle des hommes, aujourd'hui celle des homosexuels sur celle des hétérosexuels, est tout à fait frappante : la nature (biologique), la morale, l'intérêt des enfants... Ce qui compte, ce n'est pas la différence en elle-même, c'est le jugement porté sur cette différence au nom de ce que la société juge souhaitable ou acceptable à un moment donné, au nom d'une certaine conception de la normalité. Les femmes n'ont pu revendiquer avec succès les mêmes droits que les hommes qu'à partir du moment où la frontière entre ce qui était considéré respectivement comme normal ou anormal s'est déplacée, et lorsque les discriminations dont elles étaient l'objet sont apparues comme "anormales" et non plus "naturelles". De même la revendication des mêmes droits pour tous les individus et tous les couples sans considération de leurs préférences sexuelles n'aura de chances d'être véritablement satisfaite que lorsque l'homosexualité - qu'on l'appréhende comme une forme de sexualité au sens strict ou en tant qu'elle induit des choix de vie spécifiques - n'apparaîtra plus comme anormale au regard d'une hétérosexualité considérée comme seule naturelle et donc seule normale.

De fait, lorsque l'homosexualité n'est pas stigmatisée comme immorale, elle reste cataloguée au minimum comme anormale, justifiant à ce titre un traitement différent. Cette désignation de l'homosexualité comme anormale joue de plus habilement sur l'ambivalence de la notion de normalité, bien mise en lumière par Georges Canguilhem⁹ : on qualifie de normal ce qui se rencontre dans la *majorité* des cas mais aussi ce qui est tel qu'il *doit* être, ces deux

⁹Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966, 4^e éd. 1979.

significations, quoique distinctes, étant indissociables. Ce qui veut dire que la norme n'est jamais purement et simplement déduite de la moyenne des phénomènes ou des comportements observés, qu'elle est toujours instituée à partir d'un jugement de valeur porté sur ces phénomènes ou ces comportements. Affirmer que l'hétérosexualité est normale, par conséquent, ce n'est pas se borner à un constat objectif fondé sur la réalité observable, c'est en même temps porter un jugement, indiquer une préférence. Cette dimension subjective est d'autant plus importante à souligner qu'il n'y a de norme qu'en fonction d'une exigence de normalisation, que la norme ne tire son sens que de l'existence de faits ou de comportements qui lui échappent ou lui résistent et qui seront dès lors rejetés dans la catégorie de l'anormal¹⁰.

La norme juridique, tributaire de la norme sociale, est marquée par les mêmes ambiguïtés : lorsque le droit trace la limite entre les comportements légalement reconnus et ceux qui ne le sont pas, il érige en règle juridiquement sanctionnée tantôt ce qui est considéré comme "normal" en fonction d'un jugement de valeur, tantôt ce qui n'était jusque-là qu'habitude ou comportement "moyen". Il contribue ainsi à brouiller les cartes en donnant pour habituel et naturel ce qui relève d'un modèle idéal à atteindre ou à l'inverse en présentant comme souhaitable ce qui n'est qu'habituel.

Car les rapports entre la norme sociale et la norme juridique ne sont pas à sens unique. Si le droit positif reflète les valeurs et les conceptions socialement dominantes, si les comportements qu'il prescrit ou autorise sont, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société données, sont considérés comme normaux, il n'est pas le simple vecteur passif d'une normalité définie en dehors de lui mais rétroagit sur les représentations collectives. La norme juridique, une fois instituée, devient à son tour instituante : transmuée en étalon de la normalité, elle contribue à faire accepter comme normaux certains comportements et à en disqualifier d'autres qui seront dès lors considérés comme anormaux¹¹.

Ainsi, lorsque le droit positif prend en compte une situation ou une conduite pour la réglementer positivement, c'est-à-dire autrement qu'en l'interdisant purement et simplement, il produit un effet de reconnaissance qui va bien au-delà de l'autorisation juridique ponctuelle contenue dans la norme juridique : définissant au départ les comportements légalement admissibles, il en arrive à délimiter la sphère d'acceptabilité sociale des actes et des conduites, à indiquer ce qu'il est normal de faire et de penser et ce qui ne l'est pas.

