
Oser dire l'homosexualité en droit ... et la rendre intelligible

Rémi Samson*

Les controverses entourant les discours sur l'homosexualité se fondent souvent sur deux façons fort différentes de comprendre le phénomène : l'essentialisme, qui insiste sur le caractère inné de l'homosexualité, et le constructivisme, qui l'envisage comme identité construite. Dans son article, l'auteur se propose d'esquisser les manifestations de cette double façon de parler de l'homosexualité, plus particulièrement dans le contexte des débats juridiques entourant la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles, et d'en tirer certaines conséquences.

Si l'auteur constate que des arguments de nature essentialiste ont bien servi la cause des militants des droits des homosexuel(le)s au Canada, il souligne toutefois que cette approche tend à négliger les conséquences de l'identification d'une personne comme homosexuelle. Cette dimension constructiviste est pourtant d'une grande importance, puisque le droit est créateur d'identités, de normes et de pouvoirs.

Selon l'auteur, cette approche dichotomique des discours sur l'homosexualité se fait au détriment de l'identité sexuelle elle-même. Elle fait du droit et des catégories «hétérosexuel» et «homosexuel» des mécanismes de contrôle social plutôt que des guides pour comprendre la réalité. L'auteur suggère qu'une approche différente du droit et de ses rôles permettra de choisir entre les perspectives sans que ce choix n'implique un rejet de l'autre perspective.

The controversy surrounding the meaning of homosexuality is often based on two very different ways of understanding the phenomenon: essentialism, which insists on the innate nature of homosexuality, and constructivism, which maintains that homosexuality is a constructed identity. In this article, the author outlines the features of this double discourse on homosexuality, specifically in the context of the legal debates over the recognition of the rights of homosexuals, before drawing his own conclusions.

Although the author acknowledges that essentialist arguments have served the cause of homosexual rights activists in Canada, he emphasizes that essentialism neglects the consequences of being labelled homosexual. The constructivist view is of great significance because law creates identities, norms, and power.

According to the author, the double approach to the notion of homosexuality is contrary to the interests of homosexual identity itself. It converts law, as well as heterosexual and homosexual categories, into mechanisms of social control rather than guidelines for understanding reality. The author suggests that an alternative approach to law and its roles will allow for a choice between the two perspectives, without the choice of one necessarily eliminating the other.

* LL.B., LL.M., Membre du Barreau du Québec. L'auteur tient à remercier particulièrement Iwan Chan, Alain Papaux, Marie-Claire Belleau et Timothy R. Wilson pour leur appui et leur inspiration.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 2004

Mode de référence : (2004) 49 R.D. McGill 815

To be cited as: (2004) 49 McGill L.J. 815

Introduction	817
I. Une mise en contexte graduelle	820
A. <i>Quelques considérations historico-politiques</i>	820
B. <i>L'essentialisme</i>	823
1. Une pluralité d'essentialismes	823
2. L'aspect commun aux essentialismes	825
C. <i>Un plaidoyer en faveur de la contextualisation : les constructivistes</i>	827
II. La récupération de la théorie par le droit	830
A. <i>La pratique de l'essentialisme statique en droit</i>	830
B. <i>Les dangers de l'essentialisme statique en droit</i>	832
1. Love the sinner, hate the sin	833
2. Qu'est-ce qu'un acte homosexuel ?	838
3. L'essentialisme comme ultima ratio en matière de mariage	839
Conclusion et ouverture	841

«L'Etre se prend en plusieurs acceptions, mais c'est toujours relativement à un terme unique [...], à une même nature¹.»

Introduction

Le débat politique houleux situé à l'intersection de l'homosexualité et du droit, qui domine depuis un certain temps l'actualité canadienne, a fait revivre la vieille question de la «nature» — innée ou acquise — de l'homosexualité. Cette question reçoit autant de réponses variées que le nombre de fois où elle se trouve posée. La lecture de tout texte portant sur l'homosexualité démontrera généralement combien la confusion qui règne autour de la notion d'homosexuel est grande.

Le débat essentialiste/constructiviste, qui a longtemps intéressé les spécialistes de la «*queer theory*»², fournit un excellent cadre à l'exploration de questions dont l'intérêt transcende les arènes, fussent-elles politique, juridique ou autre : Qu'est-ce que l'homosexualité ? Est-elle innée ou acquise ? Dans quelle mesure constitue-t-elle un choix ? A-t-elle toujours existé ? Comment les Grecs pouvaient-ils vraiment être homosexuels si le terme «homosexualité» n'existait même pas à l'époque ? Pourquoi conférer des droits aux homosexuels³ ?

La communauté académique contemporaine semble reconnaître que le débat est de relative inutilité aujourd'hui en raison du trop grand nombre de questions qu'il laisse dans l'ombre⁴. Pourtant, les deux positions qui le caractérisent permettent l'exploration d'aspects différents du phénomène de l'homosexualité. Privilégier l'un des pôles au détriment de l'autre, toutefois, appauvrira inévitablement la réalité et la complexité de l'homosexualité.

Prenant appui sur la sagesse aristotélicienne, qui dira l'être multiples, le présent essai entend esquisser les manifestations de cette double façon de parler de l'homosexualité en sciences humaines, en en soulignant à la fois les contradictions et

¹ Aristote, *Métaphysique*, t. 1, trad. par J. Tricot, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1991, livre Γ, c. 2 à la p. 110.

² Les thèses essentialistes et constructivistes ne s'expriment pas uniquement dans le contexte de l'homosexualité. Voir par exemple dans le contexte des rapports femmes-hommes Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit : sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, c. 6 aux pp. 111 et s.

³ En souhaitant partir du connu pour naviguer vers le moins connu, le présent texte ne pourra traiter que de l'homosexualité masculine, à moins d'indications contraires, explicites ou contextuelles. L'emploi du terme «homosexuel», longtemps considéré péjoratif, sera privilégié au long du texte en raison de sa généralité et de sa neutralité relative. Qu'un tel terme puisse aujourd'hui servir les fins d'un texte manifestement en faveur de l'homosexualité est signe possible du lien très fort qu'entretient tout concept avec le contexte dans lequel il reçoit son expression et, de là, sa signification.

