



MOUVEMENT GAI ET LESBIEN et stratégie de recours à la justice

Guillaume MARCHE
Université Paris XII – Val de Marne

Introduction

Dans le numéro d'avril 2003 du *Mouvement Social*, Marianne Debouzy, Michèle Gibault et Jennifer Merchant analysent les spécificités du recours au droit par les mouvements sociaux aux États-Unis, à travers notamment l'exemple du mouvement des soldats américains pendant la guerre du Vietnam et celui des droits des femmes. La centralité du droit est en effet une caractéristique constante de l'histoire des États-Unis, à tel point que la question sociale s'y constitue en termes de droits, ce qui ne laisse pas de poser le problème de l'action collective, car si « la démocratie demande que les gens soient capables de mettre en œuvre des décisions collectives, [...] la recherche de nouveaux droits empêche de constituer des majorités.¹ »

De même, se pose la question de la signification politique du recours au droit : la lutte legaliste ressortit-elle par là même à une forme de libéralisme qui se borne à l'objectif avoué d'obtenir l'application du droit, ou peut-elle être porteuse d'ambitions radicales ?² La notion de droit est de surcroît un outil politique complexe et à double tranchant, car à la revendication d'un droit à la protection de la vie privée, peut fort bien répondre l'usage conservateur du recours à des droits d'ores et déjà plus fermement établis, tel le droit à la vie du fœtus contre le droit des femmes à disposer de la fonction reproductive de leur corps.³

Ces questions théoriques, qui se posent dès lors que l'on formule les objectifs d'un mouvement social en termes juridiques, sont particulièrement cruciales dans le cas du mouvement gai et lesbien aux États-Unis. Il ne s'agit pas ici de présenter un tour d'horizon des recours à la justice auxquels se

¹ Marianne Debouzy, « Droits et mouvements sociaux aux États-Unis », *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 9.

² Michèle Gibault, « Droit et mouvement : quelques réflexions sur l'usage du droit par le mouvement des soldats américains pendant la Guerre du Viêt-Nam », *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 35-50.

³ Jennifer Merchant, « Féminismes américains et *reproductive rights* / droits à la procréation », *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 55-78.

livre ce mouvement, mais d'envisager le recours au droit comme une forme d'action parmi d'autres, afin d'en évaluer les avantages et les inconvénients stratégiques. Le propos de cet article n'est donc nullement juridique, mais bien sociologique, car on ne se propose pas ici d'étudier le droit en tant que tel, mais de le considérer comme une modalité de l'action collective.

Quels droits ?

Aux États-Unis, les personnes homosexuelles ne bénéficient pas de droits explicitement reconnus au plan fédéral, mais seulement de droits concédés au plan des localités ou des États. Quatorze États, ainsi que la capitale fédérale, interdisent ainsi la discrimination en fonction de l'orientation sexuelle, tandis que dans onze autres États, des décrets ou réglementations interdisent d'exercer à l'encontre des employés des services publics cette forme de discrimination contre laquelle 285 municipalités ou comtés prévoient également de protéger leurs employés.⁴ Par ailleurs, dans son arrêt *Lawrence v. Texas* du 26 juin 2003, la Cour suprême renversa la jurisprudence de l'arrêt *Bowers v. Hardwick* de 1986 et invalida de ce fait les lois anti-sodomie des treize États qui en avaient encore une.⁵

À ces droits négatifs (*freedoms from*) répondent certains droits affirmatifs (*freedoms to*), notamment en matière de reconnaissance des couples de même sexe, que ce soit sous forme de partenariat enregistré, d'union civile ou de mariage. Suite à l'arrêt *Goodridge v. Department of Public Health* rendu en 2003 par la Cour suprême du Massachusetts, cet État devint en 2004 le premier à autoriser le mariage civil entre deux personnes du même sexe.⁶ En 2000, le Vermont fut, lui, le premier État à proposer aux couples de même sexe un statut d'union civile équivalent à celui des couples mariés. Dix États, ainsi que la capitale fédérale et plusieurs dizaines de municipalités, proposent en outre à leurs employés un système de concubinage enregistré, tandis que trois États — Hawaï, le New Jersey et la Californie — ont légiféré pour reconnaître le concubinage enregistré.⁷

Les personnes homosexuelles jouissent également, dans certains endroits et sous certaines conditions, du droit d'adopter. Malgré la multiplication récente d'initiatives visant à réserver l'adoption aux couples hétérosexuels, la législation permet en réalité l'adoption d'enfants par des

⁴ National Gay and Lesbian Task Force (NGLTF), « Nondiscrimination » (2005) <<http://www.thetaskforce.org/theissues/issue.cfm?issueID=18>> [4 novembre 2005].

⁵ *Lawrence v. Texas (02-102)*, *Opinion of the Court*, 539 US 558 (United States Supreme Court, 2003) <<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/26jun20031200/www.supremecourt.us.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>> [23 septembre 2005].

⁶ *Goodridge v. Department of Public Health*, SJC-08860 (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2003) <<http://www.mass.gov/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html>> [4 novembre 2005]. Cet arrêt prévoyait que le mariage devait être ouvert aux couples de même sexe à compter du 17 mai 2004 ; or, le 14 mai 2004, la Cour suprême des États-Unis refusa l'examen d'une requête en vue de l'annulation de cette décision, permettant ainsi au Massachusetts de marier des couples de personnes du même sexe.