C'est dans ce contexte qu'il faut replacer la revendication de l'égalité des droits indépendamment des préférences sexuelles. En particulier, demander une modification de la législation tendant à ce que le couple homosexuel soit assimilé au couple hétérosexuel, *a fortiori* tendant à ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, au motif que les préférences sexuelles ne constituent pas dans ce domaine une différence de situation justifiant une différence de traitement, ce n'est pas seulement réclamer pour les homosexuels des droits dont ils sont privés ; c'est aussi demander au droit d'entériner une modification de la conception dominante de la normalité en même temps que de contribuer à cette modification.

Est-ce à dire que, une fois effectuée cette révolution dans les mentalités, la prise en compte des préférences sexuelles ne serait plus légitime dans aucun domaine ? Pas nécessairement. Si l'on reprend le parallèle avec la façon dont le droit traite la question de la différence des sexes, on constate que cette différence est parfois prise en compte non plus dans une perspective discriminatoire et inégalitaire, mais parce que cette différence peut effectivement placer les femmes, dans certaines circonstances, comme la grossesse, dans une situation différente de celle des hommes.

De la même façon, les préférences sexuelles peuvent, au moins indirectement, entendre des différences de situation : c'est le cas dans le domaine de la procréation, puisque, à l'inverse du couple formé d'un homme et d'une femme, le couple de même sexe ne peut pro-

¹⁰ *op. cit.* p. 182.

¹¹ Voir D. Lochak, « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, Publications du CURAPP, PUF, 1983, pp. 51-77.

créer. Et contrairement à ce qui est le cas en matière de mariage, l'impossibilité ici n'est pas juridique, mais biologique. A partir de ce constat, certains réclament, au nom de l'égalité des droits, d'une part que soit reconnu à la femme lesbienne le droit de recourir à l'insémination artificielle avec donneur (IAD), de l'autre le droit pour le couple de même sexe d'adopter un enfant, avec établissement de la filiation vis-à-vis des deux adoptants.

En ce qui concerne le recours à l'IAD, que beaucoup de législations, dont la législation française, réservent aux couples, la règle de droit est en réalité indifférente aux préférences sexuelles. Les femmes lesbiennes ne sont pas victimes d'une discrimination en tant que lesbiennes ; si discrimination il y a, elle résulte de la distinction établie par la loi entre les femmes vivant en couple et les femmes vivant seules. Le problème n'est donc pas de savoir s'il faut accepter l'IAD pour les femmes lesbiennes, mais s'il faut l'accepter pour les femmes seules en général. Il s'agit d'une question d'un autre ordre, relevant d'une réflexion sur la bioéthique, qui ne met en jeu ni l'application du principe d'égalité, ni la façon dont on appréhende l'homosexualité.

En ce qui concerne l'adoption, en revanche, il y a bien ici une différence de traitement instituée par la loi (puisque c'est la loi qui fixe les modalités de l'adoption), et découlant, au moins indirectement, des préférences sexuelles. La question de savoir si cette différence de traitement est justifiée, autrement dit si, au regard de l'adoption, il y a bien une différence de situation entre le couple de même sexe et le couple formé d'un homme et d'une femme, se pose pleinement. La réponse ne peut découler, ici comme ailleurs, que d'une appréciation subjective : à nos yeux, la différence de situation existe, elle réside dans les conséquences que l'adoption aurait sur l'enfant, dont la filiation serait établie par rapport à deux parents de même sexe. Ne prend-on pas des risques en prétendant manipuler ainsi, sans plus de précaution, les bases constitutives de la filiation, les "structures élémentaires de la parenté", et au-delà les ressorts les plus profonds de l'identité ?¹²

2/ Doit-on parfois renoncer à l'universalité pour mieux assurer l'égalité ?

Si, d'une façon générale, l'universalité véritable de la règle est la condition de l'égalité des droits, l'expérience montre qu'il faut aussi parfois, pour garantir cette égalité, prendre acte des différences, renoncer à la formulation universelle de la règle et régler de façon spécifique la condition des membres de certains groupes : soit pour mieux combattre les discriminations dont ceux-ci sont victimes, soit pour respecter en chaque individu sa part d'altérité cette part d'altérité qui fait que le droit commun peut, par sa rigidité, le priver de la possibilité d'exercer effectivement des droits théoriquement reconnus à tous.

- La renonciation à l'universalité de la règle pour combattre les discriminations

Pour atteindre l'idéal universaliste, pour garantir une application identique de la règle de droit à tous les individus par-delà leurs différences, on est parfois amené à désigner ceux que l'on veut protéger contre des traitements discriminatoires parce qu'ils appartiennent aux groupes qui risquent le plus d'en être victimes, et donc, paradoxalement, de rompre avec la formulation universelle de la règle.