⁴ Voir Bruce MacDougall, *Queer Judgments : Homosexuality, Expression and the Courts in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 à la p. 31.

les points communs. Leur expression sera fonction de la vision particulière de la réalité — ou métaphysique — qui anime l'observateur. Le contexte du juridique est particulièrement intéressant pour explorer ces questions dans la mesure où, par le truchement de sa méthodologie caractérisée par l'impératif de la qualification des faits⁵, il se prononce véritablement sur l'existence juridique des homosexuels. Sa vocation normative n'est par ailleurs pas sans entraîner des conséquences réelles, politiques et sociales, sur ses sujets. C'est donc à l'aide d'exemples jurisprudentiels récents que certaines ramifications pratiques des deux positions théoriques, dégagées en première partie, seront illustrées.

Le premier discours abordé concernera la «nature» de l'homosexualité. La branche essentialiste du débat mentionné plus haut en est un reflet. La recherche des «causes» de l'homosexualité peut paraître intéressante en tant que telle, mais c'est surtout l'usage qui en est fait qui est révélateur. En effet, quelles que soient les causes de l'homosexualité, les personnes homosexuelles de nos sociétés sont vraisemblablement là pour y rester. De plus, c'est par l'entremise de l'essence que bien des avancées dans le domaine de la reconnaissance de droits aux homosexuels ont été rendues possibles. Après tout, c'est bien en «essentialisant» l'homosexualité que la Cour suprême du Canada a jugé⁶ nécessaire d'inclure le critère de l'orientation sexuelle comme motif analogue de discrimination interdite par l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷. L'examen de décisions récentes de tribunaux canadiens contrastera cette pratique judiciaire de l'essentialisme avec les dangers inhérents à une telle approche.

Beaucoup estiment que la question ne devrait pas se poser en ces termes, mais qu'on devrait plutôt s'attarder sur les conséquences de l'identification de personnes comme homosexuels⁸, de même que sur la signification rattachée par une culture donnée au comportement homosexuel⁹. Qu'une personne naisse homosexuelle ou «choisisse» son orientation sexuelle a, selon ces auteurs, peu d'importance. Le seul

⁵ Voir Patrick Nerhot, «The Law and Its Reality» dans Patrick Nerhot, dir., *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1990 aux pp. 50-69.

⁶ Le passage suivant de l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 124 D.L.R. (4^e) 609 [*Egan*], souvent cité, est particulièrement révélateur : «qu'elle repose ou non sur des facteurs biologiques ou physiologiques, ce qui peut donner matière à controverse, l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable» (*ibid.* à la p. 528).

⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte*]. L'art. 15(1) se lit comme suit : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques».

⁸ Voir MacDougall, *supra* note 4 à la p. 31.

⁹ Voir Jeffrey Weeks, *Invented Moralities: Sexual Values in an Age of Uncertainty*, Cambridge, Polity Press, 1995 à la p. 7.

fait d'être identifié comme homosexuel peut, par contre, entraîner des conséquences réelles qu'il est utile de mettre à jour. Les tenants de cette position qui consiste à mettre l'accent sur le volet signification de la question homosexuelle craignent même l'exploration des «causes véritables» de l'homosexualité, car poser la question étiologique, c'est insinuer la possibilité d'une bonne et d'une mauvaise réponse¹⁰. Ainsi, la découverte d'un *gay gene*¹¹ pourrait avoir comme conséquence de rendre l'homosexualité plus excusable, alors que l'inverse justifierait l'opprobre sociétal.

Ce second champ d'investigation exige nécessairement une approche contextuelle qui permettra de situer le concept «homosexuel» dans le temps et de mettre en évidence certaines des sources de la signification négative qui s'y rattache. Le rôle joué par le droit dans ce contexte est vital. C'est largement par l'entremise des pouvoirs normatif et performatif¹² du droit qu'est créée la réalité des homosexuels. Par son institutionnalisation de l'hétérosexualité, en effet, le droit produit un double effet sur ses sujets : la norme (hétérosexuelle) relègue l'homosexualité au rang de l'anormalité et la maintient à ce niveau¹³. Dans ce contexte juridique, donc, l'étiologie de l'homosexualité peut paraître moins importante, dans la mesure où c'est l'apposition de l'étiquette «homosexuel», une opération de qualification de faits jugés significatifs par la culture juridique donnée, qui entraîne véritablement des conséquences.

La mise en parallèle de ces deux discours et leur illustration subséquente permettront de voir, en conclusion, qu'ils ne sont pas aisément séparables l'un de l'autre, et qu'ils conservent tous deux leur pertinence dans l'acte de connaissance (et de reconnaissance). Le dilemme posé par la méthodologie contemporaine du droit réside dans le choix de perspective qu'il impose et dans l'appauvrissement corrélatif de l'expérience de l'homosexualité. Ce choix imposé fait du droit et des catégories «hétérosexuel» et «homosexuel» des mécanismes de contrôle social alors qu'ils devraient plutôt servir de guides dans notre compréhension de la réalité. C'est en définitive par le truchement d'une «nouvelle» conception du droit et de ses rôles qu'il deviendra possible de garder à l'esprit que le choix d'une perspective d'intelligibilité n'entraîne pas nécessairement le rejet de l'autre, puisqu'il s'agit bel et bien de «perspectives».

¹⁰ Voir MacDougall, *supra* note 4 à la p. 31.

¹¹ Voir par ex. Dean Hamer *et al.*, «A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation» *Science* 261 : 5119 (16 juillet 1993) 321 ; Simon LeVay, «A Difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men» *Science* 253 : 5023 (30 août 1991) 1034.

¹² Au sens utilisé par John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.

¹³ Voir Adrienne Rich, «Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence» (1980) 5 *Signs* 631, tel que cité dans Ann Snitow *et al.*, dir., *Powers of Desire : The Politics of Sexuality*, New York, Monthly Review Press, 1983 aux pp. 177-205.