⁷ NGLTF, « Marriage and Partnership Recognition » (2005) <<http://www.thetaskforce.org/theissues/issue.cfm?issueID=14>> [4 novembre 2005].

personnes homosexuelles dans la plupart des États.⁸ De surcroît, dans vingt et un États, les tribunaux permettent l'adoption d'enfants ayant un seul parent par un deuxième parent, fût-il du même sexe, et quelques États autorisent même deux personnes non mariées, quel que soit leur sexe, à adopter conjointement le même enfant.⁹

Quelle signification en termes de mouvement social ?

La liste de ces droits, obtenus de haute lutte auprès des tribunaux, est l'indice d'avancées bien réelles dans la reconnaissance des personnes homosexuelles aux États-Unis, principalement depuis le début des années 1990. Le fait même qu'elles semblent être sur la voie de l'obtention du droit au mariage en particulier donne la mesure d'un progrès naguère encore inespéré, à tel point que ce droit devient l'un des objectifs principaux de nombre d'organisations du mouvement, tant il suscite d'espoir pour les couples homosexuels. L'obtention de ce droit permettrait, qui plus est, une validation symbolique des unions homosexuelles et donc, par extension, de l'homosexualité elle-même, soutiennent ses partisans. Certains, les plus radicaux, vont même jusqu'à prôner l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en vue de réformer *in fine* une institution qui est fréquemment le lieu de rapports inégalitaires entre les hommes et les femmes.¹⁰

Peut-on néanmoins séparer les objectifs ultimes d'un mouvement social de ses modes opératoires immédiats ? En l'occurrence, il y a tout lieu de penser qu'aucun tribunal ne reconnaîtrait aux couples homosexuels le droit de se marier si une telle décision lui était présentée comme la prémisse d'un bouleversement ultérieur de l'institution. Ce sont donc des arguments plus raisonnables, formulés en termes d'égalité des droits et de protection des enfants éventuels, qui sont mobilisés à cet effet.¹¹ Or, le mouvement gai et lesbien fait justement partie de ces mouvements sociaux dont Alberto Melucci, parmi d'autres sociologues, souligne la dimension « préfiguratrice », c'est-à-dire que l'on ne peut dissocier les objectifs d'un tel mouvement des moyens qui sont mis en œuvre pour l'atteindre car le choix des moyens préfigure la nature des objectifs visés. Là réside, selon Melucci, le défi symbolique de mouvements sociaux dont les modalités mêmes sont susceptibles de remettre en cause les codes dominants.¹²

⁸ American Civil Liberties Union (ACLU), « ACLU Fact Sheet : Overview of Lesbian and Gay Parenting, Adoption and Foster Care » (6 avril 1999) <<http://www.aclu.org/issues/gay/parent.html>> [15 avril 2005].

⁹ ACLU, « ACLU Challenges Florida Ban On Lesbian and Gay Adoption » (26 mai 1999) <<http://www.aclu.org/features/f052699a.html>> [15 avril 2005].

¹⁰ Nan Hunter, « Marriage, Law and Gender : A Feminist Inquiry », *Sex Wars : Sexual Dissent and Political Culture*, dir. Lisa Duggan & Nan Hunter (New York : Routledge, 1995) 112-14 ; Thomas Stoddard, « Why Gay People Should Seek the Right to Marry », *We Are Everywhere : A Historical Sourcebook of Gay and Lesbian Politics*, dir. Mark Blasius & Shane Phelan (New York : Routledge, 1997) 757 ; Éric Fassin, « Homosexualité et mariage aux États-Unis : histoire d'une polémique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 125 (décembre 1998) : 70-71.

¹¹ Nancy Polikoff, « We Will Get What We Ask for : Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will not 'Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage' », *Virginia Law Review* 79.7 (octobre 1993) : 1540-43.

¹² Alberto Melucci, « The Symbolic Challenge of Contemporary Movements », *Social Research* 52.4 (Hiver 1985) : 791-801.

Il semble dès lors peu probable qu'il puisse être fait usage d'un droit obtenu en se conformant à une norme, de manière à transformer cette norme — par exemple, celle de la fidélité sexuelle dans le mariage. C'est ce que reconnaît l'une des partisans radicales du mariage homosexuel lorsqu'elle affirme notamment :

The social stigma that attaches to sexuality outside marriage produces [a] hierarchy parallel to the hierarchy of gender. Simply democratizing or degendering marriage, without also dislodging that stigma, would be at best partial reform.¹³

Cet exemple suggère donc que la dimension symbolique de l'action en justice conditionne la signification effective d'un droit ainsi acquis. « Le critère de radicalité ne coïncide pas forcément avec le mode d'action, mais il s'articule toujours au but ultime recherché », écrit Michèle Gibault, constatant que l'action legaliste des soldats américains pendant la guerre du Vietnam n'invalide pas la portée radicale de leurs ambitions politiques.¹⁴ À ce stade de l'analyse, il nous semble plutôt que la dimension préfiguratrice des modes d'action est un critère de radicalité au moins aussi déterminant que la formulation des buts ultimes du mouvement.

