

LA LOI DU GENRE

Antonella Cereghetti

Tel un fantôme, tel un épouvantail se pose dans la société le problème de l'homosexualité. Malgré toutes les condamnations le nombre des pervers semble augmenter. Le jugement religieux et juridique s'avère inefficace. L'homosexualité augmente aussi bien dans les districts ruraux que dans les grandes villes. Des enfants comme des adultes, voire des vieillards, les hommes comme les femmes paient leur tribut à ce vice. L'homosexualité préoccupe le pédagogue, le sociologue, le neuropsychiatre et le juriste. Tous les moyens de lutte sont sans cesse mis en œuvre sans pourtant fournir des résultats appréciables. Les peines les plus sévères, l'attitude la plus conciliante, le jugement le plus clément restent sans influence sur l'évolution de cette anomalie.

C'est ainsi qu'en 1933, s'exprimait Alfred ADLER, médecin et psychologue, qui fût élève et collaborateur de FREUD jusqu'en 1911, puis dirigea l'Institut pédagogique de Vienne et enseigna la psychologie médicale au Long Island Medical College à New-York¹.

Septante ans plus tard, la question de l'identité homosexuelle continue à préoccuper sociologues, psychiatres, historiens et juristes, qui participent même à des colloques pour se pencher encore sur cette épineuse question.

Introduction

Vous le savez certainement tous, un avant-projet de loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe a été concocté par le Département fédéral de justice et police, puis soumis en consultation ce printemps et devrait être discuté l'an prochain au Parlement².

La création de normes juridiques est toujours le reflet de l'évolution de la société, mais en retour, ces nouvelles normes modifient le discours et les

¹ Alfred ADLER, « Le problème de l'homosexualité », in *La compensation psychique de l'état d'infériorité des organes*, Payot Paris, 1956, p. 128.

² Cet avant-projet et le rapport sur la procédure de consultation peuvent être consultés sur Internet (www.bj.admin.ch, individu et société, couples homosexuels).

perceptions sociales en fixant — au moins pour un moment — un nouveau cadre dans lequel les individus évoluent.

La création d'une réglementation juridique pour les couples homosexuels n'est pas anodine. Il y a une antinomie fondamentale entre intégration et particularité, car si l'intégration vise à la suppression de la discrimination et à la reconnaissance, elle a également pour effet de gommer, voire de dissimuler la différence.

Avant d'identifier les questions identitaires que la nouvelle loi peut susciter, je vais d'abord vous présenter en quelques mots l'histoire et les grandes lignes de ce projet.

Travaux préparatoires

C'est en avril 1999 que le Conseil fédéral a mis en consultation le rapport de l'Office fédéral de la justice sur la situation juridique des couples homosexuels en droit suisse. Ce rapport présentait les interventions parlementaires déposées à ce sujet, l'évolution juridique à l'étranger et la position juridique actuelle des couples homosexuels en Suisse. Par ailleurs, il proposait plusieurs variantes pour légiférer sur cette question, variantes sur lesquelles les participants à la procédure de consultation ont été invités à se déterminer.

Dans le cadre de la procédure de consultation, la grande majorité des participants a admis la nécessité d'une intervention législative en faveur des couples homosexuels, même si les avis divergeaient quant à l'urgence de celle-ci. Seul un canton et deux partis politiques en ont nié la nécessité.

Pour ce qui est de la méthode, une nette majorité s'est prononcée en faveur de la variante qui proposait une réglementation spéciale sur le partenariat enregistré, alors que la variante proposant l'ouverture du mariage aux couples homosexuels a été nettement refusée.

Le 25 octobre 2000, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police de présenter un avant-projet de loi dans ce sens, ainsi qu'un rapport explicatif.

Les lignes directrices sur la base desquelles l'avant-projet de loi a été élaboré sont assez simples. La réglementation relative au partenariat enregistré entre personnes du même sexe doit faire l'objet d'une loi spéciale, qui doit régler de manière claire et complète la conclusion et la dissolution du partenariat, ainsi que les droits et obligations que les partenaires ont l'un à l'égard de l'autre. Elle doit être le plus simple possible et, autant que faire se peut, prendre comme base les règles du droit matrimonial.

Le contenu de l'avant-projet

Les personnes du même sexe pourront donc se faire enregistrer comme partenaires, ce qui signifie qu'elles s'engagent « à mener une vie commune et à assumer une responsabilité l'une envers l'autre » (art. 2). Elles seront dès lors « liées par un partenariat enregistré » (art. 3).

Pour cela, les deux personnes doivent être du même sexe et avoir plus de 18 ans, ou l'accord de leur représentant légal. L'une au moins doit être suisse ou domiciliée en Suisse, aucune ne doit être déjà mariée ou liée par un partenariat enregistré (art. 4) et elles ne doivent pas être parentes en ligne directe, frères et sœurs, ou encore beaux-parents, beaux-enfants (art. 5).

Concrètement, celui ou celle qui veut conclure un tel contrat devra adresser sa demande d'enregistrement à l'Etat civil du domicile ou du lieu d'origine et c'est l'Officier d'Etat civil qui enregistrera la déclaration de partenariat (art. 6 et 8), mais on ne connaît pas encore les formalités exactes qu'il faudra remplir, car celles-ci feront l'objet d'une ordonnance après l'adoption de la loi.

Il n'y aura pas de changement de nom au niveau de l'état civil, mais la possibilité de porter également le nom de l'autre – et même de le faire inscrire sur son passeport.

Ce que recouvre l'engagement pris

Les deux partenaires se doivent l'un à l'autre assistance et respect (art. 13) et ils contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté (art. 14 al. 1).