On trouve dans plusieurs conventions internationales relatives aux droits de l'homme ou dans des textes constitutionnels des dispositions qui énumèrent des critères de discrimination spécifiquement prohibés (sexe, race couleur, religion, etc.). C'est sur ce mode que fonctionnent également les législations nationales visant à réprimer les discriminations, et c'est un type de raisonnement analogue qu'adopte la Cour suprême des États-Unis lorsqu'elle entre-

¹² D'autant qu'on peut imaginer des solutions permettant de répondre aux problèmes pratiques soulevés par ce type de situations : l'adoption par l'un des membres du couple peut par exemple s'accompagner de la reconnaissance de l'autorité parentale à l'autre membre du couple.

prend de contrôler plus strictement les distinctions “suspectes”. On relève une tendance, dans les textes les plus récents, à inclure parmi les discriminations prohibées les distinctions fondées sur les préférences sexuelles (l'exemple de la constitution sud-africaine est particulièrement symptomatique de cette évolution).

En France, c'est la loi du 1er juillet 1972 contre le racisme qui a introduit pour la première fois dans le code pénal des dispositions réprimant les comportements discriminatoires – refus de fournir un bien ou un service, refus d'embauche ou licenciement, refus d'accorder le bénéfice d'un droit reconnu... – lorsqu'ils sont fondés sur « l'origine » d'une personne ou sur son appartenance ou sa non appartenance à « une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». La liste des discriminations prohibées a progressivement été allongée : en 1975 le législateur y a ajouté les discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille, en 1985 celles fondées sur « les mœurs » (ce qui était une façon de ne pas désigner explicitement l'homosexualité à une époque où l'on n'évoquait pas encore les “préférences sexuelles”), en 1989 et 1990 celles fondées sur le handicap et l'état de santé. On observe au passage que cette énumération dessine bien, en négatif, le profil de celui qui n'a pas besoin d'une protection spécifique parce qu'il est “dans la norme” : l'individu de sexe masculin, français, catholique, hétérosexuel, etc. Le code du travail contient des dispositions de même nature¹³, interdisant à l'employeur de prononcer une sanction disciplinaire ou un licenciement fondé sur les “mœurs” du salarié et de faire figurer dans le règlement intérieur des dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail en raison de leurs mœurs.

Le dispositif protecteur instauré également par la loi de 1972 contre les injures et diffamations à caractère racial n'a en revanche pas été étendu aux injures et diffamations fondées sur les préférences sexuelles. Mais des législations de ce type existent dans plusieurs pays scandinaves.

Il est évident que le mécanisme de protection adopté est doublement paradoxal au regard de l'objectif d'universalité et du droit à l'indifférence dont elle est le corollaire : d'une part, en effet, l'universalité de la règle cède devant la nécessité de désigner ceux qui peuvent se prévaloir d'une protection spécifique ; d'autre part, pour pouvoir invoquer ces dispositions protectrices, les intéressés doivent apporter la preuve qu'ils ont été victimes d'une discrimination en tant que femme, noir, juif, homosexuel, etc, et donc faire état de leur appartenance à l'une de ces catégories.

Pour l'application de la clause d'égalité de protection des lois édictée par le XIV^e amendement, la Cour suprême des États-Unis a été amenée à établir une hiérarchie entre les distinctions opérées en violation des valeurs fondamentales de la démocratie, *a priori* considérées comme non justifiables et donc inconstitutionnelles, et celles qui, quoique restreignant la portée du principe d'égalité, peuvent plus facilement trouver une justification. Toute classification “suspecte” fait l'objet d'un contrôle particulièrement strict (*strict scrutiny*), et elle ne peut échapper au grief d'inconstitutionnalité que si elle est indispensable pour atteindre un objectif essentiel ou sauvegarder un intérêt étatique vital (*compelling state interest*) et strictement proportionnée à la poursuite de cet intérêt ou de cet objectif. A l'inverse, dans le cas général, la Cour se borne à vérifier que la distinction opérée peut être rationnellement reliée à un but légitime (*rational relationship test*), qu'elle n'est pas la simple traduction d'un préjugé irrationnel à l'égard d'un groupe. On peut dire, pour résumer une jurisprudence complexe et nuancée, qu'est considérée comme suspecte toute distinction visant un groupe qui se caractérise par l'immuabilité de ses traits constitutifs et qui a été traditionnellement victime d'hostilité et de préjugés. Dans son état actuel, la liste des distinctions suspectes inclut uniquement celles qui sont fondées sur la race, l'origine nationale, la religion et, avec des nuances et pour autant qu'elles ne résultent pas de la législation fédérale, celles fondées sur la qualité d'étranger ; n'en font en

