

**Zeitschrift:** Schweizerische Zeitschrift für Soziologie = Revue suisse de sociologie  
= Swiss journal of sociology

**Herausgeber:** Schweizerische Gesellschaft für Soziologie

**Band:** 30 (2004)

**Heft:** 2

  

**Artikel:** Une épreuve politique inéquitable et biaisée? : Le cas de la reconnaissance législative des couples homosexuels

**Autor:** Roca i Escoda, Marta

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-815186>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 29.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Une épreuve politique inéquitable et biaisée ? Le cas de la reconnaissance législative des couples homosexuels

Marta Roca i Escoda\*

### 1 Introduction<sup>1</sup>

Dans cet article nous chercherons à rendre compte du travail de *fabrication* et de *justification* du projet de loi fédéral en Suisse sur le Partenariat Enregistré entre Personnes de même Sexe (PEPS)<sup>2</sup> en prêtant attention aux différents enjeux qui ont traversé le processus juridico-politique d'élaboration de la loi. Dès l'ouverture de ce processus, diverses positions critiques ont été prises au sein de l'arène législative, pour y répondre les législateurs<sup>3</sup> ont été obligés de *justifier* la ligne de leur action. Il s'agira de donner à voir les ressorts de ce travail législatif. Si notre intention se veut descriptive, elle a toutefois une visée critique. En effet, on essaiera de montrer comment les acteurs impliqués se sont entendus pour restreindre l'espace des possibles, tenir à distance une solution en termes d'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles et ignorer, dans une large mesure, les critiques adressant le caractère discriminatoire et hétérosexué de l'institution du mariage. Pourtant, lors des débats qui ont accompagné la naissance du projet de loi, les parlementaires ont bien rencontré ce caractère hétérosexué du mariage<sup>4</sup>, et

\* Marta Roca i Escoda, Université de Genève ; uni mail ; 40, pont d'arve, CH-1211 Genève 4 ; +41 (0)22 379 83 10 ; Marta.Roca@ses.unige.ch

1 Je tiens à remercier à Joan Stavo-Debaugue pour sa précieuse aide et ses sages conseils. Un grand merci aussi à Matteo Gianni pour sa relecture attentive et encourageante.

2 Le 29 novembre 2002, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la loi fédérale sur le Partenariat Enregistré entre personnes du même sexe (PEPS), en décembre 2003 cette loi a été approuvée au Conseil National. Le 18 juin cette loi a été inscrite aux Feuilles Fédérales sous le nom officiel (Part/Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe). L'Union Démocratique Fédérale a annoncé un référendum. Cette loi reprend en grande partie les effets du mariage sans pour autant accorder aux couples homosexuels un statut de famille. L'adoption et la procréation médicalement assistée en sont exclues.

3 Ce que nous appelons « législateur », fait référence aux instances législatives (et à ses divers membres) qui ont participé à la confection de la loi sur le PEPS: Conseil fédéral, Conseil national, Conseil d'Etat et leurs commissions respectives, ainsi que l'Office fédéral de justice et police.

4 Notre enquête ne prétend pas ici « déconstruire » l'institution du mariage. Là n'est pas notre objet, et du reste cela a déjà été fait et de façon très convaincante (Lenoir, 2003 ; Pateman, 1989). Nous nous intéresserons ici plutôt à rendre compte de la façon dont les parlementaires ont rencontré l'institution du mariage et à éclairer les appuis dont ils se sont dotés pour légitimer cette institution et préserver sa dimension hétérosexuée. Bien entendu, il ne s'agit pas

certaines d'entre eux ont tenté de le mettre à l'épreuve en engageant les principes d'égalité et de non-discrimination. C'est sur ces *misés à l'épreuve*, lesquelles relancent la demande de justification publique, que nous allons notamment enquêter. Comme on le verra, en réponse à ces mises à l'épreuve, les parlementaires ont mobilisé des appuis solides, fomentés en amont du débat effectif sur les formes d'institutionnalisation des unions homosexuelles et sur une autre scène législative (relative à la révision de la Constitution). Ceux-ci leur ont permis, au moyen d'un bricolage ad hoc et de circonstance, (i) de contenir la force subversive des principes d'égalité et de non-discrimination et (ii) de sécuriser la prééminence du mariage en tenant les débats loin de la question du mariage homosexuel.

Toutefois, si la force de l'impératif d'égalité a pu être détournée et son mordant amoindri, cela ne signifie pas qu'il a été sans portée. Car si les législateurs, dans le cours de la confection de la loi sur le PEPS, résisteront à la mise à l'épreuve, conduite au nom du principe d'égalité, de la fermeture hétérosexuée du mariage, ils ont malgré tout dû justifier à nouveaux frais leur entreprise de sécurisation de la prédominance morale et de la nature hétérosexuelle de cette singulière institution. Une justification qui fut pour le moins malaisée et qui souffre d'une fragilité certaine.

L'écriture d'une loi est un travail long parce qu'il doit passer par un chemin d'épreuves « instituées » (Boltanski et Chiapello, 1999) cadrant et canalisant l'expression d'un problème et de sa résolution. Du fait de la situation particulière, bien que notre enquête<sup>5</sup> entend rendre compte de l'institutionnalisation de nouveaux droits par voie législative<sup>6</sup>, nous n'allons pas seulement prendre pour objet les seuls débats parlementaires expressément dédiés à la discussion de l'initiative relative à ce qui deviendra le PEPS. Il convient, en effet, de contextualiser les discussions et de suivre les interactions entre cette scène de débats et d'autres scènes (en amont) dans lesquelles d'autres décisions juridiques ont été prises. Notre souci est de montrer que le processus juridique est complexe et que les lieux

---

de dire que leur entreprise de sécurisation du mariage comme d'une institution strictement hétérosexuelle n'est pas critiquable, ni que leurs positions sont moralement justes et conséquentes.

5 Notre matériel d'enquête se base sur les prises de position publiques du travail législatif. Celles-ci se manifestent sous forme de communiqués de presse, de messages du Conseil fédéral, de publications de résultats des procédures de consultation du projet de loi et, bien entendu, des débats sur la scène parlementaire.

6 Nous nous restreignons dans cet article à la considération de la seule scène législative en excluant expressément d'autres scènes et d'autres acteurs qui sont au cœur des mobilisations politiques et des processus de changement législatif. Il ne s'agit pas pour nous d'amoindrir le remarquable travail militant des associations gays et lesbiennes suisses. La thèse que nous préparons, laquelle porte sur la confection de la loi genevoise sur le partenariat enregistré, considère ce travail militant. Nous accordons ainsi un intérêt particulier aux activités de l'association Dialogai, du CFNB, entre autres, et à la façon dont ces associations ont pesé sur le processus.

et les scènes des débats sont placés dans une temporalité longue, surtout dans un dispositif politique de nature « consensuelle » comme celui de la Suisse<sup>7</sup>.

## 2 Les entités mises en jeu dans l'épreuve du travail législatif

Dans le cours du processus législatif, l'affrontement des différentes positions autour du PEPS – incarnées par les différentes positions politiques – génèrent une incertitude quant à la bonne compréhension (et résolution) du « problème » porté à l'attention des parlementaires. Nous allons donc être attentifs à la « façon dont l'incertitude est résorbée dans une épreuve qui, pour être acceptable, doit à la fois faire face aux circonstances de la situation et être justifiable en toute généralité » (Boltanski et Thévenot, 1991 : 29). Une épreuve « est un moment destiné à qualifier ou requalifier les entités en lien avec une question saillante » (Dodier, 2003 : 31). Dans notre cas, se trouvent mises en jeu dans l'épreuve parlementaire des entités telles que le « mariage » ou le « principe d'égalité ». Le concept d'épreuve est pour nous central. Nous prenons celui-ci dans un sens beaucoup plus large que celui utilisé par N. Dodier puisque nous désignons au moyen de celui-ci à la fois une situation incertaine et une opération, celle où des objets, des positions, des valeurs sont mises à l'épreuve, questionnées et soumises à la critique. Critique qui, en ébranlant des conventions (Dodier, 1993) et des arrangements pré-établis, appelle une réponse justifiée susceptible de solidifier à nouveaux frais les entités mises en cause. Ces opérations critiques, si elles mettent à l'épreuve diverses entités, prennent place dans un cadre institué. Un cadre contraignant puisqu'il canalise tout à la fois l'expression du désaccord ou d'un problème et les modalités de sa résolution (Heurtin, 2003). Dans ce cadre<sup>8</sup>, toutes les opérations critiques et toutes les prises de positions ne sont pas recevables, elles doivent emprunter un format spécifique et faire valoir une certaine sorte d'appuis. Ces appuis doivent, notamment, rencontrer des contraintes juridiques, ils sont ainsi restreints par l'appel à des normes et à des principes de large portée rendus disponibles par un corpus de textes (textes de droit, jurisprudence, éléments de doctrines, etc.) qui les soumettent à une hiérarchisation ; au sommet se trouve la Constitution – et ce n'est pas par hasard que les débats, comme on va le voir, ont été prévus en amont dans la révision de la Constitution, puisque c'est depuis celle-ci que peuvent être arrêtées et contenues des revendications.