I. Une mise en contextes graduelle

A. Quelques considérations historico-politiques

L'apparition du terme «homosexuel» est le sujet d'une certaine controverse. Michel Foucault, dans sa célèbre *Histoire de la sexualité*, soutenait que l'introduction de la psychanalyse ainsi que la genèse de l'indexation médicale ont conduit à l'invention de la catégorie «homosexuel», perçue comme plus objective et mieux appropriée pour décrire la réalité des comportements sexuels que la dichotomie «actes normaux/actes anormaux»¹⁴. Il en retraçait la naissance à sa caractérisation par Karl Friedrich Otto Westphal en 1870 dans un article sur les «sensations sexuelles contraires»¹⁵. Le *Oxford English Dictionary* en impute plutôt l'origine à Charles G. Chaddock, dans sa traduction de l'ouvrage de Richard von Krafft-Ebing, *Psychopathia sexualis* (1886), qui aurait inventé le terme «homo-sexuality» pour remplacer la catégorie «sexual inversion», d'une amplitude jugée trop large¹⁶. L'invention des mots «Homosexuell» et «Homosexualität» en 1869 est attribuée à l'écrivain hongrois Karl Maria Kertbeny¹⁷.

L'identité homosexuelle, par contre, est un concept d'origine relativement récente qui découle en partie de la «découverte» de l'homosexuel par les professions médicales et psychiatriques, mais surtout de changements sociaux et économiques qui ont marqué la société américaine à la fin du 19^e siècle. La montée du capitalisme industriel et la migration corrélative d'individus vers les villes à cette époque ont fait décroître l'importance de la cellule familiale dans la détermination de la moralité et du droit. De plus, certaines barrières à l'indépendance économique des femmes furent réduites, permettant à celles-ci de vivre séparées des hommes et de développer des relations avec des femmes seulement. Ces changements ont permis aux individus de choisir d'avoir des relations avec des personnes du même sexe plutôt que de se marier¹⁸.

¹⁴ Michel Foucault, *Histoire de la Sexualité*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1976, c. 2 aux pp. 50-67.

¹⁵ C. Westphal, «Die conträre Sexualempfindung. Symptom eines neuropathischen (psychopathischen) Zustandes» (1869) 2 *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten* 73.

¹⁶ Voir David M. Halperin, «Sex Before Sexuality : Pederasty, Politics, and Power in Classical Athens» dans John Corvino, dir., *Same Sex : Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, Lanham (Md.), Rowman & Littlefield, 1997 aux pp. 203-204.

¹⁷ Voir Manfred Herzer, «Kertbeny and the Nameless Love» (1985) 12 *Journal of Homosexuality* 1 ; François Rigaux, «Les discriminations de race, de sexe et d'orientation sexuelle en quête d'alibis scientifiques» (2000) 60:2 *Ann. dr. Louvain* 173 à la p. 185.

¹⁸ Voir The Editors of the Harvard Law Review, *Sexual Orientation and the Law*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1990 à la p. 5.

John Marshall retrace l'émergence de l'identité gaie aux années 1950-1960, en raison d'un climat politique relativement plus «homophile»¹⁹, manifesté notamment par des mouvements comme la *Mattachine Society*, qui tenait des réunions secrètes dans les plus importants centres urbains et publiait des bulletins d'information à l'intention des gais et lesbiennes, et comme les *Daughters of Bilitis*, une association destinée à promouvoir les intérêts des lesbiennes plus spécifiquement²⁰. En raison de l'augmentation de sentiments anti-homosexuels et du harcèlement cautionné par les autorités (les lois, bien souvent, criminalisaient l'homosexualité), les revendicateurs de droits devaient d'abord agir pour mettre à l'abri des intrusions étatiques leurs espaces privés et leurs institutions culturelles (bars, clubs, journaux)²¹.

La fin des années soixante a vu naître le mouvement contemporain du *gay and lesbian liberation*, dont on fixe généralement le point de départ au mois de juin 1969, lors d'émeutes autour du Stonewall, un bar gai de New York. Le mouvement post-Stonewall a exigé l'abolition des lois contre la sodomie et l'édiction de lois contre la discrimination²². Cette nouvelle approche a été qualifiée de politique de la reconnaissance (*politics of recognition*)²³. Les attaques des mouvements féministes sur les rôles traditionnels homme-femme (*gender roles*) ont permis l'ouverture et ont eu pour effet de diminuer les tabous entourant la sexualité, ce qui a aussi contribué à favoriser la cause des homosexuels²⁴. Les professionnels de la santé mentale ont cessé de qualifier l'homosexualité de maladie au début des années soixante-dix²⁵. C'est en outre cette approche qui a mené à la reconnaissance juridique des homosexuels au Canada, d'abord par la décriminalisation de la sodomie et ensuite, par l'acceptation judiciaire de l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination.

¹⁹ Voir Mary McIntosh, «Queer Theory and the War of the Sexes» dans Joseph Bristow et Angelia R. Wilson, dir., *Activating Theory : Lesbian, Gay, Bisexual Politics*, Londres, Lawrence & Wishart, 1993, 30 aux pp. 43-44.

²⁰ Voir The Editors of the Harvard Law Review, *supra* note 18 aux pp. 5-6. On pourrait ajouter à cette liste le Groupe Arcadie, en France, ou encore le Homosexual Law Reform Society et le collectif Kenric, en Angleterre : voir Lise Noël, *L'intolérance : Une problématique générale*, Montréal, Boréal, 1989 à la p. 222.

²¹ Voir William N. Eskridge, *Equality Practice : Civil Unions and the Future of Gay Rights*, New York, Routledge, 2002 à la p. 1.

²² Voir *ibid.* à la p. 2.

²³ Le terme vient de Nancy Fraser, *Justice Interruptus : Critical Reflections on the «Postsocialist» Condition*, New York, Routledge, 1997 et est repris par Eskridge, *supra* note 21 à la p. 2.

²⁴ Voir John D'Emilio et Estelle B. Freedman, *Intimate Matters : A History of Sexuality in America*, New York, Harper & Row, 1988 à la p. 321 ; The Editors of the Harvard Law Review, *supra* note 18 à la p. 6.