En l'occurrence, il y a un travers conservateur qui semble consubstantiel au droit, en particulier au droit américain qui est jurisprudentiel. Le recours au droit donne donc l'avantage à une stratégie consistant à calquer son discours sur un précédent, plutôt qu'à mettre en avant le caractère innovant de sa démarche. C'est pourquoi une démarche de recours à la justice, qui subordonne l'ensemble de la stratégie à l'objectif instrumental de l'acquisition d'un droit, a toutes les chances de limiter la portée de l'objectif même qu'elle cherche à atteindre. Pour affirmatifs qu'ils puissent être, les droits ainsi obtenus ne recèlent donc pour le mouvement gai et lesbien aucune garantie de transformation de la société et de ses normes. L'exemple du droit au mariage homosexuel, qui ne contribue en rien à remettre en question les normes de contrôle de la sexualité, montre bien que le fait de recourir à la justice en vue d'obtenir des droits, même nouveaux, ne constitue pas en tant que tel une stratégie offensive,¹⁵ car ces droits sont généralement sollicités en termes d'accès à des institutions préexistantes.

Recours à la justice et stratégie offensive

Abordons la question des droits du point de vue de la transformation de la société, en considérant, dans une perspective tourainienne, qu'un mouvement social se caractérise notamment par la remise en cause de « ces modèles culturels qui commandent les pratiques sociales » par le biais de « rapports sociaux qui sont toujours des rapports de pouvoir ».¹⁶ L'apport du mouvement gai et lesbien, depuis la fin des années 1960, consiste à

¹³ N. Hunter, « Marriage, Law and Gender », 122.

¹⁴ M. Gibault, « Droit et mouvement », 50.

¹⁵ Sur la notion d'identité et de stratégie « offensives », voir : Alain Touraine, *Le Retour de l'acteur* (Paris : Fayard, 1984) 177-80.

¹⁶ A. Touraine, *Le Retour de l'acteur*, 67.

revendiquer, en matière de sexualité, des droits nouveaux formulés du point de vue de ceux, minoritaires, qui en sont dépourvus, mais porteurs d'une libération qui puisse profiter à l'ensemble de la société.¹⁷ Or, concéder des droits, fussent-ils affirmatifs, peut tendre vers la préservation de rapports sociaux fondamentalement inégalitaires plutôt que vers leur transformation en vue de les rendre plus égalitaires.¹⁸ En l'occurrence, donner aux homosexuels accès à une reconnaissance institutionnelle sans remettre en cause ses fondements symboliques peut revenir à normaliser les déviants sexuels qui peuvent l'être, sans cesser d'ostraciser les autres.¹⁹

Il apparaît donc que la distinction entre droits affirmatifs et droits négatifs ne permet pas en réalité d'évaluer la pertinence et l'efficacité de l'action collective. La dichotomie qui nous semble opératoire en la matière est plutôt celle qui distingue les droits formels (*formal rights*), qui valident simplement l'appartenance à un corps social établi, des droits réels ou effectifs (*substantive rights*), qui dotent leurs détenteurs des moyens de participer effectivement à la vie du corps social.²⁰ Seule l'acquisition de droits effectifs par les minorités sexuelles est donc de nature à accomplir une transformation sociale. Partant, la question qui se pose est de savoir si le recours à l'institution judiciaire permet ou non l'acquisition de tels droits.

Aux États-Unis, le débat juridique porte en grande partie sur la question de savoir s'il faut définir l'homosexualité comme une conduite (*conduct*) — un comportement adopté volontairement dans certaines circonstances — ou un statut (*status*), c'est-à-dire une condition permanente et involontaire. Il est tentant pour les défenseurs des droits des gais et des lesbiennes de chercher à définir l'homosexualité comme un statut, car cela peut constituer un moyen efficace d'obtenir pour les homosexuels des droits civiques au nom du principe de l'égalité application des lois (*equal protection*) garantie à tous les citoyens, quel que soit leur statut, par le Quatorzième Amendement à la Constitution. Traiter la reconnaissance des gais et des lesbiennes par le recours à la justice permettrait alors d'extraire le débat public sur l'homosexualité des considérations morales dans lesquelles les conservateurs cherchent à le maintenir en stigmatisant l'homosexualité comme un choix de vie en contradiction avec les valeurs communes de la société américaine.

Ceci explique pourquoi, aux discours homophobes qui traitent l'homosexualité comme un comportement volontaire, donc réversible et passible de jugement moral, répondent certains défenseurs des droits des gais et des lesbiennes qui ont à cœur de prouver que l'orientation sexuelle

¹⁷ Allen Young, « Out of the Closets, Into the Streets », *Out of the Closets : Voices of Gay Liberation*, dir. Karla Jay & Allen Young (Londres : *Gay Men's Press*, 1992 [1^{ère} éd. : New York : Douglas/Links, 1972]) 28-29 ; Guillaume Marche, « Le Mouvement gai et lesbien américain face au SIDA », *L'Homme et la société* 143-144 (janvier-juin 2002) : 187-91.

¹⁸ Thomas Humphrey Marshall, « Citizenship and Social Class », *Citizenship and Social Class*, dir. Tom Bottomore ([1950] Londres : Pluto Press, 1992) 18-20.

¹⁹ Paula Ettelbrick, « Since When Is Marriage a Path to Liberation? », *We Are Everywhere*, dir. M. Blasius & S. Phelan, 758 ; Richard Goldstein, « Temptations of Assimilation », *Gay Community News* 23.2-3 (automne-hiver 1997-1998) : 28-29.