¹³ Respectivement introduites à l'article L. 122-45 par la loi du 16 juillet 1990 et à l'article L. 122-35 par la loi du 17 janvier 1986. Pour une application de ces dispositions anti-discriminatoires, voir Cass. soc. 17 avril 1991, *P... c. Association Fraternité Saint Pie X (Droit social 1991.485, comm. Savatier)* concernant le licenciement d'un aide sacristain de la paroisse Saint-Nicolas-du-Chardonnet exclusivement motivé par son homosexualité.

revanche partie ni les distinctions fondées sur le sexe (rangées dans la catégorie intermédiaire des distinctions “quasi-suspectes”), ni les classifications fondées sur le handicap, l’âge, ou l’orientation sexuelle.

Le fait de ne pas appartenir à une catégorie suspecte ne réduit pas entièrement à néant les chances d'obtenir l'invalidation d'une loi limitant les droits des personnes appartenant à cette catégorie. Ainsi, la Cour suprême a invalidé en 1996 un amendement à la Constitution du Colorado qui visait à refuser de la façon la plus large aux homosexuels toute protection légale ou judiciaire contre les discriminations dont ils peuvent être victimes en raison de leur orientation sexuelle, que ce soit dans l'emploi, dans l'accès au logement, aux assurances, aux services de santé, aux établissements d'enseignement, etc.¹⁴. La Cour n'a guère eu de difficulté en effet à constater que ces dispositions n'avaient aucune justification rationnelle et ne faisaient que traduire une animosité particulière envers les homosexuels.

Si les chances d'obtenir l'invalidation de dispositions discriminatoires sont d'autant plus grandes que l'on peut se réclamer de l'appartenance à une catégorie “suspecte”, il pourrait paraître tentant de faire reconnaître l'existence d'une minorité homosexuelle ayant les mêmes caractéristiques que les minorités ethniques ou nationales. Mais ceci supposerait aussi de faire admettre que l'homosexualité est subie, au même titre que la couleur de la peau ou le sexe, qu'elle renvoie à une différence innée, radicale, à une différence de nature, et donc de s'enfermer dans une problématique déterministe et biologique non seulement contestable en elle-même mais susceptible d'engendrer des formes de stigmatisation plus lourdes encore de conséquences que celles qui résultent des seules discriminations juridiques¹⁵.

- La renonciation à l’universalité de la règle par la reconnaissance positive des appartenances

La situation de certains groupes minoritaires montre que l'ignorance délibérée des appartenances, sous couvert de respecter l'universalité de la règle de droit, peut aboutir à entraver l'exercice de certaines libertés. C'est évident dans le cas des minorités nationales : les membres de ces minorités revendiquent d'abord l'égalité des droits civils et politiques, c'est à dire le droit d'être traités comme l'ensemble des autres habitants ; mais ils revendiquent aussi des droits spécifiques, tels que la liberté religieuse, le libre usage de la langue maternelle, le droit d'avoir des institutions éducatives, culturelles ou religieuses propres, le droit à une représentation spécifique en tant que minorité dans les instances politiques et administratives, ou encore le droit à certaines formes d'autonomie locale.

Même là où il n'existe pas de minorités au sens strict, on constate qu'il est parfois nécessaire de prendre en considération les différences découlant de l'appartenance à un groupe qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire au sein de la collectivité nationale, parce que l'application de la règle commune risquerait de priver ses membres de l'accès à certains droits théoriquement reconnus à tous : on pense ici surtout à la liberté de conscience qui ne peut être intégralement respectée que si le droit accepte de prendre en considération la diversité des croyances et des appartenances¹⁶. C'est ainsi que seront consenties à ceux qui professent une religion minoritaire des dérogations à la règle de l'assiduité scolaire, des autorisations d'absence dans la fonction publique, ou que des dispositions spécifiques seront introduites dans la réglementation générale pour rendre possible l'abattage rituel.