²⁵ En 1973, l'American Psychiatric Association retirait l'homosexualité de sa liste de troubles psychiatriques (voir Ronald Bayer, *Homosexuality and American Psychiatry : The Politics of Diagnosis*, New York, Basic Books, 1981 à la p. 137). L'American Public Health Association et l'American Psychological Association faisaient de même en 1975 (voir Sylvia A. Law, «Homosexuality and the Social Meaning of Gender» [1988] *Wis. L. Rev.* 187 à la p. 214, n. 131).

Malgré toutes les percées faites par les mouvements de défense des droits des homosexuels, il n'en reste pas moins qu'une signification éminemment négative se rattache encore à l'homosexualité. Tout au long du 20^e siècle, les États-nations ont utilisé l'identité homosexuelle en temps de crise pour attaquer le communisme, le fascisme, le capitalisme bourgeois, le colonialisme, l'Occident et le Nord, l'Est et le Sud, l'environnementalisme, l'Europe et l'Amérique du Nord²⁶. L'homosexualité est devenue un symbole de modernité qui s'oppose au mode de vie «traditionnel» fondé sur un mariage hétérosexuel et des rôles homme-femme stricts qui existent prétendument de tout temps. L'homosexualité, en Occident, menace les valeurs traditionnelles et est associée au monde urbain, lui-même en déclin ou en ruine. La nostalgie d'un passé mythique d'avant la naissance de l'identité homosexuelle est bien souvent invoquée par ses détracteurs²⁷.

Les mouvements pro-homosexuels ont donc causé, par un effet de ressac, l'émergence de mouvements traditionnels qui considèrent que leur vision du monde est menacée par la reconnaissance de droits aux homosexuels, et qui estiment que leurs valeurs familiales et leurs droits de ne pas se mêler aux homosexuels sont enfreints. Ces réactions constituent ce que William N. Eskridge nomme justement une politique de sauvegarde (*politics of preservation*)²⁸. Le débat qui fait aujourd'hui rage en matière de reconnaissance du droit au mariage pour les homosexuels constitue le terrain idéal d'expression des tenants de cette vision conservatrice de la société, qui trouve des résonances du côté de la droite politique. Au Canada, celle-ci se sert maintenant de l'identité homosexuelle et de la «menace» qu'elle représente pour la cellule familiale traditionnelle, pierre d'assise de la société, pour décrier l'«activisme judiciaire» et attaquer la légitimité des interventions des tribunaux dans le domaine des droits fondamentaux de la personne.

C'est sur cette trame de fond que se dessine la grande controverse qui a longtemps divisé (et qui divise toujours) les théoriciens qui s'intéressent à l'homosexualité dans leurs champs respectifs d'études.

Les termes du débat essentialiste/constructiviste sont loin d'être clairs et ne se circonscrivent pas aisément. Leur compréhension est facilitée par une mise en opposition presque caricaturale. Le débat peut être vu comme une compétition entre deux définitions de l'homosexualité²⁹. L'essentialisme consisterait à réduire cette orientation sexuelle à «quelques traits conçus comme nécessaires, inévitables,

²⁶ Voir Carl Franklin Stychin, *A Nation by Rights : National Cultures, Sexual Identity Politics, and the Discourse of Rights*, Philadelphia, Temple University Press, 1998 à la p. 194.

²⁷ Voir Laurie Rose Kepros, «Queer Theory : Weed or Seed in the Garden of Legal Theory ?» (2000) 9 *Law & Sexuality* 279 à la p. 285, n. 32, faisant référence à Stychin, *ibid.* à la p. 194.

²⁸ Eskridge, *supra* note 21 à la p. 2.

²⁹ Voir David R. Ortiz, «Creating Controversy : Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity» (1993) 79 *Va. L. Rev.* 1833 aux pp. 1845-47.

généraux et généralisés»³⁰. L'essentialisme postulera généralement un contenu à la notion d'homosexuel — le fait d'avoir des désirs et/ou des relations sexuelles avec une personne de son propre sexe, par exemple — et soutiendra que les homosexuels ainsi définis ont existé en tous lieux et en tous temps. Les constructivistes prétendront au contraire qu'«être homosexuel» n'a de sens qu'au sein d'un contexte historico-culturel et que la catégorie identitaire «homosexuel» ou «gay» est un produit d'attitudes américaines et européennes à l'égard de la famille, du sexe, de la sexualité, de l'organisation économique et de la médecine³¹, des attitudes qui, comme on l'a vu, datent de la fin du 19^e siècle.

Le débat n'a de sens que dans la mesure où il s'articule autour de la quête d'une «vraie» définition de l'homosexualité³². Vues dans cette perspective, les différences d'opinions exprimées par les auteurs et les activistes concernent surtout la meilleure façon de *parler* de l'identité homosexuelle pour les fins du politique et du juridique. Chacune de ces deux positions peut être nuancée à divers degrés. Les sections suivantes mettront en lumière ces deux modes d'expression de l'homosexualité, de même que leur pertinence en droit.

B. L'essentialisme

1. Une pluralité d'essentialismes

L'essentialisme peut s'exprimer sur plusieurs registres qui se recourent. Un point permet cependant de les regrouper. Les tenants de l'essentialisme, bien qu'ils ne s'identifient jamais comme tels³³, définissent généralement les homosexuels comme des personnes qui ressentent une attirance sexuelle pour les personnes de leur propre sexe et/ou qui ont des relations sexuelles avec ces personnes.

Une version de l'essentialisme veut que le fait d'être homosexuel soit une propriété intrinsèque, qui ne varie ni historiquement ni culturellement. L'homosexualité posséderait une certaine stabilité, indépendante du contexte social³⁴. Selon cette vision, les homosexuels ont toujours existé, partout au monde, et pour en

³⁰ Marie-Claire Belleau, «Les théories féministes : droit et différence sexuelle» (2001) R.T.D. civ. 1 à la p. 11.

³¹ Voir John D'Emilio, «Capitalism and Gay Identity», *Making Trouble : Essays on Gay History, Politics, and the University*, New York, Routledge, 1992 à la p. 3 ; David M. Halperin, «One Hundred Years of Homosexuality», *One Hundred Years of Homosexuality: and Other Essays on Greek Love*, New York, Routledge, 1990 à la p. 15.