²⁰ T. Bottomore, « Citizenship and Social Class, Forty Years on », *Citizenship and Social Class*, dir. T. Bottomore, 66.

est, sinon innée, du moins déterminée biologiquement.²¹ Ce discours biologique sur l'origine prétendue de l'homosexualité gagne en effet en puissance depuis le début des années 1990. Cependant, les avantages stratégiques à court terme qu'il représente ne devraient pas faire perdre de vue le profond impact symbolique de ses divers travers, dont le premier est qu'il conduit nécessairement à définir l'homosexualité comme une anomalie biologique, c'est-à-dire quelque chose que l'on peut chercher à soigner, autrement dit, une maladie.²² La reconnaissance de droits formels au titre d'une homosexualité innée pourrait alors fort bien s'accompagner de l'impossibilité d'en jouir, tant la condition d'homosexuel serait encore conçue comme pathologique.²³

En outre, revendiquer devant les tribunaux une reconnaissance de l'homosexualité comme statut tend à passer sous silence le caractère sexuel de l'homosexualité, ce qui contribue, dans le meilleur des cas, à normaliser l'homosexualité. Si l'on neutralise la question du sexe du partenaire sexuel, l'homosexualité devient, certes, l'équivalent de l'hétérosexualité, mais de l'hétérosexualité qui est d'ores et déjà considérée comme normale, c'est-à-dire une hétérosexualité synchroniquement monogame, par exemple.²⁴ Ainsi, déssexualiser l'homosexualité tend à faire disparaître la diversité de l'expérience homosexuelle et donc à appuyer la quête de droits pour les homosexuels sur une définition de l'homosexualité qui soit en déficit d'authenticité.²⁵ Une telle posture stratégique désamorce le potentiel transformateur d'une mobilisation homosexuelle qui revendique l'expérience de la différence en matière de sexualité.²⁶ De surcroît, les discours envisageant l'homosexualité comme une caractéristique involontaire et permanente présentent le travers structurel de minorer l'expérience des femmes, dont il est établi qu'elles ont plus fréquemment que les hommes un vécu sexuel marqué par une homosexualité intermittente ou choisie.²⁷ Outre qu'un tel manque d'authenticité ampute le potentiel mobilisateur de ce discours, on voit mal comment des droits obtenus en surdéterminant l'homosexualité masculine par rapport au lesbianisme pourraient répondre aux attentes de celles et ceux qui ne s'y reconnaissent pas.

Mais si définir l'homosexualité comme un statut n'est pas de nature à permettre la reconnaissance de droits effectifs, l'envisager comme une conduite y est-il plus propice ? Une telle option rend tout d'abord compte du fait que la question des droits des gais et des lesbiennes se pose le plus

²¹ Robert Alan Brookey, *Reinventing the Male Homosexual. The Rhetoric and Power of the Gay Gene* (Bloomington : Indiana University Press, 2002) chapitre 1.

²² R. A. Brookey, *Reinventing the Male Homosexual*, 120-28.

²³ Susan Johnston, « On the Fire Brigade : Why Liberalism Won't Stop the Anti-Gay Campaigning of the Right », *Critical Sociology* 20.3 (1994) : 7-10.

²⁴ Eva Pendleton, « Domesticating Partnerships », *Policing Public Sex : Queer Politics and the Future of AIDS Activism*, dir. Dangerous Bedfellows (Boston : South End Press, 1996) 383-87.

²⁵ Sur la notion d'authenticité, voir Charles Taylor, *The Malaise of Modernity* (Concord, Ont. : House of Anansi Press, 1991) 32-41.

²⁶ Guillaume Marche, « L'arc-en-ciel et le mouvement gai et lesbien : réfraction, dispersion et instrumentalisation des identités collectives », *Transatlantica* 4 (2005) : 18-22 <<http://etudes.americaines.free.fr/TRANSATLANTICA/4/marche.pdf>> [8 novembre 2005].

²⁷ Vera Whisman, *Queer by Choice : Lesbians, Gay Men and the Politics of Identity* (New York : Routledge, 1996).

souvent à partir du moment où un individu revendique son homosexualité. C'est-à-dire que le premier droit mis en cause dans le cadre de l'injustice faite aux personnes gaies et lesbiennes est souvent le droit à la liberté d'expression, garanti par le Premier Amendement à la Constitution. Tel est le cas des restrictions à l'entrée et au séjour des étrangers sur le sol américain, subies par les migrants homosexuels, et de l'interdiction plus ou moins explicite qui est souvent faite de révéler son homosexualité sur son lieu de travail.²⁸ Définir l'identité homosexuelle comme une conduite fournit donc un objectif formulé en termes de droit effectif à la liberté d'expression. De plus, écrit la juriste Nan Hunter, « [t]o be openly gay, when the closet is an option, is to function as an advocate as well as a symbol ».²⁹ Or, c'est bien l'usage de ce droit qui constitua historiquement le premier défi à l'ordre symbolique, lorsque le mouvement gai de libération de la fin des années 1960 et du début des années 1970 adopta pour mot d'ordre le fait de « sortir du placard ».³⁰ C'est donc également le moyen de revendiquer ce droit effectif par des moyens offensifs qui s'offre alors.