---

7 Pour une clarification du fonctionnement du système politique Suisse, voir notamment, Kriesi, 1995.

8 Il est aussi question du lieu, ce que Detienne nomme agora. « Une agora est d'abord la place où se tiennent les assemblées (...) enfin, c'est le discours prononcé en public, dans ce lieu de débat. Plus précisément, agora, tant au singulier qu'au pluriel, désigne « la lutte des discours », « les débats qui ont lieu dans l'assemblée » (Detienne, 2003 : 17).



### 3 D'une scène à l'autre et retour

La « biographie » de la loi PEPS s'ouvre, institutionnellement s'entend, en 1994. Elle a englobé deux procédures de consultation, deux rapports juridiques, deux pétitions, deux initiatives parlementaires, des questions ordinaires et plusieurs débats dans l'arène législative, sans compter les multiples travaux conduits par la commission des affaires juridiques. Ainsi, la proposition de loi approuvée par le Conseil national à la fin de l'année 2003<sup>9</sup> a conclu 9 ans de discussions et de négociations. Mais la discussion de cette loi, comme nous allons démontrer par la suite, est loin d'avoir été confinée à cette seule scène. Elle a touché à d'autres scènes puisque son horizon n'a pas été sans effet sur les discussions de la révision de la Constitution. En effet, ce processus juridico-politique a interagi fortement avec une autre scène législative : celle où s'est discutée, pensée et arrêtée la réforme de la Constitution fédérale. C'est sur cette scène que seront constitués les ressources et les appuis décisifs (relatifs à la compréhension et à l'extension du principe d'égalité), car parés de la légitimité supérieure d'une constitutionnalité. Ces appuis seront ensuite engagés dans le débat sur le PEPS afin de sécuriser la prééminence institutionnelle et l'exclusivité hétérosexuelle du mariage.<sup>10</sup>

En ce sens, pour qui veut faire l'histoire et la sociologie de l'élaboration de cette loi, il convient d'identifier deux scènes législatives qui ont une temporalité différente : a) celle où apparaît le projet, où il est questionné et élaboré, et b) celle où se joue la révision de la Constitution fédérale<sup>11</sup>. Lorsque l'on entrelace ces deux scènes, il apparaît que l'entrée, sur la première, du problème de la reconnaissance des couples homosexuels (et donc aussi de la recherche de solutions législatives aux discriminations dont ils font l'objet) a été préparée ailleurs et en amont, sur cette deuxième scène. Nous pensons que cette préparation consistait, entre autres, à canaliser dans une certaine direction l'incertitude entourant l'issue de l'épreuve législative. Une canalisation dont l'objet principal, soit ce qui devait être protégé, semble avoir été l'institution du mariage, le législateur anticipant que cette institution ne manquerait pas d'être ébranlée et mise à l'épreuve dans la discussion des solutions juridiques visant à mettre fin aux discriminations affectant les couples homosexuels. Pour assurer cette canalisation, les parlementaires membres de la Commission élaborèrent une doctrine constitutionnelle ad hoc permettant de restreindre la portée de l'exigence de non-discrimination (l'appui principal pour qui souhaite attaquer la fermeture de cette institution) et de justifier la singularité

9 En juin 2004, le projet de loi approuvé par le Conseil national a été débattu et approuvé au Conseil des États.

10 Et il n'est pas interdit de penser qu'ils ont été très stratégiquement confectionnés pour cela.

11 Comme nous l'avons souligné dans la note 6, il va de soi que pour faire l'histoire et la sociologie de l'élaboration d'une loi, il convient d'identifier d'autres scènes que la seule scène législative. Cependant, comme on l'a dit précédemment, on réserve ici l'enquête aux seules scènes parlementaires.

de l'institution du mariage. D'une certaine façon, des armes sans égales, car pourvues du cachet des normes constitutionnelles, ont été fourbies avant que ne s'engage l'épreuve, de sorte que tout ou partie de celle-ci s'est jouée avant même qu'elle ne s'ouvre effectivement.

Si nous pensons que le mariage a été protégé avant l'ouverture effective des débats, il reste qu'il est également possible de considérer que le travail réalisé sur la compréhension du principe de non-discrimination n'a pas été entièrement commandé par ce seul motif stratégique. A l'issue de ce travail, lequel a, en partie et très partialement, suivi les dispositions du droit (en regardant les traités internationaux, en mobilisant des notions qui spécifient son fonctionnement, notamment celle de « *raisons objectives* » justifiant une différence de traitement), les parlementaires ont arrêté une certaine compréhension de la notion de discrimination. Ce qui est fort intéressant, c'est que celle-ci s'adosse pour beaucoup à une spécification très « sociologique » de la discrimination. Une spécification qui s'appuie sur des catégories familières aux critiques sociaux et aux militants engagés dans les luttes homosexuelles et féministes : « stigmatisation », « exclusion », « déni de reconnaissance », « marginalisation » et « dépréciation ». De sorte que l'on peut penser que les personnes qui ont confectionné cette interprétation de la discrimination, laquelle se retrouve dans le message du Conseil fédéral (relatif au projet de loi sur le PEPS), ont tenu compte des topiques critiques des activistes et s'y sont tenues. Malheureusement tenues, pourrait-on dire. Parce qu'il apparaîtra que cette définition d'inspiration « sociologique »<sup>12</sup> de la discrimination eut beaucoup moins de force qu'une définition proprement juridique et plus simple de l'égalité comme égal accès aux mêmes droits. Toutefois, cela n'invalide pas complètement le caractère stratégique de la révision de la Constitution et de l'arrêt d'une interprétation doctrinaire de ce qu'elle institue. Puisque c'est au moyen d'une interprétation inédite des clauses constitutionnelles, notamment de l'article 54 Cst (« *le droit au mariage est placé sous la protection de la Constitution* »), – interprétation où la protection s'entend comme protection d'une *institution* et non comme garantie de l'exercice d'un *droit* égal – que le législateur contournera l'épreuve de l'égalité lancée par certains parlementaires et réservera *de jure* le mariage aux seuls couples hétérosexuels.

---

12 Cette définition « sociologique » de la discrimination est nécessaire mais pas suffisante. Nécessaire afin de montrer les conséquences sociales d'un traitement inégal. Mais insuffisante, car l'exposition de ces conséquences ne se traduit pas forcément, ni explicitement, dans la reconnaissance de la nécessité de poursuivre une égalité juridique de traitement. L'issue de ces débats en atteste.

#### 4 Le mariage mis en jeu : l'espace d'une composition (dé)limitée par deux prises de position relatives à l'institutionnalisation juridique des couples homosexuels

Sans prétendre retracer l'histoire des événements politiques et du travail militant qui ont conduit à l'élaboration de cette loi, on peut rapporter les multiples actions, négociations et décisions qui se sont déroulées sur la scène législative dans l'espace délimité par deux positions prises face à une reconnaissance institutionnelle des couples homosexuels. Si les acteurs qui interviennent dans cette histoire sont particulièrement hétérogènes et si leurs positions divergent de manière subtile, il reste que cette diversité se tient entre ces deux pôles qui, dans un même mouvement, inaugureront et délimiteront l'espace de discussion du problème amené à l'attention des parlementaires. Deux pôles qui incarnent deux positions à l'égard de la possibilité, réclamée ou réfutée, d'une institutionnalisation juridique de l'union des couples homosexuels. Ces deux positions amènent puis mettent en jeu l'entité « mariage »<sup>13</sup> dans les débats.