³² Voir Ortiz, *supra* note 29 à la p. 1849.

³³ Voir MacDougall, *supra* note 4 à la p. 42 ; voir aussi John Boswell, «Categories, Experience and Sexuality» dans Edward Stein, dir., *Forms of Desire : Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*, New York, Garland, 1990, c. 7 aux pp. 134-35.

³⁴ Voir Ortiz, *supra* note 29 à la p. 1836 ; Edward Stein, «Conclusion : The Essentials of Constructionism and the Construction of Essentialism» dans Stein, *supra* note 33, c. 12 aux pp. 325-26.

parler, il est logique de les rassembler en un seul groupe, indépendamment de leur situation tant géographique qu'historique³⁵. Ainsi définie, l'homosexualité participe de l'essence de la personne et ne peut donc être facilement changée — du moins dans les cas où l'on envisage même la potentialité de changement. Tel que l'explique Bruce MacDougall, un tenant de l'essentialisme soutiendrait que l'homosexualité n'est pas quelque chose d'insignifiant qui pourrait disparaître aisément ou qui pourrait être profondément modifié en plaçant l'homosexuel dans un environnement différent. L'homosexualité n'est la «faute» de personne³⁶.

Un aspect de l'essentialisme concerne ce qu'il est convenu d'appeler, en anglais, le débat «*nature/nurture*» : naît-on homosexuel ou le devient-on graduellement ? La première branche de cette position est souvent représentée par les sciences de la sexualité qui proposent des théories reliant l'homosexualité à l'ADN³⁷ ou à l'exposition du fœtus à des niveaux hormonaux particuliers³⁸. La seconde branche est celle de la psychanalyse, qui propose des explications de l'orientation sexuelle fondées sur la dynamique psychologique familiale³⁹.

L'essentialisme se manifeste aussi dans la recherche d'une causalité déterministe ou volontariste de l'homosexualité. Selon la vision déterministe, la personne n'a aucune décision à prendre face à son homosexualité, que celle-ci soit innée ou acquise, et ne peut la changer, si ce n'est au prix d'efforts inacceptables. Le débat *nature/nurture* s'inscrit dans cette perspective déterministe. La position inverse veut que la personne soit en mesure de choisir initialement son orientation sexuelle ou encore, de la changer en cours de route⁴⁰.

Cheshire Calhoun propose une distinction binaire utile quant aux essentialismes. L'un mettrait l'emphase sur des «faits naturels» fondant l'identité sexuelle — ce qu'elle appelle l'essentialisme naturalisant — l'autre, universalisant, prendrait acte de l'apparente stabilité historique et culturelle de la catégorie identitaire, sans toutefois postuler la source de cette stabilité⁴¹.

L'essentialisme naturalisant implique donc que l'homosexualité, définie comme le désir sexuel à l'égard d'une personne de son propre sexe, de même que l'expression de ce désir, n'est pas, à la base, un «fait social», mais plutôt un «fait naturel» tel que celui d'avoir cinq doigts ou d'avoir la rougeole. Par conséquent, la concrétisation de

³⁵ Voir la définition dans Boswell, *supra* note 33 à la p. 137, n. 8.

³⁶ Voir MacDougall, *supra* note 4 à la p. 42.

³⁷ Voir par ex. Hamer *et al.*, *supra* note 11.

³⁸ Voir par ex. Richard C. Friedman, *Male Homosexuality : A Contemporary Psychoanalytic Perspective*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1988.

³⁹ Voir par ex. Sigmund Freud, *Three Contributions to the Theory of Sex*, trad. par A.A. Brill, New York, E.P. Dutton & Co., 1962 aux pp. 1-13 ; Charles W. Socarides, «A Provisional Theory of Aetiology in Male Homosexuality : A Case of Preoedipal Origin» (1968) 49 *Int'l J. Psychiatry* 27.

⁴⁰ Voir Ortiz, *supra* note 29 à la p. 1837.

⁴¹ Cheshire Calhoun, «Denaturalizing and Desexualizing Lesbian and Gay Identity» (1993) 79 *Va. L. Rev.* 1859 aux pp. 1861-63.

l'homosexualité ne dépend pas de son opportunité culturelle. Ce mode d'essentialisme présuppose que certaines identités sont invariables parce que fondées sur des faits personnels pré-sociaux, naturels et culturellement transportables. L'homosexualité serait en quelque sorte fonction de critères biologiques.

L'essentialisme universalisant, en revanche, admet que la stabilité et la constance qui semblent caractériser l'homosexualité en tant que comportement sexuel puissent être le fruit d'occasions culturelles qui, elles-mêmes, sont invariablement disponibles dans l'ensemble des cultures et à travers l'histoire⁴². Bien qu'une catégorie identitaire soit présente par-delà les cultures, il n'en découle pas nécessairement que des personnes tombant sous le coup de la catégorie dans une culture donnée occuperaient nécessairement la même place dans une autre. L'exemple typique, selon Calhoun, est celui du criminel dans un État qui n'est pas considéré comme tel dans un autre en raison des conditions différentes qui constituent alors la catégorie «criminel». Ce qui compte, c'est que la personne ait *l'occasion* de devenir un criminel dans toutes les cultures⁴³.

2. L'aspect commun aux essentialismes

Tous les modes de l'essentialisme qui sont décrits plus haut et qui caractérisent l'épistémologie de l'homosexualité ont en commun leur rattachement au paradigme⁴⁴ de la modernité, animé par ce que certains nomment une «métaphysique de l'univocité». Alain Papaux écrit :

La métaphysique de l'univocité affirme que la compréhension et l'expression des réalités s'opère par des concepts univoques, discontinus, lesquels disent uniment, identiquement tout ce dont ils sont affirmés : communauté de nom et identité de notions. Le concept univoque peut donc s'abstraire totalement des réalités dont il est dit ; il ne comprend que ce qu'il signifie absolument et ne

⁴² Voir *ibid.* à la p. 1864.