Définir l'homosexualité comme conduite place également les droits des personnes gaies et lesbiennes sous la protection du Quatorzième Amendement, mais dans sa clause de procédure légale régulière (*due process clause*), plutôt que dans sa clause d'égalité de protection. C'est précisément ce que fait l'arrêt *Lawrence v. Texas* rendu par la Cour suprême en juin 2003 : la loi anti-sodomie du Texas y fut jugée anticonstitutionnelle sur la base du droit à la vie privée défendu par cette clause.³¹ La Cour suprême n'accorda alors aucune reconnaissance formelle à la catégorie de population constituée par les homosexuels, ce qu'elle aurait pu faire au titre de l'égalité de protection. Elle renversa son arrêt *Bowers v. Hardwick* de 1986 et rompit ainsi avec la jurisprudence qui consistait justement à isoler les homosexuels comme une catégorie de population distincte et figée, à qui la Constitution n'avait pas vocation à accorder une protection particulière.³² Ainsi, la décision favorable de 2003 donna paradoxalement tort à une part importante de la mobilisation gaie et lesbienne, qui cherchait depuis 1986 à faire renverser *Bowers v. Hardwick* en montrant que les homosexuels constituent une classe méritant la protection des lois telle qu'elle est d'ores et déjà établie. La Cour suprême abonda justement dans le sens des discours constructivistes refusant la quasi-naturalisation qui découle d'une définition de l'homosexualité comme statut.

L'arrêt *Lawrence v. Texas* offre donc d'importantes ouvertures politiques aux discours qui définissent l'homosexualité en termes identitaires fluides et évolutifs. Or, concevoir l'homosexualité et

²⁸ N. Hunter, « Identity, Speech and Equality », *Sex Wars*, dir. L. Duggan et N. Hunter, 126-39 ; Martha Zingo, *Sex/Gender Outsiders, Hate Speech and Freedom of Expression: Can They Say That about Me?* (Westport, CT : Praeger, 1998) 39-42.

²⁹ N. Hunter, « Identity, Speech and Equality », 124.

³⁰ A. Young, « Out of the Closets » ; M. Blasius, « An Ethos of Lesbian and Gay Existence », *Political Theory* 20.4 (novembre 1992) : 656.

³¹ *Lawrence v. Texas*.

³² *Bowers v. Hardwick (85-140), Opinion of the Court*, 478 US 186 (United States Supreme Court, 1986) <http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=bowers%20v%20hardwick&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0478_0186_ZO.html> [23 septembre 2005].

l'hétérosexualité non comme deux catégories discrètes et mutuellement exclusives, mais comme deux pôles d'un continuum constitue une position identitaire qui est mieux à même qu'une définition quasi-ethnique de contester une norme sexuelle hégémonique conçue en termes d'hétérosexualité.³³ En permettant que s'appliquent au-delà de la simple communauté gaie et lesbienne les droits dont elle recherche la reconnaissance, une telle approche conteste en effet l'idée selon laquelle l'hétérosexualité serait légitimement la norme.³⁴ Ainsi la Cour suprême affirme-t-elle, dans l'arrêt *Lawrence v. Texas*, que les lois qu'elle frappe d'inconstitutionnalité « *do seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals* ». ³⁵ Il est explicitement accordé une protection très large au droit à la vie privée en matière sexuelle, ce qui constitue non seulement pour les gais et les lesbiennes un droit effectif, mais remet en cause tout contrôle par l'État du comportement sexuel (*sexual behavior*) des citoyens. Cet exemple confirme donc notre hypothèse selon laquelle la mise en œuvre d'une identité offensive est au service de la quête de droits effectifs.

Signification politique du judiciaire

L'exemple de l'arrêt *Lawrence v. Texas* semble indiquer que le recours au droit peut participer d'une dynamique de transformation sociale ; mais, si elle est assurément compatible avec une telle dynamique, la décision de la Cour suprême n'en est pas à proprement parler le moteur. Afin de comprendre le rapport entre le champ du mouvement social et le champ du recours au droit, il reste donc à clarifier la signification politique de ce que peut accomplir le droit.

Dans son analyse de la notion de reconnaissance, Emmanuel Renault propose une distinction éclairante entre deux types d'institutions. Tandis que les premières, indéterminées, correspondent aux « dispositifs de coordination de l'action » qui, au sein de la société, établissent les règles parfois implicites de l'usage, les secondes constituent des dispositifs spécifiques d'exécution qui appliquent ces règles.³⁶ L'institution judiciaire relève des deux catégories, dans la mesure où elle institutionnalise les principes normatifs qu'elle est chargée d'appliquer. C'est pourquoi elle est non seulement duelle, mais aussi évolutive, car elle est soumise aux conflits entre « des projets d'existence divergents, des modèles d'organisation de la vie sociale contradictoires », ³⁷ de sorte que ses propres usages changent à mesure qu'évoluent les principes normatifs qu'elle institutionnalise.

³³ Craig Calhoun, « Social Theory and the Politics of Identity », *Social Theory and the Politics of Identity*, dir. Craig Calhoun (Oxford, UK: Blackwell, 1994) 9-36 ; Steven Epstein, « Gay Politics, Ethnic Identity : The Limits of Social Constructionism », *Socialist Review* 17.3-4 (1987) : 9-54.

³⁴ G. Marche, « L'Arc-en-ciel et le mouvement gai et lesbien », 24-26.

³⁵ *Lawrence v. Texas*.

³⁶ Emmanuel Renault, « Reconnaissance, institution, justice », *Revue du MAUSS* 23 (2004) : 183-88.

³⁷ E. Renault, « Reconnaissance, institution, justice », 188.