Le 9 janvier 1995, à la suite d'une question ordinaire en mars 1994 et après un postulat en octobre 1994, la pétition « *Les mêmes droits pour les couples de même sexe* » est déposée par les associations homosexuelles. Si les signataires ne réclament pas instamment l'accès au mariage pour les couples homosexuels, puisqu'ils proposent l'introduction d'un partenariat légalement enregistré produisant les mêmes effets juridiques que celui-ci, il reste que l'entité « mariage » est de ce fait engagée dans le débat naissant, et cela corrélativement et conjointement au principe de non-discrimination<sup>14</sup> : « Les soussignés invitent l'Assemblée fédérale à supprimer la discrimination juridique dont les couples de même sexe font l'objet. Les couples de même sexe qui construisent une relation durable doivent pouvoir obtenir fondamentalement les mêmes droits que ceux conférés aux couples hétérosexuels par le mariage » (OFJP : 1999).

Même si les signataires esquissent une solution (celle d'un partenariat), puisque leur voix critique inaugure un questionnement de l'illégitimité de discriminations juridiques, elle ne manque pas de toucher potentiellement à l'exclusivité hétérosexuelle du mariage laquelle, dans le mouvement de la critique, risque de devoir répondre à l'épreuve du principe d'égalité.<sup>15</sup> Le levier critique, l'appui qui donne force à la voix des pétitionnaires est, en effet, le principe d'égalité. C'est ce principe qui commande leur voix et réclame la suppression de la discrimination observée.

13 Si cette entité est mise à l'épreuve d'une manière différente par chaque pôle, il reste que tous deux confluent vers le « mariage » et touchent à sa nature, indirectement ou directement.

14 L'autre entité autour de laquelle tourneront les débats.

15 Et, de fait, quelques années plus tard, une initiative parlementaire portera l'épreuve jusque là et demandera l'ouverture d'un droit au mariage aux couples de même sexe. Cette proposition d'ouverture du mariage aux couples homosexuels a été très minoritaire et elle n'a pas eu de

De façon résolument réactive, et afin d'installer un contre feu, l'UDF lance une pétition mimétiquement opposée à la précédente, qui aboutira le 6 septembre 1995. Les rédacteurs du texte de ladite pétition n'y vont pas par quatre chemins. Ils nomment sans embarras l'appui qui soutient la pétition précédente, en l'occurrence le principe d'égalité, et revendiquent son effacement au profit d'un bien substantiel, porté au rang de valeur communautaire, devant avoir préséance sur les droits des personnes. Ainsi, ils font valoir la « *famille* », qualifiée de « *saine* », contre l'égalité juridique. Cela est très explicitement déclaré dans le titre même de la pétition : « Pour une famille saine et contre l'égalité juridique des couples homosexuels » (Ibid). Les pétitionnaires voient en effet dans la proposition de loi qui s'annonce, laquelle pourrait donner lieu in fine à l'introduction d'un concubinat élargi, une concurrence directe à l'institution du mariage (en son état actuel). C'est notamment pour cela qu'ils dénoncent publiquement toute initiative d'institutionnalisation des unions homosexuelles et récusent fortement la reconnaissance d'une égalité juridique.

En mettant doublement à l'épreuve, soit effectivement soit potentiellement, la portée du principe d'égalité et la nature de l'institution du mariage, de même qu'en inaugurant un débat d'emblée polarisé, ces deux pétitions ouvrent la voie aux discussions relatives au choix d'une solution institutionnelle aux problèmes rencontrés par les couples homosexuels. Mais dans le même temps, ces pétitions réclament l'arrêt d'une position<sup>16</sup> du législateur à propos de l'interprétation du principe d'égalité et de la nature du mariage. Par ailleurs, ces pétitions, surtout la seconde, donnèrent lieu à un *recadrage*<sup>17</sup> du problème amené à l'attention des parlementaires. Ainsi, à la suite de celle-ci, moins que comme *suppression de discriminations*, c'est beaucoup plus comme l'opérateur d'une *reconnaissance* que les parlementaires comprendront l'objectif de la loi en discussion.

## 5 Objectif politique déclaré du partenariat enregistré : la reconnaissance

Pour se ménager un chemin entre les deux positions activées par les pétitions, la problématisation de la situation des couples homosexuels a été ré-ouverte et recadrée sur la question de la reconnaissance. Une question prétendument plus consensuelle et qui permet de canaliser la portée intempestive du concept d'égalité,

---

suite. Cependant, elle a incarné l'une des deux initiatives parlementaires qui ont participé au processus juridico-politique de la confection de la loi sur le PEPS. Cette proposition du mariage homosexuel répond à la solution du partenariat en mettant l'accent sur le fait que confectionner une loi spéciale revient à maintenir une forme de discrimination en empêchant une reconnaissance pleine et entière.

16 Une position qui, une fois qu'elle sera élaborée, viendra restreindre, fortement, la gamme des solutions institutionnelles aux discriminations juridiques rencontrées par les couples homosexuels.

17 Sur la question du « cadrage » des « problèmes publics », cf. Cefaï et Trom (2001).

puisque ce n'est en effet plus *l'égalité* qui doit être visée (ce qui pourrait mener à l'ouverture du mariage) mais une *reconnaissance* : reconnaissance qui peut prendre une diversité de formes et s'incarner dans des dispositifs variés. La problématisation en termes de reconnaissance autorise néanmoins un traitement de la discrimination dont sont victimes les couples homosexuels, mais ce traitement, parce qu'il n'est pas conduit par l'application stricte de cet exigeant principe d'égalité, peut laisser à bonne distance l'institution du mariage. En ce sens, les parlementaires peuvent s'accorder pour constater que les couples homosexuels sont victimes de situations discriminatoires tout en déclarant que ces situations ne pourront être surmontées que si le législateur reconnaît publiquement l'existence et la valeur de ces unions.

Ce déplacement n'est pas uniquement gouverné par une intention tactique, il relève également de la façon dont les parlementaires comprennent et se saisissent du problème. En effet, le problème leur apparaît comme ayant partie liée avec l'expérience négative d'un mépris et d'un ostracisme frappant des pratiques minoritaires. Or cette expérience, pour être améliorée, demande un geste de reconnaissance publique. Une reconnaissance publique que la loi peut réaliser et assurer en accordant un statut institutionnel aux couples homosexuels. C'est de cette manière que les parlementaires comprendront le travail et l'objet de la loi<sup>18</sup> et ils estimeront que, par ce geste, ils mettent du même coup fin aux discriminations subies par les couples homosexuels. Cela parce qu'ils s'appuient sur une compréhension de la discrimination comme un déni de reconnaissance et non comme une inégalité, de sorte que l'objectif qu'ils se donnent ne se traduit pas en une égalité de traitement des couples hétérosexuels et que cette reconnaissance sera investie par différentes solutions législatives évacuant l'exigence d'égalité.

La reconnaissance, appréhendée comme un processus d'intégration qui peut être médiatisé et initié par le droit, fait bien vite l'accord, sans toutefois que soit spécifiée sa portée et sa dynamique. Celles-ci seront explicitées plus avant dans un message du Conseil fédéral (CF) de novembre 2002 qui institue une véritable doctrine de la reconnaissance.

18 Cela n'est pas dénué de fondements, tant philosophiques que juridiques. Juridiquement d'abord, puisque dans le processus de normalisation des « cas » perçus jusqu'alors comme déviants, ou qui tout au moins n'existaient pas pour le droit comme des « état de fait » entraînant des effets juridiques positifs, la question de la reconnaissance devient un enjeu principal. Mais également philosophiquement. Dans un article intitulé « Intégrité et mépris. Principes d'une morale de la reconnaissance », Honneth reconsidère le fait premier de l'intersubjectivité qui compose les rapports avec autrui et avec soi en posant que « l'inviolabilité et l'intégrité de l'être humain sont dépendantes de l'approbation d'autrui » (1999 : 12). Les personnes ne sont en mesure de se considérer comme des « individus » que si d'autres personnes leur renvoient une attention qui les confirment comme étant des êtres possédant des qualités et des capacités positives. Cette attention, pour Honneth, est de l'ordre de la reconnaissance et elle s'exerce notamment par le biais du droit (Honneth, 2000).



Les partisans de la reconnaissance par l'Etat du partenariat entre personnes du même sexe invoquent les trois arguments suivants, qui sont liés entre eux et qui ne reposent en rien sur le nombre d'homosexuels dans la population :<sup>19</sup>

adoption d'une réglementation juridique contribuera notablement à faire cesser la discrimination, l'animosité et les préjugés à l'égard de l'homosexualité au sein de la population. En outre, la création par l'Etat d'une institution juridique pour les personnes homosexuelles devrait permettre à celles-ci de s'accepter plus facilement, comme elle devrait permettre également à une famille d'accepter l'homosexualité d'un de ses membres. C'est pourquoi il faut prendre en considération non seulement les effets réels d'une législation, mais également ses effets symboliques.