⁴³ L'exemple est emprunté à Ortiz, *supra* note 29 aux pp. 1841-42, et repris par Calhoun, *supra* note 41 à la p. 1863. Toutefois, il prête le flanc à la critique. En effet, pour qu'une culture donnée ait une conception de ce qui constitue un «criminel» (au sens d'Ortiz, c'est-à-dire une personne qui contrevient à la loi), encore faut-il qu'il y ait des cas qui viennent donner un sens à la catégorie «criminel» dans cette même culture. Dans cette optique, il ne saurait y avoir de caractère essentiel rattaché à la catégorie «criminel», si celle-ci doit être conçue sans prendre en compte les cas qui la conditionnent. L'exemple d'un fraudeur fiscal met bien en lumière le fait qu'un principe ne peut être séparé de ses applications. En effet, il est impossible pour certaines cultures de reconnaître l'existence de fraudeurs fiscaux puisque les conditions pour une telle qualification (l'existence de lois fiscales) ne se retrouvent pas chez elles. Une personne n'a donc pas l'occasion de devenir fraudeur fiscal dans ces cultures.

⁴⁴ Dans le contexte des sciences pures — par opposition aux sciences humaines — Thomas Kuhn donne le nom de «paradigme» à ces ensembles de convictions, d'«exemples reconnus de travail scientifique réel — exemples qui englobent des lois, des théories, des applications et des dispositifs expérimentaux — [qui] fournissent des modèles qui donnent naissance à des traditions particulières et cohérentes de recherche scientifique». Voir Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. par Laure Meyer, Paris, Flammarion, 1983 à la p. 30.

recèle aucun ordre, de l'antérieur et du postérieur (du «plus ou moins»), puisqu'il se dit identiquement de tout ce qu'il comprend. Ni multiplicité contenue, ni unité relative, le concept univoque procède d'une logique discrète, binaire, d'une logique du tout ou rien, rassurante certes mais réductrice⁴⁵.

La sexualité humaine n'aurait donc pas échappé à cette tendance moderne à la compartimentalisation rigide du savoir. Comme l'écrit Robert Padgug :

the most commonly held twentieth-century assumptions about sexuality imply that it is a separate category of existence (like «the economy,» or «the state,» or other supposedly independent spheres of reality), almost identical with the sphere of private life. Such a view necessitates the location of sexuality within the individual as a fixed essence, leading to a classic division of individual and society and to a variety of psychological determinisms, and, often enough, to a full-blown biological determinism as well. These in turn involve the enshrinement of contemporary sexual categories as universal, static, and permanent, suitable for the analysis of all human beings and all societies⁴⁶.

En philosophie, deux acceptions de l'essence paraissent assez pertinentes pour le présent propos. L'essence s'entend d'abord, au sens métaphysique, de «ce qui est considéré comme formant le fond de l'être, par opposition aux modifications qui ne l'atteignent que superficiellement ou temporairement»⁴⁷, ces dernières étant dites «accidents» de l'essence. L'essence peut encore se dire de «ce qui constitue la nature d'un être, par opposition au fait d'être»⁴⁸, et donc, par opposition à l'existence. Une conception statique de l'essence comme celle privilégiée par une métaphysique de l'univocité comporte des risques certains. L'essentialisme statique focalise la pensée sur le *seul* point de vue de l'essence, qui devient seule perspective d'intelligibilité légitime. L'existence, à laquelle on ne reconnaît aucune autonomie en tant que perspective d'intelligibilité propre, s'en trouve alors déconsidérée. Les existants, au lieu de conditionner les essences, en deviennent le produit⁴⁹. «L'essentialisme nous condamne à une vision toute statique du monde. La connaissance humaine s'en trouve profondément simplifiée qui se conjugue sous une seule perspective d'intelligibilité⁵⁰».

⁴⁵ Alain Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction ; l'exemple du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 47-48. Pour une démonstration du lien entre l'épistémologie de la science moderne (dont le parangon est sans conteste René Descartes) et la métaphysique de l'univocité, voir *ibid.* aux pp. 47 et s.

⁴⁶ Robert Padgug, «Sexual Matters : On Conceptualizing Sexuality in History» (1979) 20 *Radical History Review* 3 dans Stein, *supra* note 33 à la p. 50.

⁴⁷ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 16^e édition, vol. 1, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige, 1988 à la p. 301.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ En ce sens, lire Nerhot, *supra* note 5 à la p. 56.

⁵⁰ Papaux, *supra* note 45 à la p. 69.

C. Un plaidoyer en faveur de la contextualisation : les constructivistes

Conscientes de l'aporie à laquelle mène la voie de l'essentialisme, les écoles constructivistes sont entrées en scène dans l'espoir de proposer de nouveaux concepts à vocation heuristique. Il y a bien sûr peut-être autant de constructivismes que de constructivistes, mais en général, ceux-ci prétendent qu'«être homosexuel» n'acquiert son sens qu'au sein d'un contexte historico-culturel⁵¹. Ce sera donc principalement l'élément contextuel qui retiendra l'attention des nombreux tenants du constructivisme en matière d'homosexualité.

Selon Daniel Ortiz, les constructivistes croient que les catégories identitaires sont des créations sociales, qui résultent de croyances et de comportements sociaux, et sont elles-mêmes des pratiques sociales complexes qui peuvent s'évaluer en fonction des intérêts de ceux qu'elles servent. Dans cette perspective, l'identité sert de moyen tant d'affirmation que de contrôle social. Pour les constructivistes, la catégorie identitaire «gay» ne réflète pas seulement les attitudes américaines de la fin du 19^e siècle à l'égard de la famille, du sexe et de la sexualité, mais aussi des attitudes à l'égard de l'organisation économique et des sciences de la santé⁵².

En somme, les constructivistes s'attardent sur la *signification* de l'homosexualité, de même qu'aux procédés qui permettent de donner du sens à cette catégorie. Alors que l'essentialisme, comme nous l'avons vu, avait tendance à universaliser la notion d'homosexuel en la réduisant à sa plus simple expression (le comportement sexuel), les constructivistes densifieront, en la rendant plus complexe, leur description des homosexuels en connaissant et en reconnaissant ceux-ci au sein de rôles sociaux et dans leurs relations avec d'autres pôles de la vie sociale, tels la famille, les sexes, la sexualité⁵³.