Une nuance s'impose donc ici : la justice est, certes, la principale institution spécifique vers laquelle on puisse se tourner afin d'obtenir réparation d'un déni de droit, mais elle n'est pas, pour reprendre la terminologie d'Emmanuel Renault, le seul « dispositif de coordination de l'action » qui préside à l'institutionnalisation des normes. Par conséquent, elle n'a aucunement lieu d'être l'unique cible d'une action collective destinée à faire évoluer ces normes, car elles sont la plupart du temps fixées par des dispositifs plus indéterminés. Nous avons précédemment évoqué la dimension préfiguratrice des mouvements sociaux pour montrer qu'un droit obtenu par calcul instrumental en fonction d'une simple ouverture politique augurait mal de la possibilité de s'en servir à des fins de transformation. En effet, un tel droit ne contribue pas par son émergence à faire évoluer la norme même qui préside à sa reconnaissance. Tout notre propos consiste à présent à affirmer réciproquement que la mobilisation d'une identité collective offensive est porteuse d'une dimension symbolique capable d'affecter les institutions qui, pour être indéterminées, n'en sont pas moins largement responsables de la définition des normes.

Il convient donc, à la lumière de ces éléments, de réévaluer la signification politique du judiciaire. En effet, le droit reflète les changements culturels plus qu'il ne les produit, c'est-à-dire que les tribunaux ne disent le droit que dans la mesure où la société est en mesure de l'accepter, car, sinon, il devient inapplicable et donc caduc. Emmanuel Renault insiste à ce titre sur « la possibilité d'usages institutionnels dénués de sens à la lumière des normes et des règles qui leur sont associées », qui est notamment à l'origine des « différentes formes de l'expérience de l'injustice dans les institutions ». ³⁸ Ainsi, de l'aveu même des chefs de file d'organisations recourant à la justice pour défendre les droits des gais et des lesbiennes — comme *Lambda Legal Defense* — et même de certains juges, les décisions judiciaires sont profondément tributaires des significations produites par la société en dehors des tribunaux. ³⁹ C'est pourquoi la valeur transformatrice des droits — qu'un mouvement social mobilisant une identité collective offensive est de nature à promouvoir — nous semble conditionnée par sa dimension préfiguratrice.

En l'occurrence, nous avons montré que mobiliser une identité gaie et lesbienne offensive consiste à la définir comme un ensemble de conduites sans renoncer à les sexualiser. Or, le recours à la justice impose au discours militant des limites qui sont celles de l'usage institutionnel à un moment déterminé : « *the potential for change is both created and limited by legitimation* », écrit la juriste Kimberlé Williams Crenshaw. ⁴⁰ Voilà apparemment une impasse structurelle qui devrait irrémédiablement limiter le potentiel transformateur de mouvements recourant à la justice.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Michel Antoine, « Sexualité, discrimination à l'embauche et droit du licenciement aux États-Unis », *G.R.A.A.T.* 17 (juin 1997) : 132 ; Richard Hodder-Williams, « The United States Supreme Court and the Conventional Treatment of Sex and Sexuality », *G.R.A.A.T.* 17 (juin 1997) : 100.

⁴⁰ Kimberlé Williams Crenshaw, « Race, Reform, and Retrenchment : Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Review* 101 (1988) : 1368, cité dans N. Hunter, « Marriage, Law and Gender », 121.

But at least some part of a practical response to [that conundrum] may lie in seeking to more deliberately develop strategies that incorporate but do not necessarily privilege law, campaigns that seek legal reform as one ultimate goal, but which also, simultaneously and intentionally, deploy arguments not limited so severely by the bounds of “rights talk”

suggère en réponse Nan Hunter.⁴¹ En termes d’analyse des mouvements sociaux, l’issue de l’impasse réside, en somme, dans le fait de reconnaître que le recours au droit est, en toute logique, second par rapport à l’action collective visant à changer les représentations, et non le moteur de cette dernière.

C’est ce qu’illustre, par exemple, le recours au droit en vue d’obtenir le droit au mariage homosexuel. Les succès partiels que cette démarche rencontre depuis le début des années 1990 conduisirent, d’une part, à l’adoption par trente-six États de lois dites de « défense du mariage », définissant celui-ci exclusivement comme l’union d’un homme et d’une femme. La menace d’évolutions juridiques favorables au mariage homosexuel suscita, d’autre part, l’adoption d’amendements constitutionnels en ce sens dans dix-sept États, dont onze lors des seuls scrutins de novembre 2004.⁴² Outre que ces dispositions limitent la perspective de voir se généraliser la légalisation du mariage homosexuel, elles obligent les associations de défense des droits des gais et des lesbiennes à mobiliser leurs efforts pour les combattre. Or, par souci d’efficacité, celles-ci se voient contraintes de cibler leur action sur la lutte contre des textes qui non seulement s’en prennent préventivement au mariage homosexuel, droit en général non encore acquis, mais remettent aussi en cause les statuts de concubinage enregistré (*domestic partnership*) d’ores et déjà ouverts aux couples de même sexe dans de nombreuses localités.⁴³ La lutte risque alors de se réduire à des objectifs éminemment défensifs.

Cette situation conduit, de surcroît, à une division au sein du mouvement gai et lesbien, les organisations les plus modérées, telle *Human Rights Campaign* (HRC), ayant décidé de surseoir dans l’immédiat à l’objectif du droit au mariage pour se concentrer, dans une approche « gradualiste », sur des buts plus aisés à atteindre à court terme. Cette organisation estime en effet vain de chercher à obtenir de la justice des droits que la société dans son ensemble n’est pas disposée à accorder.⁴⁴ Cette logique coïncide avec l’hypothèse que nous cherchons ici à défendre, à ceci près qu’elle conduit HRC à opter pour une attitude non conflictuelle ; or, la clé de

⁴¹ N. Hunter, « Marriage, Law and Gender », 121.