Par ailleurs, il faut éliminer des inégalités de traitement ayant leur origine dans les lois, notamment en droit successoral, en droit des étrangers et en droit des assurances sociales.

Enfin, il faut reconnaître l'aide et l'assistance que les partenaires du même sexe s'apportent mutuellement. En effet, il est fondamentalement souhaitable, en termes de socialisation et de développement social et personnel, d'établir et de maintenir une relation stable. Il est dès lors opportun que l'Etat reconnaisse juridiquement cette relation comme une communauté formée de deux partenaires assumant l'un envers l'autre des droits et des devoirs » (CF, 2002).<sup>20</sup>

Malgré cette extension des « vertus » de la reconnaissance apportée par ce message, pour comprendre la logique plus spécifique de la reconnaissance juridique, il est nécessaire de se demander quel est le type de reconnaissance qui se trouve structurellement inscrite dans la relation juridique et le travail législatif. Lorsque le droit prend en compte une situation ou une conduite, qui jusque là lui échappait, pour la réglementer positivement, il produit, dans sa visée de reconnaissance, une normalisation. Cette normalisation est appariée à une entreprise de régulation qui place des contraintes et des exigences propres à toute confection de dispositions juridiques.<sup>21</sup> Ainsi, la loi sur le PEPS entend en effet normaliser un

19 Cette allusion au « nombre » répond à la pétition de l'UDF. La pétition en question délégitimait la pertinence d'une loi en arguant du faible nombre de personnes concernées. Elle s'ouvrait ainsi : « *les soussignés* demandent au Conseil fédéral et à l'assemblée de ne pas céder aux sirènes d'une petite minorité exigeant un statut d'égalité juridique entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels » (OFJP : 1999).

20 Il est intéressant de remarquer que, de son geste, le législateur attend des effets qui sont loin d'être strictement juridiques puisqu'ils touchent tout à la fois au rapport à elles-mêmes nourri par les personnes homosexuelles, aux regards que des proches ou des tiers leur portent, mais aussi à la socialisation et à l'intérêt de la communauté politique. Le législateur fait donc jouer au droit un rôle plus important que celui que lui accordent les philosophes de la reconnaissance.

21 Ainsi le projet de loi a été traité dans la salle du Parlement et débattu en termes de pertinence juridique depuis différentes conceptions du droit. Selon Claude Dirdy, pour comprendre la construction juridique d'une institution comme résultat d'actions humaines, « il est nécessaire de renoncer à un schéma d'évolution linéaire du droit qui dégagerait l'émergence d'institutions

« état de fait » (soit le reconnaître et en consacrer l'existence mais aussi le mettre en forme et l'encadrer<sup>22</sup>) qui jusqu'alors n'avait aucune réalité *proprement et spécifiquement* juridique.

Si, comme on l'a vu dans le message du CF, le législateur attend beaucoup de l'impulsion donnée par la mise en œuvre de cette reconnaissance juridique, il reste qu'il laisse pendante la question des dispositifs permettant plus concrètement de la réaliser. En effet cette reconnaissance réclamée pouvait tout à fait se réaliser dans une ouverture du mariage aux couples homosexuels, d'autant plus que cette topique de la reconnaissance se croise, dans l'esprit des parlementaires, avec l'objectif d'une cessation des discriminations subies par les personnes homosexuelles. Or s'inquiéter des discriminations c'est examiner les dispositifs, existants ou à venir, sous le prisme du principe d'égalité. De même si l'horizon de l'action législative est celui d'une reconnaissance plénière des couples de même sexe, les parlementaires ne peuvent s'empêcher de devoir considérer quel genre de dispositions remplira le plus efficacement et le plus sûrement cet objectif. Ainsi, la mise en œuvre d'une reconnaissance des couples homosexuels par le droit met malgré tout à l'épreuve tant la portée du principe d'égalité que la nature hétérosexuelle du mariage.

Dans la partie qui suit, nous verrons qu'il s'agit pour les parlementaires de déterminer si l'exigence de reconnaissance plénière implique l'attribution d'une égalité, ouvrant ainsi l'institution du mariage à une recomposition faisant place aux couples de même sexe. De même, se pose la question de savoir si cette reconnaissance plénière envisagée peut s'accommoder de la création d'un dispositif distinct dont on peut estimer qu'il se tient dans un rapport à l'institution du mariage. Comme le projet de loi sur le PEPS s'intègre malgré tout dans une dynamique d'attributions de nouveaux droits et que la demande de reconnaissance se base sur l'expérience et le constat de discriminations, soit de traitements inégaux, il met donc en jeu tant le principe constitutionnel d'égalité que les définitions canoniques de la famille et du mariage.<sup>23</sup>

---

nouvelles de tendances extérieures aux individus qui prennent part à cette construction » (2002 : 37). En ce sens, un projet de loi rencontre des formes d'incertitude ancrées dans les épreuves de réalité du droit que représentent l'action en justice et le débat parlementaire, selon les soucis différents (par exemple, souci d'ouvrir un droit d'action en justice, souci de réglementer les pratiques socialement existantes, etc) le projet de loi se rapprochera de certains mondes possibles du droit. « Un monde possible du droit consiste dans l'ordre juridique résultant de la réalisation du but poursuivi par une action juridique (ex. projet de loi) pour l'ensemble des institutions existantes » (Ibid). Les mondes demeurent des registres d'action ouverts à l'ensemble des sujets engageant une action en justice.

22 Le droit ne va pas sans un travail de partage et de délimitation de ce qui, pour lui, est le « cas » et de ce qui ne l'est pas.

23 Puisque cette institution offre la référence à laquelle mesurer les discriminations qui affectent les couples homosexuels.



## 6 La définition du mariage

En effet, c'est dans une révision de la question de la « famille » que des points d'importance quant au mariage sont disposés dans le message du CF relatif à la nouvelle Constitution. Dans celui-ci, les rédacteurs prennent acte que le « terme famille » ne se limite pas à la famille traditionnelle, soit au couple marié ayant des enfants. Toutefois, en se rapportant à une instance européenne, ils spécifient des « éléments constitutifs » en vertu de quoi la famille « est une notion qui a été précisée en particulier par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Ses éléments constitutifs sont la consanguinité, la vie commune, l'assistance mutuelle et la dépendance financière ainsi que d'autres liens substantiels ou affectifs. Plusieurs de ces éléments, mais pas tous, doivent être réunis pour que l'on puisse parler de famille » (FF 1997 I : 155). Selon le CF, le terme élargi de « famille » inclut donc des nouvelles formes de vie commune, comme les couples non mariés ou les couples du même sexe. Mais, bien vite, posant un important contre-feu, il établit que le droit fondamental n'oblige pas le législateur à toujours traiter de la même manière des unions fixes différentes. Ce départ d'avec l'institution du mariage est renforcé dans la partie du message consacrée au droit au mariage. Selon une ligne qui ne sera par la suite pas démentie, le CF souligne que « Le droit au mariage garantit l'existence du mariage en tant qu'institution, à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun ». La notion de « famille » laisserait comprendre que le mariage en étant le seul modèle promu et institué.

### 6.1 Distinction /démarcation entre mariage et partenariat

Ces quelques éléments préparent la consolidation d'une distinction/démarcation qui sera bien arrêtée, et fort appréciée, lors de la procédure de consultation du projet de loi sur le PEPS en 2001. Dans le rapport délivrant les résultats de cette procédure, on peut lire en effet une nette distinction, dans le droit et dans les faits, entre le Partenariat et le Mariage. Le second étant défini comme « *une institution particulièrement protégée par la Constitution* », définition qui « *a été particulièrement appréciée* » (CF, 2002) par la majorité des instances qui furent appelées à se prononcer. Le CF, dans ce message, introduit cette distinction dans la réglementation, distinction n'autorisant pas les couples homosexuels à adopter un enfant ou à recourir à la procréation médicalement assistée, en s'appuyant sur le message relatif à la nouvelle Constitution. A l'issue de cette consultation, le CF insiste sur le fait que le PEPS constitue une loi spéciale destinée aux couples homosexuels. Bien assis sur la topique de la reconnaissance, il estime qu'elle contribue à « améliorer la perception de soi des personnes homosexuelles, auxquelles le mariage n'est pas ouvert » (Ibid). Pour assurer ce détachement du mariage, il est établi que le PEPS « ne permet pas de fonder une famille (...) puisque deux femmes ou deux

hommes ne peuvent pas avoir d'enfants ensemble,<sup>24</sup> et que tant l'adoption que la procréation médicalement assistée leur restent interdites (ch. 1.7.8) » (Ibid).