La sociologue britannique Mary McIntosh fut une pionnière dans l'exposition d'un point de vue constructiviste en matière d'orientation sexuelle. Son texte *The Homosexual Role*, publié en 1968⁵⁴, parangon du mouvement constructiviste, est souvent cité. Elle proposait de concevoir l'homosexuel comme jouant un rôle social plutôt que comme une personne souffrant d'une condition, parce qu'un «rôle» se prête plus facilement à une conception dichotomique (rôle homosexuel/rôle

⁵¹ Boswell, *supra* note 33 à la p. 135 : «Very broadly speaking, they have in common the view that “sexuality” is an artifact or “construct” of human society and therefore specific to any given social situation».

⁵² Ortiz, *supra* note 29 aux pp. 1836-37.

⁵³ *Ibid.* à la p. 1845.

⁵⁴ Mary McIntosh, «The Homosexual Role» (1968) 16 *Social Problems* 182 dans Stein, *supra* note 33 à la p. 25.

hétérosexuel) que les habitudes de comportement sexuel⁵⁵, qui elles, sont beaucoup plus variées⁵⁶.

Elle concevait le rôle en termes d'«attentes» (*expectations*) pouvant être comblées ou non. Elle expliquait que dans les sociétés modernes qui reconnaissent un rôle homosexuel, l'attente principale, tant de ceux qui jouent le rôle que des autres, est qu'un homosexuel sera exclusivement ou très majoritairement homosexuel dans ses sentiments et comportements. Les personnes non homosexuelles manifestent fréquemment d'autres attentes qui affectent la conception de soi de tout homme qui s'estime homosexuel. Par exemple, on s'attend à ce que l'homosexuel soit efféminé, tant dans ses manières que dans sa personnalité et dans ses activités sexuelles préférées, que la sexualité jouera un quelconque rôle dans toutes ses relations avec les autres hommes, et qu'il sera attiré vers des garçons et des jeunes hommes qu'il voudra probablement séduire. L'existence même d'une attente sociale participe bien sûr de son accomplissement, dont l'étendue doit être vérifiée empiriquement⁵⁷.

La conception proposée par McIntosh de l'homosexuel comme jouant un rôle social a pour avantage de densifier le type «homosexuel» et de l'enrichir en y incluant plus que le simple comportement sexuel et aussi, de rendre les comparaisons entre cultures plus éclairantes⁵⁸.

Dans un texte publié en 1979, Robert Padgug semble faire écho à McIntosh lorsqu'il distingue le comportement homosexuel de la conscience et des identités homosexuelles, le premier étant potentiellement universel, les secondes d'origine plutôt moderne. Il plaide lui aussi pour une densification du type «homosexuel», puisque les identités ne sont pas inhérentes à l'individu. «Commettre» un acte homosexuel est une chose bien différente du fait d'«être» un homosexuel⁵⁹.

Selon lui, la réalité sexuelle est variable à plusieurs niveaux. Elle change selon les individus, selon le sexe et à l'intérieur des sociétés, tout comme elle diffère d'un genre à l'autre, d'une classe à l'autre et d'une société à l'autre. Même le sens et le contenu du désir sexuel varient en fonction de ces catégories. Il y a, avant tout, de continuels

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 29.

⁵⁶ Son texte est paru vingt ans après le célèbre rapport de Alfred C. Kinsey qui a révolutionné l'approche nord-américaine à l'égard de la sexualité à la suite de ses conclusions déstabilisantes indiquant que seule 50% de la population mâle adulte et de peau blanche adoptait un comportement exclusivement hétérosexuel durant tout son âge adulte. Voir Alfred C. Kinsey, Wardell B. Pomeroy et Clyde E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, Philadelphie, W.B. Saunders Company, 1948.

⁵⁷ Mary McIntosh, *supra* note 54 à la p. 29.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 36 :

[t]he term role [...] refers not only to a cultural conception or set of ideas but also to a complex of institutional arrangements which depend upon and reinforce these ideas. These arrangements include all the forms of heterosexual activity, courtship and marriage as well as the labeling processes — gossip, ridicule, psychiatric diagnosis, criminal conviction — and the groups and networks of the homosexual subculture.

⁵⁹ Padgug, *supra* note 46 aux pp. 58-59.

développements et transformations de ses réalités⁶⁰. Peut-être l'une des plus vibrantes condamnations de l'essentialisme en faveur de la contextualisation se trouve-t-elle chez Padgug en ces termes :

The forms, content, and context of sexuality always differ. There is no abstract and universal category of «the erotic» or «the sexual» applicable without change to all societies. Any view which suggests otherwise is hopelessly mired in one or another form of biologism, and biologism is easily put forth as the basis of normative attitudes toward sexuality, which, if deviated from, may be seen as rendering the deviant behavior «unhealthy» and «abnormal.» Such views are as unenlightening when dealing with Christian celibacy as when discussing Greek homosexual behavior⁶¹.

On conviendra peut-être, à l'instar d'Alfred C. Kinsey⁶², que l'accent peut certes être mis sur le comportement sexuel, puisque cette caractéristique est évidemment un élément important qui donne sa substance au type ou à l'essence de l'«homosexuel». Mais il s'agit là d'un élément parmi d'autres. Ceci devient apparent pour toute tentative (vouée à l'échec) de définir le «comportement homosexuel». À cet égard, une conception de l'homosexuel comme acteur dans un rôle social, calquée sur la proposition de Mary McIntosh⁶³, peut permettre de combler certaines lacunes causées par la réification du seul statut d'homosexuel.

De manière générale, les deux positions théoriques caricaturalement mises en exergue précédemment illustrent autant de façons de parler de l'homosexualité. Retrouver les traces de celles-ci en droit au moyen d'exemples jurisprudentiels paraît indispensable pour bien saisir les ramifications des choix entre ces deux points de vue

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 53.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 54 :

Les formes, contenu et contexte de la sexualité diffèrent toujours. Il n'y a pas de catégorie abstraite et universelle de l'«érotique» ou du «sexuel» qui soit applicable à toutes les sociétés. Tout autre point de vue est inévitablement embourbé dans une forme ou l'autre du biologisme, et le biologisme est aisément mis de l'avant comme fondement des attitudes normatives à l'égard de la sexualité qui, lorsqu'on s'en écarte, peuvent être vues comme rendant le comportement déviant «malsain» ou «anormal». De telles conceptions sont peu éclairantes tant en matière de célibat chrétien que pour une discussion sur le comportement homosexuel des Grecs [notre traduction].