⁴² NGLTF, « Anti-Gay Marriage Measures in the U.S. » (15 novembre 2005) <<http://www.thetaskforce.org/downloads/marriagemap.pdf>> [2 décembre 2005] ; certains États disposent à la fois d’une loi et d’un amendement constitutionnel.

⁴³ Adam Liptak, « Caution in Court for Gay Rights Groups », *The New York Times* (12 novembre 2004) <<http://www.nytimes.com/2004/11/12/national/12gays.html?position=&ei=5088&en=03931558f6168383&ex=1258002000&adxnln=1&partner=rssnyt&pagewanted=all&adxnlnx=1133535497-x4YoGgiV2FFDDMyHKNUX8w>> [2 décembre 2005].

⁴⁴ John Broder, « Groups Debate Slower Strategy on Gay Rights », *The New York Times* (9 décembre 2004) <<http://www.nytimes.com/2004/12/09/national/09gays.html?ei=5090&en=61d6d50d6403d0c2&ex=1260334800&partner=rssuserland&pagewanted=print&position=>>> [2 décembre 2005].

l'accomplissement de changements sociaux significatifs et durables nous semble au contraire résider dans la conflictualité. Comment, en effet, préparer le corps social à accepter de consentir aux personnes non hétérosexuelles des droits effectifs, si ce n'est en engageant un conflit sur les valeurs symboliques auxquelles il est fait recours pour s'y opposer ? C'est là un des aspects du défi symbolique dont la valeur préfiguratrice des mouvements sociaux est porteuse, comme le montre Alberto Melucci, ce que Nan Hunter formule autrement lorsqu'elle écrit : « The impact of law often lies as much in the body of discourse produced created in the process of its adoption as in the final legal rule itself ».⁴⁵

Conclusion

Au terme de cette analyse, il apparaît donc que l'obtention de droits effectifs pérennes appelle une stratégie politique conflictuelle, reposant sur la mobilisation et le déploiement d'une identité offensive, seule capable de remettre en cause les normes hégémoniques qui font concrètement obstacle à l'obtention par les gais et les lesbiennes de droits effectifs. La nature des modes d'action collective mis en œuvre par un mouvement social pèse en effet sur la définition des buts ultimes qu'il recherche, et donc sur la possibilité ou non qu'ils se traduisent par un changement social. Le recours à la justice n'est, en dernière analyse, ni intrinsèquement pourvu, ni nécessairement dénué d'un tel potentiel de transformation sociale. Mais pour qu'il en soit doté, encore faut-il que ses objectifs soient servis par un discours et des actions dont la signification politique est en accord avec une telle transformation. Évaluer la signification politique du recours qu'un mouvement social fait à la justice exige donc de tenir compte aussi bien du contexte de plus ou moins grande ouverture politique dans lequel il s'inscrit, que du degré d'authenticité des moyens mobilisés à ses fins.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. « ACLU Challenges Florida Ban On Lesbian and Gay Adoption ». (26 mai 1999)
<<http://www.aclu.org/features/f052699a.html>> [15 avril 2005].
- . « ACLU Fact Sheet : Overview of Lesbian and Gay Parenting, Adoption and Foster Care ». (6 avril 1999).
<<http://www.aclu.org/issues/gay/parent.html>> [15 avril 2005].
- ANTOINE, Michel. « Sexualité, discrimination à l'embauche et droit du licenciement aux États-Unis ». *G.R.A.A.T.* 17 (juin 1997) : 117-33.
- BLASIUS, Mark. « An Ethos of Lesbian and Gay Existence ». *Political Theory* 20.4 (novembre 1992) : 642-71.
- BOTTOMORE, Tom. « Citizenship and Social Class, Forty Years on ». *Citizenship and Social Class*. Dir. Tom Bottomore. Londres : Pluto Press, 1992. 53-93.

⁴⁵ N. Hunter, « Marriage, Law and Gender », 121.