D'une certaine façon, dans le rapport relatif à la procédure de consultation, le CF donne un appui à la position conservatrice des pétitionnaires et des parlementaires de l'UDF, puisque nombre d'éléments expliquant en quoi consiste l'avant-projet de loi semblent destinés à apaiser sa violente charge antérieure. Il est ainsi explicitement précisé que celui-ci « (...) reprend partiellement les règles du droit du mariage, sans pour autant se borner à renvoyer globalement au droit applicable aux couples mariés. Il tient compte des demandes des couples de même sexe, mais établit dans le même temps une nette distinction entre le partenariat enregistré et le mariage » (Ibid). Dans un même mouvement, l'accès des couples hétérosexuels au PEPS est refusé. L'argument est stratégique car il pose que les couples hétérosexuels peuvent se marier « de sorte qu'il n'est pas nécessaire de leur proposer une institution spéciale qui serait un mariage de deuxième ordre » (Ibid). Cette sécurisation du mariage, le CF estime que c'est la Constitution elle-même qui le réclame. Et si le partenariat était ouvert aux couples hétérosexuels le CF estime que « *cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage (...)* » (Ibid). On le voit, ce que craint le CF, qui s'aligne alors de facto sur la position des pétitionnaires de l'UDF, c'est la perte de prééminence du mariage. Le risque qu'il entend contenir se présente comme une concurrence, cela même que voyaient poindre avec horreur les pétitionnaires de l'UDF. Et c'est pour éviter cette éventuelle concurrence que le PEPS est soustrait aux couples hétérosexuels. Ainsi, en limitant le partenariat aux seuls couples homosexuels, le CF évacue tout risque d'une possible concurrence (cette vision concurrentielle entre deux institutions a été activée par la position conservatrice). Cette double limitation, la fermeture du mariage pour les couples homosexuels et le non-accès des couples hétérosexuels au PEPS, ancre législativement une forte différence entre le PEPS et le mariage. En proposant une nouvelle institution juridique, spécifiquement destinée aux relations homosexuelles, le CF sanctionne et ratifie une spécificité particularisante, laquelle, parce qu'elle est considérée comme « *objective* », vaut pour lui comme une raison suffisante justifiant le non-accès au mariage.

24 Cet argument est fragile et il fait peu de cas de la réalité. On pourrait y opposer le cas de couples hétérosexuels non fertiles. Si le mariage sanctionne une union à but reproductif, faut-il dénoncer les mariages de ces couples qui ne peuvent avoir d'enfants ? Que dire aussi de ceux qui ne souhaitent pas avoir d'enfants. Faut-il leur interdire de se marier ? Que dire également des couples homosexuels, plus nombreux que le législateur ne veut bien le dire, qui ont des enfants ? Et puisque le législateur accorde aux couples hétérosexuels non fertiles le droit de recourir à la procréation médicalement assistée ou encore d'adopter, pourquoi cela ne serait-il pas le cas pour les couples de même sexe ? Le caractère inconséquent de cette position « procréationniste » a été maintes fois souligné dans des travaux et tribunes. On peut penser ici à l'article de Bruno Perreau qui se penche sur la jurisprudence française relative aux demandes d'adoption par les couples homosexuels (Perreau, 2003 : 34).

Dans le même sens, dans le communiqué de presse du 26.06.2002, transmis par l'Office fédéral de justice et police (OFJP), les opinions préliminaires du CF sont les suivantes : « Le Conseil fédéral n'entend toutefois pas s'écarter du principe voulant que le partenariat enregistré soit limité aux seuls couples homosexuels. Les partenaires hétérosexuels ont, en effet, la possibilité de se marier. Il n'y a donc aucune raison pertinente d'instituer pour eux une sorte de « sous-mariage » ».

Il est notable que lorsqu'il s'agit d'envisager un partenariat pour les couples hétérosexuels, le CF appréhende cette nouvelle institution comme un « *sous-mariage* », ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit des couples homosexuels. Face à la position égalitaire, qui ne manque pas de relever le caractère foncièrement asymétrique de la qualification du PEPS comme d'un « *sous mariage* », le CF en appelle à la Constitution. « La constitution actuelle garantit l'existence du mariage en tant qu'institution juridique qui doit répondre à certains principes (p.ex. pas d'introduction légale de la polygamie, respect du principe selon lequel le mariage est une communauté de vie d'êtres humains de sexes opposés) »<sup>25</sup> (CF : 2002). Cependant, le CF relève aussi le fait que dans un avis de droit du 5 mai 1998,<sup>26</sup> le professeur Jean-François Aubert, défend la thèse selon laquelle « la constitution garantit le droit au mariage, et non pas une certaine institution du mariage. Il en déduit que le législateur est libre de définir le mariage dans la loi, et de le rendre possible pour des couples homosexuels » (Ibid).

## 6.2 La priorité donnée à la « thèse institutionnelle du mariage »

Dans cet avis de droit adressé à l'office fédéral de la justice, le Professeur Aubert, argumente que l'article 54 de la Constitution fédérale (« le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération ») peut être interprété de deux manières différentes. D'un côté, on distingue l'assurance de la protection d'un *droit*. Et de l'autre côté, on pose la définition d'une *institution*. Or, comme il n'y a pas de

25 Les considérations de la majorité de la commission vont refuser la possibilité du mariage aux couples homosexuels et de leur donner le droit d'adopter des enfants ou de recourir à la procréation médicalement assistée, en le justifiant de la manière suivante : « La majorité de la commission est d'avis que dans notre culture judéo-chrétienne, la notion du mariage est liée à des aspects émotionnels, moraux, éthiques et religieux, et qu'il serait politiquement extrêmement difficile de trouver des solutions quant au mariage des couples homosexuels, qui pourraient satisfaire la majorité des citoyens » (CF : 2002).

26 L'avis de droit de l'ancien professeur Jean-François Aubert répond à un mandat donné le 27 novembre 1997 par l'Office fédéral de la justice, qui posait les questions suivantes : a) serait-il admissible, en regard de la Constitution actuelle, d'autoriser au niveau de la loi le mariage entre deux personnes du même sexe ? b) Serait-il admissible, en regard de la Constitution actuelle, de créer au niveau de la loi une institution de partenariat enregistré entre deux personnes du même sexe, qui renverrait dans une large mesure aux réglementations relatives au droit du mariage et au droit du divorce ? c) La réponse à ces questions serait-elle différente en regard du projet de Constitution selon le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 ?

définition précise inscrite dans le texte constitutionnel, il convient d'en créer une par la voie de l'interprétation. Une interprétation ouverte et révisable qui ne peut se prévaloir d'aucun appui supérieur ou indubitable et qui relève donc pleinement d'un choix politique quoi qu'il en soit contestable. Selon Aubert : « On dira, par exemple, que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, union librement consentie, durable, exclusive, exogame et consacrée par une célébration officielle. Mais il faut bien se rendre compte qu'en faisant cela les interprètes ne font que fixer dans la Constitution fédérale certains éléments qu'ils ont pu trouver dans les lois – jadis les lois cantonales, puis la loi fédérale de 1874, maintenant le code civil. En d'autres termes, ils choisissent dans les lois quelques règles auxquelles ils confèrent une force constitutionnelle » (Aubert, 1998 : 17). Cette thèse, Aubert l'appelle thèse « *institutionnelle* », où les éléments constitutifs du mariage sont repris d'une sorte de droit naturel ou supérieur. Selon lui, le Tribunal fédéral n'a jusqu'alors que fort peu mis en œuvre cette « *thèse institutionnelle* ». « Parmi sa jurisprudence officiellement publiée, les quelques dizaines d'arrêts qui mentionnent l'art. 54 Cst. se rapportent tous, effectivement, au droit au mariage, nullement à l'institution du mariage » (Ibid : 19). Par la suite, l'auteur s'adonne à un examen détaillé de la doctrine et constate que celle-ci, dans sa grande majorité, manifeste une indifférence à la « *thèse institutionnelle* ».

L'autre thèse comprend l'article 54 d'une manière toute différente. Elle y voit la garantie d'un droit et non plus d'une institution. « On en tire la garantie constitutionnelle du droit d'entrer dans une relation réglée elle-même par la loi et non pas la détermination constitutionnelle de cette relation. On admet que le constituant de 1874, qui a trouvé l'institution du mariage dans les lois, elles-mêmes fondées sur les sentiments de la société, a voulu assurément que cette institution continuât d'exister, mais a laissé poursuivre son évolution sociale et législative sans prétendre en fixer certaines parties dans la Constitution » (Ibid : 18).