¹⁴ *Romer, Governor of Colorado v. Evans*, 20 mai 1996.

¹⁵ Sur cette question, et plus généralement pour une réflexion sur les limites de la rhétorique des droits de l'homme dans le combat contre les discriminations, voir Olivier De Schutter, « Homosexualité, Discours, Droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Bruxelles), n° 30/1993, pp. 83-142.

¹⁶ V. D. Lochak, « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, Publications du CURAPP, PUF, 1995. Pour une analyse plus générale de la façon dont les différences, dans le contexte français, sont à la fois niées et prises en compte par le droit, v. D. Lochak, "Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences", in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (collectif), L'Harmattan, 1989.

Notons toutefois que si le “droit à l’indifférence” semble ici entrer en conflit avec le “droit à la différence”, c’est parce que la règle commune, prétendument universelle, a en réalité été édictée en fonction d’une religion majoritaire et dominante.

Dans quelle mesure ces constats sont-ils transposables à la situation des homosexuels ? La prise en considération de l’homosexualité peut, dans certains cas, s’avérer nécessaire pour compenser les discriminations engendrées par l’application de la loi commune : ainsi, la reconnaissance d’un “partenariat” homosexuel entraînant, à quelques réserves près, les mêmes effets légaux que le mariage permet d’accorder aux couples de même sexe des droits équivalents à ceux des autres couples dans un contexte où le mariage reste réservé aux couples hétérosexuels. Comme dans l’exemple de la liberté de conscience que l’on vient d’analyser, seule la reconnaissance de droits spécifiques à ceux qui n’appartiennent pas au groupe majoritaire permet de compenser les inégalités qui résultent de ce que la règle générale n’a que l’apparence de l’universalité.

La problématique minoritaire, en revanche, nous semble ici peu pertinente car à la fois très délicate à mettre en œuvre et susceptible d’engendrer des maux plus graves que ceux auxquels elle est censée porter remède. C’est bien une problématique de ce type qui inspire les revendications tendant à ce que les homosexuels soient représentés en tant que tels dans différentes instances, afin que leur point de vue puisse être pris en compte¹⁷ : en effet, on ne peut revendiquer une représentation spécifique des homosexuels sans postuler qu’ils constituent un groupe sinon homogène, du moins cohérent, dont les membres ont des intérêts propres à faire valoir au sein de la société. Or il nous semble que les obstacles auquel se heurte tout mécanisme de reconnaissance de droits spécifiques à des individus en tant que membres d’un groupe et les risques qu’il comporte se trouvent démultipliés lorsque le groupe en question entend fonder sa spécificité sur les préférences sexuelles.

Toute officialisation, *a fortiori* toute cristallisation par le droit de l’existence de groupes d’appartenance comporte le risque de considérer les individus de moins en moins par rapport à ce qu’ils ont en commun et de plus en plus par rapport à ce qui les distingue les uns des autres - ici, leur orientation sexuelle ; le risque, également, de figer les appartenances et, au-delà, les identités, en obligeant, ou du moins en incitant les individus à se revendiquer soit comme “homosexuel”, soit comme “hétérosexuel” ; le risque, finalement, de renforcer la stigmatisation de ceux dont on veut défendre les droits en confortant dans l’opinion l’idée que les homosexuels constituent décidément bien une catégorie à part.

*

Après avoir exploré les diverses voies par lesquelles le droit peut concourir à garantir l’égalité, nous en arrivons donc à la conclusion que l’universalité de la règle de droit reste l’objectif “incontournable” vers lequel il faut tendre. Si l’expérience montre que la prise en compte des différences par le droit s’avère dans certains cas nécessaire pour préserver l’objectif d’égalité, il nous semble que, s’agissant des préférences sexuelles, cette renonciation ne peut être que temporaire et limitée aux nécessités de la lutte contre la discrimination. Les différences tenant à l’orientation sexuelle ne sont pas, en effet, de la même nature et ne peuvent être traitées exactement de la même façon que d’autres différences, liées au sexe ou à la religion par exemple, notamment parce que le risque de stigmatisation, le risque d’étiqueter négativement ceux dont on reconnaît la différence, est ici particulièrement évident.

¹⁷ Ornica revendiquait par exemple que des homosexuels soient désignés en tant que tels au Conseil économique et social, au Comité national d’éthique, au Conseil national du Sida, ou encore à la Commission nationale consultative des droits de l’homme.