- Bowers v. Hardwick* (85-140), *Opinion of the Court*. 478 US 186. United States Supreme Court. 1986.
 <http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=bowers%20v%20hardwick&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0478_0186_ZO.html> [23 septembre 2005].
- BRODER, John. « Groups Debate Slower Strategy on Gay Rights ». *The New York Times* (9 décembre 2004).
 <<http://www.nytimes.com/2004/12/09/national/09gays.html?ei=5090&en=61d6d50d6403d0c2&ex=1260334800&partner=rssuserland&pagewanted=print&position=>>> [2 décembre 2005].
- BROOKEY, Robert Alan. *Reinventing the Male Homosexual. The Rhetoric and Power of the Gay Gene*. Bloomington : Indiana University Press, 2002.
- CALHOUN, Craig. « Social Theory and the Politics of Identity ». *Social Theory and the Politics of Identity*. Dir. Craig Calhoun. Oxford, UK : Blackwell, 1994. 9-36.
- EPSTEIN, Steven. « Gay Politics, Ethnic Identity : The Limits of Social Constructionism ». *Socialist Review* 17.3-4 (1987) : 9-54.
- DEBOUZY, Marianne. « Droits et mouvements sociaux aux États-Unis ». *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 3-18.
- ETTELBRICK, Paula. « Since When Is Marriage a Path to Liberation ? ». *We Are Everywhere : A Historical Sourcebook of Gay and Lesbian Politics*. Dir. Mark Blasius & Shane Phelan. New York : Routledge, 1997. 757-61.
- FASSIN, Eric. « Homosexualité et mariage aux États-Unis : Histoire d'une polémique ». *Actes de La Recherche en sciences sociales* 125 (décembre 1998) : 63-73.
- GIBALT, Michèle. « Droit et mouvement : Quelques réflexions sur l'usage du droit par le mouvement des soldats américains pendant la Guerre du Viêt-Nam ». *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 33-53.
- GOLDSTEIN, Richard. « Temptations of Assimilation ». *Gay Community News* 23.2-3 (Automne-Hiver 1997-1998) : 28-29.
- Goodridge v. Department of Public Health*. [FN2] SJC-08860. Supreme Judicial Court of Massachusetts. 2003.
 <<http://www.mass.gov/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html>> [4 novembre 2005].
- HODDER-WILLIAMS, Richard. « The United States Supreme Court and the Conventional Treatment of Sex and Sexuality ». *G.R.A.A.T.* 17 (juin 1997) : 81-101.
- HUNTER, Nan. « Marriage, Law and Gender : A Feminist Inquiry ». *Sex Wars : Sexual Dissent and Political Culture*. Dir. N. Hunter & L. Duggan. New York : Routledge, 1995. 107-22.
- . « Identity, Speech and Equality ». *Sex Wars*. Dir. N. Hunter & L. Duggan. 123-41.
- JOHNSTON, Susan. « On the Fire Brigade : Why Liberalism Won't Stop the Anti-Gay Campaigning of the Right ». *Critical Sociology* 20.3 (1994) : 3-19.
- Lawrence v. Texas* (02-102), *Opinion of the Court*. 539 US 558. United States Supreme Court. 2003.
 <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZO.html>> [23 septembre 2005].
- LIPTAK, Adam. « Caution in Court for Gay Rights Groups ». *The New York Times* (12 novembre 2004).

- <<http://www.nytimes.com/2004/11/12/national/12gays.html?position=&ei=5088&en=03931558f6168383&ex=1258002000&adxnnl=1&partner=rssnyt&pagewanted=all&adxnnlx=1133535497-x4YoGgiV2FFDDMyHKNUX8w>> [2 décembre 2005].
- MARCHE, Guillaume. « Le Mouvement gai et lesbien américain face au SIDA ». *L'Homme et la société* 143-144 (janvier-juin 2002) : 185-201.
- . « L'Arc-en-ciel et le mouvement gai et lesbien : Réfraction, dispersion et instrumentalisation des identités collectives ». *Transatlantica* 4 (2005).
<<http://etudes.americaines.free.fr/TRANSATLANTICA/4/marche.pdf>> [8 novembre 2005]
- MARSHALL, Thomas Humphrey. « Citizenship and Social Class ». *Citizenship and Social Class*. Dir. T. Bottomore. [1950] Londres : Pluto Press, 1992. 1-50.
- MELUCCI, Alberto. « The Symbolic Challenge of Contemporary Movements ». *Social Research* 52.4 (Hiver 1985) : 789-817.
- MERCHANT, Jennifer. « Féminismes américains et *Reproductive Rights* / Droits à la procréation ». *Le Mouvement social* 203 (avril-juin 2003) : 55-87.
- NATIONAL GAY AND LESBIAN TASKFORCE. « Anti-Gay Marriage Measures in the U.S. ». (15 novembre 2005)
<<http://www.thetaskforce.org/downloads/marriagemap.pdf>> [2 déc. 2005].
- . « Marriage and Partnership Recognition ». <<http://www.thetaskforce.org/theissues/issue.cfm?issueID=14>> [4 nov. 2005].
- . « Nondiscrimination ». <<http://www.thetaskforce.org/theissues/issue.cfm?issueID=18>> [4 nov. 2005].
- PENDLETON, Eva. « Domesticating Partnerships ». *Policing Public Sex : Queer Politics and the Future of AIDS Activism*. Dir. Dangerous Bedfellows. Boston : South End Press, 1996. 373-93.
- POLIKOFF, Nancy. « We Will Get What We Ask for : Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will not 'Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage' ». *Virginia Law Review* 79.7 (octobre 1993) : 1535-50.
- RENAULT, Emmanuel. « Reconnaissance, institution, justice ». *Revue du MAUSS* 23 (1^{er} semestre 2004) : 180-95.
- STODDARD, Thomas. « Why Gay People Should Seek the Right to Marry ». *We Are Everywhere*. Dir. M. Blasius & S. Phelan. 753-57.
- TAYLOR, Charles. *The Malaise of Modernity*. Concord, Ont. : House of Anansi Press, 1991. [Édition américaine : *The Ethics of Authenticity*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1991].
- TOURAINÉ, Alain. *Le Retour de l'acteur*. Paris : Fayard, 1984.
- WHISMAN, Vera. *Queer by Choice : Lesbians, Gay Men and the Politics of Identity*. New York : Routledge, 1996.
- YOUNG, Allen. « Out of the Closets, Into the Streets ». *Out of the Closets : Voices of Gay Liberation*. Dir. Karla Jay & Allen Young. [New York : Douglas/Links, 1972]. Londres : *Gay Men's Press*, 1992. 6-31.
- ZINGO, Martha. *Sex/Gender Outsiders, Hate Speech and Freedom of Expression : Can They Say That about Me?* Westport, CT : Praeger, 1998.