Dans le cadre de la loi sur le PEPS, le CF s'est manifestement décidé pour la thèse « *institutionnelle* » – sans qu'il soit fait mention, d'ailleurs, de l'existence de l'autre thèse. Mais cette thèse a été notamment défendue en amont, puisque c'est elle, bien qu'elle ne fut pas thématisée comme une « *thèse* », que l'on retrouve dans le message du Conseil fédéral relatif à révision de la Constitution fédérale de 1996. C'est d'ailleurs à ce message que le premier rapport officiel élaboré par l'OFJP, concernant la situation juridique des couples homosexuels et édité en 1999, se rapporte, lui donnant ainsi la valeur d'une « *doctrine* » : « Selon la doctrine et la pratique dominantes, la constitution part d'une conception traditionnelle du mariage, en tant que communauté de vie durable et globale entre deux êtres humains de sexe opposé. La disposition n'inclut donc pas les partenariats homosexuels. Un droit à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne peut donc être déduit de l'article 54, alinéa 1, cst. Il en va de même du «droit au mariage» aux termes de l'article 14 ncst. Selon la conception actuellement domi-

nante, l'article 54, alinéa 1, cst., ou l'article 14 ncst., garantit, au surplus, l'existence du mariage en tant qu'institution. L'institution juridique du mariage jouit ainsi d'une protection constitutionnelle particulière (...) A l'heure actuelle, il faut également compter au nombre des principes que le législateur se doit de respecter que le mariage représente une communauté de vie d'êtres humains de sexe opposé. On retrouve cette conception du mariage, ou de l'article 54 cst., dans le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle constitution fédérale: « Le droit au mariage garantit l'existence du mariage en tant qu'institution, à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun. (...) Conformément à une interprétation historique de l'article 54 cst. (...) le droit au mariage garantit l'union entre un homme et une femme. Le droit au mariage ainsi garanti ne s'étend donc pas aux mariages de transsexuels, ni aux mariages d'homosexuels. (...) L'institution du mariage a toujours visé les couples traditionnels. En l'état actuel, un élargissement à toutes les autres formes de vie en commun dénaturerait l'institution du mariage » (OFJP : 1999).

Les instances législatives comprennent donc le mariage comme étant une institution « *traditionnelle* » de nature hétérosexuelle<sup>27</sup> et elles s'appuient pour cela sur une certaine interprétation institutionnelle du mariage. Il est remarquable que trois ans plus tard, dans le message du CF en 2002 relatif à la loi sur le PEPS, la spécification des propriétés du mariage s'appuie à nouveau en grande partie sur l'interprétation de la définition donnée par la Constitution (il s'agit toujours du même passage tiré du message relatif à la révision de la Constitution).

## 7 Le traitement politique du concept d'égalité et de non-discrimination

« L'autorité qui édicte des règles de droit doit traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes. Quand les situations présentent entre elles à la fois des similitudes et des différences qui justifieraient des traitements semblables ou différents, l'auteur de la règle de droit dispose alors d'une marge d'appréciation. Le caractère raisonnable d'une distinction juridique peut s'apprécier de manière différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment. Les autorités qui prennent des décisions d'espèce doivent, de la même manière, traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes » (FF 1997 I : 144).

Selon l'article constitutionnel cité ci-dessus, l'égalité est définie juridiquement lorsque deux parties, pouvant être perçues comme comparables, bénéficient des mêmes droits. Par exemple, dans un ménage, l'homme et la femme sont qualifiés de nos jours comme des égaux. Mais dès qu'on se réfère aux institutions-

27 Ce réquisit hétérosexuel est souligné à plusieurs reprises dans le texte : « *couple de sexe opposé* », « *couples traditionnels* ».



mêmes, le principe d'égalité ne fonctionne pas forcément sur la base d'une comparabilité, comparabilité ou similitude assurant le bénéfice de la jouissance des mêmes droits. Cependant, pour présenter une disposition ou un état de caractère inégalitaire, donc discriminatoire, il convient de s'armer d'une bonne justification. De ce fait, accorder des privilèges à l'institution maritale ou priver les couples homosexuels de l'accès au mariage a été dénoncé comme relevant d'une grossière inégalité de traitement d'essence discriminatoire. Nous verrons par la suite, à travers quelques exemples des discours de l'OFJP, quelles sont les justifications qui ont servi pour faire face à ces dénonciations concernant l'inégalité de traitement des personnes quant à l'accès à l'institution maritale.

Selon l'OFJP, qui s'exprime en marge de la loi fédérale sur le PEPS, le principe de non-discrimination n'exige pas que soit observée une égalité de traitement « absolue ». L'OFJP argumente que le mariage, dans sa formule classique (couple hétérosexuel), est adossée à une tradition institutionnelle qui est, par ailleurs, protégée et promue par la Constitution. Les bonnes raisons sur lesquelles s'appuient les justifications de ce traitement privilégié s'inscrivent dans l'ordre d'un bien commun tout spécialement incarné et réalisé par le mariage. Mais ce n'est pas là-dessus que porte l'argument principal. Aux yeux du législateur, les différences entre le mariage et le PEPS « sont fondées sur des raisons objectives ».<sup>28</sup> Selon le législateur, l'égalité de traitement réclame qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles. Autrement dit, l'inégalité de traitement se comprend pour lui comme le fait de procéder à un traitement différent lorsque les deux parties sont « égales », dans le sens de « identique »<sup>29</sup> sous un certain rapport.

Or, le législateur suisse a la conviction qu'une différence substantielle fait le départ entre les personnes (ou couples) homosexuelles et hétérosexuelles et que cette différence se laisse comprendre comme une « raison objective », c'est-à-dire qu'elle peut et doit fonder juridiquement une différence ; l'objectivité alléguée de cette différence donne lieu au fait que le législateur considère que la « différenciation prévue ne présente pas un caractère discriminatoire ».<sup>30</sup>

28 B. Williams rappelle que c'est la conscience implicite de ce qu'il y a d'injuste dans ces inégalités systématiques qui fait que ceux qui veulent les justifier commencent par nier qu'il y ait égalité en regard des caractéristiques humaines communes (Munoz-Dardé, 2000). Les arguments de ce type iront dans le sens suivant : les individus de type X sont différents, d'une différence pertinente qui empêche de les traiter à égalité. Dans le cas des homosexuels, l'argument sera qu'ils ne peuvent pas fonder « naturellement » une famille, car ils ne peuvent pas concevoir et engendrer, et que cette différence « objective » fonde le fait qu'ils ne sauraient avoir accès au mariage.

29 Par rapport aux différentes conceptions de l'égalité, soulevées par des chercheuses féministes, voir notamment les travaux de Delphy ou encore de Scott qui, en se référant à Minow, affirme qu'« ignorer la différence dans le cas de groupes subordonnés amène à une fausse neutralité, mais se focaliser sur la différence peut sous-estimer le stigmate de la déviance » (Scott, 1988 : 39).

30 « Par conséquent, la disposition ne s'oppose pas à une réglementation différenciée aussi longtemps que celle-ci est objectivement justifiée et que la différenciation prévue ne présente

## 7.1 Le concept de discrimination

Si l'on suit la lettre de la spécification d'une « *discrimination* » par l'OFJP, l'on peut aussi bien considérer que la privation pour les couples homosexuels de l'accès au mariage pourrait être interprétée comme une discrimination, puisqu'elle tient à leur appartenance à une « *catégorie sociale* » ou à « *groupe particulier* ». Toutefois cela n'est pas si simple, car en amont du jugement discriminatoire prévaut, selon l'OFJP et comme on vient de le voir, l'argument du traitement « *objectivement différencié* ». Ce « *traitement différencié* » est fondé sur des « *raisons objectives* », soit ici l'impossibilité biologique de reproduction des partenaires de même sexe. L'OFJP se fonde sur une vision naturaliste du couple marié, vision à laquelle il accorde une couverture constitutionnelle (selon la Constitution, le mariage est destiné à des couples de deux personnes de sexe différent). En outre, pour le législateur, l'institutionnalisation d'un partenariat enregistré n'engage pas une « *dépréciation ou exclusion d'un groupe* » (les homosexuels), puisqu'elle a justement pour but de supprimer un certain nombre des « *désavantages existants* et a pour effet d'améliorer sensiblement la situation des couples homosexuels ». Sur la base de l'argument du traitement « *objectivement différencié* » et en se fondant sur les contours donnés à l'objet « *discrimination* », le CF estime donc qu'il ne se rend pas coupable de discrimination, c'est-à-dire d'une inégalité injustifiée.