Les partenaires ne peuvent plus disposer du logement commun sans l'accord de l'autre (art. 17 al. 1) et chacun doit renseigner l'autre sur ses revenus, ses biens et ses dettes (art. 17). Ils peuvent, dans les limites des besoins courants, représenter la communauté (art. 16 al. 1), mais chacun dispose de ses biens et répond de ses dettes sur tous ses biens (art. 19).

Sur le plan « patrimonial » – c'est-à-dire qui aura droit à quoi en cas de séparation ou de décès – les partenaires peuvent faire des contrats, notariés ou non selon les cas, mais s'ils ne le font pas, le régime juridique « par défaut », sera celui de la séparation de biens (art. 19 à 25).

Annulation – Dissolution – Mesures protectrices

Il sera possible d'annuler un partenariat lorsqu'il s'avérera que les conditions pour le conclure n'étaient en réalité pas remplies ou lorsque le consentement de l'un des partenaires aura été vicié (art. 10 à 12).

Il sera aussi possible de le dissoudre par requête commune ou sur demande d'un seul des partenaires. Dans le cas où l'un des partenaires s'y oppose, le délai d'attente sera d'une année (art. 31 à 33).

Les partenaires pourront s'adresser au juge pendant le partenariat pour demander des mesures de protections (par exemple, devoir d'entretien, demeure commune, etc.) (art. 16 al. 4, 17 al. 2, 18, 24).

Influences législatives

Outre les règles directes qui sont posées par ce projet de loi, il y a tous les effets juridiques collatéraux, qui sont soit directement prévus par la loi, soit qui en découlent.

De manière directe, la loi précise qu'en matière de droit des successions et de droit des assurances sociales, le partenariat enregistré aura les mêmes effets que le mariage. Elle précise également que l'adoption d'un enfant – même celui du partenaire – et la procréation médicalement assistée sont exclues (art. 26 à 29).

De manière indirecte, ce ne sont pas moins d'une vingtaine de lois qui seront modifiées en relation avec la loi sur le partenariat enregistré.

Il y a tout d'abord la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers qui traitera désormais le partenaire enregistré comme le conjoint, c'est-à-dire lui octroiera un permis d'établissement après cinq ans de vie commune.

En revanche, la loi sur la nationalité, si elle réduit le délai de vie commune pour demander la naturalisation suisse, ne fait pas pour autant du partenariat une cause de naturalisation facilitée.

Les différentes lois de procédure sont aussi touchées par cette nouveauté, puisqu'un juge ou un préposé de l'Office des poursuites ne pourra intervenir s'il est lié, par le biais du partenariat, à quelqu'un. Un partenaire pourra également refuser de témoigner dans le cadre d'une procédure pénale ou civile, aux mêmes conditions que des conjoints.

En matière d'assurance privée, le partenaire sera traité comme un époux.

En matière d'impôt encore, une injonction est faite au canton pour traiter sur un pied d'égalité les partenaires.

Conclusions

Ce projet de loi est rédigé en référence au droit de la famille et du divorce. L'exposé des motifs s'y réfère systématiquement, pour s'en écarter ou pour s'y conformer.

La systématique est la même, mais il y a des différences importantes :

- il n'y a pas d'adoption possible
- pas de procréation médicalement assistée
- pas de naturalisation facilitée
- le délai d'attente pour la dissolution est plus court
- enfin, un renversement de la présomption pour ce qui est du règlement financier des partenaires. Le régime matrimonial ordinaire, c'est-à-dire « par défaut » est le partage de tous les biens acquis pendant le mariage, tandis que le régime « par défaut » du partenariat est la séparation de biens, c'est-à-dire le « chacun pour soi ».

Si, à première vue, il y a une continuité normative, je pense qu'il en ira autrement dans la réalité. Je l'ai dit en introduction, la loi évolue avec la société, mais elle met aussi un cadre dans lequel les représentations sociales se fixent, en stigmatisant de nouveaux sujets de droit, des comportements admissibles ou non ou encore des actes répréhensibles.

La loi sur le partenariat enregistré n'échappera pas à cette règle et je crois qu'on peut parier que cette nouvelle réglementation va créer, pour beaucoup, des déplacements d'identité.

Lorsqu'un partenaire ira chez son assureur ou son banquier et qu'il se prévaut de son partenariat pour désigner son héritier, ou que son bailleur devra notifier sa résiliation aux deux partenaires, le regard de l'Autre sera alors profondément modifié et il y a fort à parier que la loi aura créé un nouveau genre.

Non seulement, il faudra trouver des termes pour le dire – parce que l'on ne sait pas encore comment on va nommer les gens « partenaires » ou « enregistrés » – mais la question qui se posera alors sera de se demander comment cette nouveauté pourra être intégrée à l'identité de chacun et de chacune.

Le mouvement gay est ici un bon révélateur de la façon dont s'élabore une construction sociale et le combat, toujours politique, doit aussi se mener contre son propre inconscient qui a intégré le schéma dominant/dominé³.

Certains vont pouvoir se fondre et se reconnaître complètement dans ce nouveau cadre, même s'il ne correspond pas entièrement aux dispositions sur le mariage. D'autres arriveront à composer ou à se tricoter – terme à la mode – une nouvelle identité. D'autres en revanche auront plus de peine – et je pense ici à ceux qui se sont construit dans la différence et l'opposition.

Il faudra, je crois, être très attentifs à tout ce que la loi ne dit pas.

³ Voir à cet égard Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Le Seuil Paris, 1998.