Cet apaisement de l'inquiétude et cette assurance, pour le législateur, de bien agir tiennent en effet pour beaucoup à la définition et aux critères disposés par celui-ci dans l'établissement de la discrimination.<sup>31</sup> Cette définition et ses critères réduisant le fait de la discrimination à la double appréciation d'une « *intention* » (qui sonstendrait la conception de la disposition juridique) et de « *conséquences* ». L'intention se dit volonté d'exclure, « *son exclusion fondée sur l'appartenance à un certain groupe* », ou s'énonce plus clairement encore comme « *but de déprécier ou d'exclure* ». Mais, de même, pour le législateur, ce sont aussi des « *conséquences* », similaires à l'intention quant à leur forme, qui laissent entendre qu'il y a « *discrimination* » (« *implique (...) une dépréciation de la personne* »).<sup>32</sup> Notons bien que tant les intentions que les conséquences s'appuient sur une définition que l'on peut dire *sociologique* de la discrimination. En effet, dans

---

pas un caractère discriminatoire, c'est-à-dire n'implique pas une dépréciation de la personne ou son exclusion fondée sur l'appartenance à un certain groupe (...). Selon l'avant-projet, le partenariat enregistré se distingue, à différents égards, du mariage. Toutefois, l'adoption du partenariat enregistré n'a pas pour but de déprécier ou d'exclure les partenaires du même sexe. Elle a au contraire pour objectif de supprimer les désavantages existant (notamment dans le droit successoral, le droit des assurances sociales, le droit fiscal et le droit des étrangers) et a pour effet d'améliorer sensiblement la situation des couples homosexuels. Les différences entre le mariage et le partenariat enregistré sont fondées sur des raisons objectives (...) » (OFJP, 2001 : 48-49).

31 Sur les exigences du concept juridique de « *discrimination* », cf. J. Stavo-Debaugé (2004).

32 « Selon ce principe, aucun fait ne peut justifier qu'on traite différemment un groupe de personnes quand ce fait est pris comme motif pour déprécier » (FF 1997 I, : 144).



plusieurs de ses messages, le Conseil fédéral définit le concept de discrimination au moyen d'un ensemble notionnel sociologique (puisque'il est question de « *stigmatisation* », « *d'exclusion* », de « *marginalisation* », ou encore de « *dépréciation* ») plutôt que de se rapporter et de prendre appui sur le principe proprement juridique de l'égalité. Dès lors, adossé à une telle définition et s'estimant ainsi hors de portée d'une accusation, tant dans les intentions que dans les implications de sa position,<sup>33</sup> le législateur considère donc qu'elle est d'évidence non-discriminatoire – et se montre alors sourd à la critique, une critique par ailleurs rendue pour le moins muette puisque la base du principe de non-discrimination se dérobe du même coup.

Nous avons également avancé l'idée que les parlementaires, en anticipant la critique concernant l'égalité des personnes homosexuelles, ont avancé, par avance, des arguments juridiques basés sur l'article 8 al. 2. de la nouvelle Constitution. Celui-ci déclare que « Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une différence corporelle, mentale et psychique ». Notons bien que l'orientation sexuelle ne fait pas partie des motifs énumérés, et pourtant, lors de la révision de la Constitution, ce critère a bien été proposé – et il a nourri de nombreuses discussions.<sup>34</sup>

## 7.2 L'arrêt et l'inscription des critères de la discrimination

Dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, les débats parlementaires relatifs à l'article 8 al.2 (cité en amont) ont été animés par deux positions divergentes. Le Conseil des Etats et une minorité de la commission du Conseil national proposaient de se limiter à la mention du principe de non-discrimination sans formuler une liste de motifs dûment énumérés et inscrits. L'autre position, incarnée par le CF et par la commission du Conseil national, proposait d'introduire, dans l'alinéa 2, une liste de critères sur laquelle pourraient s'appuyer des spécifications de la définition de la non-discrimination. C'est dans cette liste de motifs que quelques parlementaires avaient proposé d'introduire « *l'orientation sexuelle* ».

33 Une posture qui, telle qu'elle se représente, vise à reconnaître en établissant un dispositif permettant d'accueillir et de réaliser des droits pour des personnes qui, jusqu'alors, n'en bénéficiaient pas.

34 En effet, ainsi que l'annonce le rapporteur de la commission Favio Pelli au Conseil national, dans le contexte de la réforme de la nouvelle Constitution en 1998, en se référant à l'article 8 al. 2, « la solution définitivement proposée par la commission peut être définie comme un compromis raisonnable entre des thèses très divergentes » (BO CN, 1998 : 152). Toujours est-il que ce motif ne sera pas inscrit et lorsque le conseil national, dans son message sur la loi du PE, revient sur cet épisode il ne rend pas compte de la controverse : « Par contre, le mode de vie a été mentionné en toutes lettres à l'art. 8, al. 2, Cst. L'historique de cette notion montre qu'elle ne comprend pas seulement l'orientation homosexuelle ou la communauté de vie entre partenaires du même sexe, mais aussi d'autres modes de vie » (CF, 2002).

Lors des travaux de révision de l'article sur l'égalité, la majorité des participants a décidé que l'alinéa 2 devait bien comporter une énumération de quelques motifs, mais elle a refusé d'introduire le motif « *orientation sexuelle* ». Ce refus était toutefois accompagné d'une proposition, puisqu'il s'agissait de le remplacer par la mention « *modes de vie* », mention préférée car son extension est sémantiquement plus ouverte. La minorité II, quant à elle, proposait de supprimer l'énumération afin d'en rester à l'al.1. « ... devant la loi. Nul ne doit subir de discriminations ». Ce refus était publiquement justifié de la sorte : « Il ne fallait pas commencer une énumération, car elle ne finira jamais (...) Alors, qui voulez-vous mettre dans cette énumération pour être sûr de n'oublier personne aujourd'hui, et de n'oublier personne demain ? Parce que demain, d'autres groupes minoritaires viendront demander pourquoi ils ne figurent pas dans l'énumération de l'article 7 alinéa 2 » (BO CN, 1998 : 160).

De son côté, la minorité III, proposait ajouter à l'alinéa 2 « nul ne doit subir de discriminations du fait notamment... de son sexe, son orientation sexuelle, son état civil, de sa langue... ». La proposition de la minorité III voulait substituer à l'interdiction de discrimination basée sur « *le mode de vie* », l'interdiction de discrimination basée sur « *l'orientation sexuelle* ». Liliane Maury Pasquier, membre de cette minorité, avait le souci d'offrir un appui tangible, inscrit explicitement, à la revendication d'un droit à l'égalité : « Le poids des mots écrits est en effet beaucoup plus grand que celui des sous-entendus, notamment pour toutes les personnes discriminées à cause de leur appartenance à une minorité (...) Il convient d'inscrire dans cette liste les droits des personnes homosexuelles, que ce soit dans la version minimaliste de la majorité, ou dans celle plus explicite de la minorité III. Là aussi, faire mention particulière de cette catégorie de personnes revient à reconnaître clairement leur droit à l'égalité de traitement, leur droit à vivre en couple, à trouver un travail et un logement, comme n'importe qui d'autre » (BO CN, 1998 : 168). Il est notable qu'elle spécifie d'ailleurs la nature de ces revendications, et la première d'entre elles à rapport à la question de la vie en couple. Cette proposition s'inscrit à l'horizon du débat sur le PEPS. De même, la réponse à cette proposition de la question « problème » des couples homosexuels. Ainsi, le rapporteur de la commission au Conseil national, Favio Pelli, alors qu'il argumente en faveur de la version minimaliste de la majorité, semble garder mémoire de la pétition de l'UDF, « Pour une famille saine et contre l'égalité juridique des couples homosexuels », déposée quelques deux ans plus tôt : « Il me semble que la proposition de la majorité est beaucoup plus raisonnable que de céder aux pressions qui sont faites par les homosexuels et les lesbiennes. Il serait aussi raisonnable d'en rester à la proposition de majorité, car accepter la proposition de minorité III signifie probablement être un tout petit peu provocateur vis-à-vis d'une grande partie de la population suisse qui devra quand même être appelée à approuver la constitution mise à jour » (BO CN, 1998 : 171). Saisissant

d'un même geste critique la proposition de la minorité III et les propositions des minorités VII et VIII (concernant les discriminations envers les « handicapés »), il craint que le fait d'introduire une disposition si explicite n'« oblige finalement à faire une loi ».

Ces quelques exemples des débats le montrent, le contexte parlementaire des travaux préparatoires du projet de loi du PEPS est bien présent, tout comme sont actives les préventions à son égard. Ce qui inquiète le rapporteur est bien de ne pas inscrire dans la loi constitutionnelle une exigence juridique qui pourrait être appelée en soutien d'une revendication réclamant le dessin d'une loi égalitaire. Ces remarques du rapporteur de la commission le laisse accroire : « A l'alinéa 2, on a ajouté à titre d'exemple d'interdiction de discrimination – mais attention, pas d'égalité de droit, seulement d'interdiction de discrimination –, à côté de celle basée sur l'origine, la race, le sexe, la langue, la situation sociale, les convictions religieuses, philosophiques et politiques, celle qui concerne le mode de vie des gens, mais en refusant de faire référence explicite à l'orientation sexuelle » (BO CN, 1998 : 153).

Le souci d'une éventuelle revendication d'un mariage homosexuel a donc marqué les travaux relatifs à la révision de la Constitution. Et l'on peut légitimement se demander si ce n'est pas à ce moment, et sur cette scène, que des efforts décisifs ont été fournis afin de soustraire des appuis juridiques pertinents et mobilisables à qui voudrait appuyer une revendication d'égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels.

## 8 Notes conclusives : une épreuve politique inéquitable et biaisée ?

Dans le cadre d'une histoire du processus parlementaire de fabrication et d'approbation de la loi sur le PEPS, nous avons essayé de montrer comment le jeu politique, prenant place sur une arène délibérative spécifique, engage une multitude de précautions, car il se doit d'utiliser des « appuis conventionnels » (Dodier, 1993) d'une certaine sorte. D'une part, nous avons voulu montrer que l'étude sociologique du travail juridico-politique ne peut pas se contenter de se restreindre aux travaux parlementaires in situ. Il lui faut aller chercher d'autres scènes législatives. En ce sens, si ce qu'on appelle la généalogie d'une question politique doit poursuivre l'enquête minutieuse des événements, elle doit se méfier de la chronologie séquentielle (linéaire, synchronique) et de la tentation d'une unicité spatiale. Dans le cas qui nous occupe, nous avons vu comment le législateur s'est prémuni à l'avance d'appuis constitutionnels et comment, pour que ses prises de décision soient intégrées dans un cadre légitime, il s'est occupé à confectionner une définition « light » de la discrimination qu'il a ensuite déposée dans la Constitution.

D'autre part, l'étude sociologique du travail juridico-politique doit prendre en considération le jeu et les enjeux des luttes politiques. De ce fait, nous avons vu que dans l'espace de « lutte des discours » (Detienne, 2003), le législateur a été forcé de justifier les décisions prises en tenant compte des positions critiques. Nous avons vu les astuces que le législateur a employé pour établir un consensus minimal, pour évacuer la question de l'égalité et pour sécuriser la nature hétérosexuelle du mariage. En recadrant le problème en termes de « reconnaissance » et en employant une définition large de ce concept – définition qu'on retrouve dans la théorie d'Honneth (2000) –, la force du principe d'égalité et l'insistance de l'objectif de lutte contre les discriminations ont été doublement amoindris. Pour se garder plus encore d'une relance de la critique, les parlementaires ont également pu compter sur une définition toute « sociologique » de la discrimination. En donnant à la loi du PEPS un sens politique qui s'énonce comme l'opération d'une reconnaissance visant à une valorisation des unions homosexuelles, le législateur se félicite à bon compte d'être le porteur de valeurs libérales et d'avoir mis fin à des discriminations. Cependant, pouvons-nous dire que celui-ci instaure une égalité entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels ? Le détour que le législateur fait par la reconnaissance n'est-il pas un chemin biaisé pour cantonner la force du principe d'égalité et l'empêcher de faire entendre ses exigences ? De même peut-on considérer que le processus de fabrication de cette loi a été vraiment équitable ? Cela n'est pas sûr. Il apparaît bien plutôt que l'épreuve a été pour le moins biaisée. Et cela pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle s'est en partie jouée ailleurs et en amont. Et ensuite parce qu'à cette occasion il semble que tout a été fait, non seulement pour que cette épreuve ne touche pas à la fermeture hétérosexuelle du mariage, mais aussi pour que nombre d'appuis permettant de faire valoir l'exigence d'égalité fassent défaut à la critique.

## 9 Références bibliographiques

- Aubert, Jean François (1998), « La Constitution fédérale et les unions d'homophiles », Avis de droit adressé à l'OFJ, 30 avril 1998.
- Boltanski, Luc et Eve Chiapello (1999), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris : Gallimard, col. Essais.
- Boltanski, Luc et Laurent Thévenot (1991), *De la justification*, Paris : Gallimard, col. Essais.
- Cefaï, Daniel et Danny Trom (dir.) (2001), *Les formes de l'action collective. Mobilisations dans les arènes publiques*, Paris ; Ed. EHESS, col. Raisons pratiques, 12.
- Delphy, Christine (1999), « La parité en France : exemple d'un mauvais débat sur une bonne question », *Olympe*, n°11.
- Delphy, Christine (2001), *L'ennemi principal 2 : penser le genre*, Paris : Ed Syllepse. Col. Nouvelles questions féministes.
- Detienne, Marcel (2003), « Des pratiques d'assemblée aux formes du politique. Pour un comparatisme expérimental et constructif entre historiens et anthropologues », in Detienne Marcel (Dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, Paris : Seuil, Col. Le genre humain, 8–32.

- Dirdy, Claude (2002), *Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du Xxe siècle*, Ed. EHESS, col. Recherche, histoire, sciences sociales n°94.
- Dodier, Nicolas (1993), « Les appuis conventionnels de l'action », *Réseaux*, n°62, 63–85.
- Dodier, Nicolas (2003), *Leçons politiques de l'épidémie du sida*, Paris : EHESS, Col. Cas de figure.
- Heurtin, Jean-Philippe (2003), « Architectures morales de l'assemblée nationale », in Detienne Marcel (Dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, Paris : Seuil, Col. Le genre humain, 49–84.
- Honneth, Axel (1999), « Intégrité et mépris. Principes d'une morale de la reconnaissance », *Recherches sociologiques*, n°2, 11–22.
- Honneth, Axel (2000), *La lutte pour la reconnaissance*, Paris : Ed. du Cerf.
- Kriesi, Hanspeter (1995), *Le système politique suisse*, Paris : Economica, col. Politique comparée.
- Lenoir, Remi (2003), *Généalogie de la morale familiale*, Paris : Seuil, col. Liber.
- Munoz-Dardé, Véronique (2000), *La justice sociale. Le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris : Nathan.
- Pateman Carole (1989), *The sexual contract*, Cambridge : Polity Press.
- Perreau, Bruno (2003), « L'égalité inavouable. Homosexualité et adoption en France : une politique publique jurisprudentielle », *Nouvelles Questions Féministes*, n°3, Vol. 22, 32–46.
- Scott, Joan W. (1988), « Deconstructing Equality –versus– Difference : or, the Uses of Postculturalist Theory for Feminism », *Feminist Studies*, n°1, 14, 33–50.
- Stavo-Debaugé J. (2004), « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations. Deuxième partie : Apprêter un chemin au droit, confectionner des catégories pour l'action publique », *Carnets de Bord*, n°7.
- Rapports juridiques (Feuilles fédérales ou site Parlement.ch)
- Feuilles Fédérales (FF 1997 I, 1–160), « Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la nouvelle Constitution ».
- <http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/vn-ber-f.pdf>, « La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse. Problèmes et propositions de solution », Office Fédéral de Justice et Police (OFJP : 1999).
- <http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/vn-veber-f.pdf>, « Loi fédérale entre personnes du même sexe. Rapport explicatif et avant-projet », (OFJP : 2001).
- <http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/ve-ber2-f.pdf> Résultats de la procédure de consultation. Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, février 2002, 8.
- « Partenariat enregistré entre personnes du même sexe : un projet bien accueilli ». Communiqué de presse du 26.06.2002, transmis par l'OFJP, Berne.
- <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1192.pdf>, « Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe », Conseil Fédéral (CF : 2002).
- Bulletin Officiel du Conseil national (BO CN), 1998, 150ss.
- Bulletin Officiel du Conseil national (BO CN), 2003, 1813ss.