⁶² Kinsey, *supra* note 56 aux pp. 612 et 617 :

For nearly a century the term homosexual in connection with human behavior has been applied to sexual relationships, either overt or psychic, between individuals of the same sex. [...] It would encourage clearer thinking on these matters if persons were not characterized as heterosexual or homosexual, but as individuals who have had certain amounts of heterosexual experience and certain amounts of homosexual experience. Instead of using these terms as substantives which stand for persons, or even as adjectives to describe persons, they may better be used to describe the nature of the overt sexual relations, or of the stimuli to which an individual erotically responds.

⁶³ McIntosh, *supra* note 54 à la p. 29.

épistémologiques, car selon que l'on adopte une approche contextuelle ou essentialiste, les conséquences en droit ne sont pas nécessairement les mêmes.

II. La récupération de la théorie par le droit

A. La pratique de l'essentialisme statique en droit

La vision essentialiste statique de l'homosexualité sature la pratique juridique contemporaine. Peut-être pour des raisons liées au contexte particulier des cultures juridiques nord-américaines, les actions politiques des revendicateurs de droits se manifestent principalement dans le cercle judiciaire plutôt que dans l'arène politique proprement dite. Au Canada, par exemple, les réformes législatives en matière de droits des homosexuels ont été, la plupart du temps, conditionnées par les interventions de la Cour suprême du Canada⁶⁴.

Dans ce contexte judiciaire, l'essentialisme a été — et est encore — stratégiquement très utile, sinon indispensable, aux défenseurs des droits des homosexuels forcés de recourir aux tribunaux pour obtenir des garanties d'égalité. En effet, «[l]a demande de reconnaissance et d'égalité des droits [...] s'inscrit dans un contexte politique largement dominé par la représentation naturaliste que les artisans de ce combat se font du mode d'appartenance à la minorité sexuelle. [...] L'hostilité à l'égard d'un homosexuel est structurée comme un racisme»⁶⁵. La raison en est qu'une apparente immutabilité de caractéristiques identifiables constitue une étiquette utile pour construire des analogies entre catégories et faire des distinctions qui donnent

⁶⁴ Voir pour une illustration typique l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, [1999] A.C.S. no 23, à la suite duquel le gouvernement ontarien fut contraint de modifier ses lois en matière de pensions alimentaires.

⁶⁵ Y. Roussel, «Les récits d'une minorité», dans Daniel Borillo, dir., *Homosexualités et droit*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1998, à la p. 14. L'auteur accepte la définition de racisme proposée par Pierre-André Taguieff, dans «Persistance et métamorphoses du nationalisme», *Le Banquet*, No. 10, 1^{er} semestre, 1997, à la p. 42 : «La pensée raciste repose sur le postulat "essentialiste" de la fixité de l'"essence" ou de la "nature" particulière que tout individu humain possède en raison de sa "naissance", ou d'une appartenance d'origine posée comme première et déterminante.» Malgré cette similarité structurale, l'expérience de la «race» est indéniablement différente de celle de l'«orientation sexuelle». Traçant le parallèle entre ces deux concepts, Lise Noël écrit :

Il n'est donc aucun répit possible pour qui porte la marque de sa différence sur le corps. Le choix de s'assimiler au groupe dominant, auquel pourra parfois se résoudre le minoritaire moins visible, lui restera, à lui, toujours fermé. [...] À l'encontre des autres opprimés, il est en effet possible à presque tous les homophiles de passer pour des membres de la majorité : leur apparence physique (sinon leur comportement) ne les trahit pas automatiquement, et leur identité ne ressortit guère non plus de leur appartenance à un groupe.

Voir Noël, *supra* note 20 aux pp. 127-28.

l'apparence d'une «neutralité» du judiciaire⁶⁶. Dans la mesure où l'on réussirait à prouver le caractère «naturel» et déterminé de l'homosexualité, les homosexuels ne devraient pas être marginalisés et punis pour une caractéristique qui échappe à leur contrôle et à laquelle on ne peut renoncer, ce qui justifie une protection contre la discrimination, au même titre que la race, l'origine ethnique ou le sexe⁶⁷. De même, quelque effort sociétal visant à dissuader l'homosexualité s'avérerait-il injustifié, puisqu'il serait insensé d'empêcher une propriété innée⁶⁸.

L'histoire américaine récente révèle que les homosexuels ont déployé quantité d'efforts au niveau politique afin de se conceptualiser comme un groupe minoritaire distinct et légitime, de statut «quasi-«ethnique»»⁶⁹ et digne d'une protection analogue à celle accordée à d'autres groupes. Cette prise de conscience a donné naissance au mouvement préconisant une «politique de l'identité» (*identity politics*) ou encore, une «politique de la reconnaissance» (*politics of recognition*)⁷⁰. Ces approches se sont cristallisées autour d'une notion de l'homosexualité en tant que différence réelle et non arbitraire. Ainsi, alors que les tenants du constructivisme prêchent le caractère socialement fictif de la dichotomie hétéro/homosexuel, les gais et lesbiennes, quotidiennement et dans les arènes judiciaire et politique, s'affairent à renforcer les catégories⁷¹.

Le passage suivant de l'affaire *Egan* montre bien que la Cour suprême du Canada a épousé une vision essentialiste de l'orientation sexuelle pour les fins de l'extension de la protection constitutionnelle contre la discrimination. Celle-ci écrit : «qu'elle repose ou non sur des facteurs biologiques ou physiologiques, ce qui peut donner matière à controverse, l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable»⁷². En faisant de l'homosexualité une «caractéristique profondément personnelle» dans le contexte de la protection contre la discrimination, la Cour assimile l'homosexualité à l'essence de la personne⁷³. La Cour se place ainsi à mi-chemin entre les alternatives que porte le débat *nature/nurture*, en adoptant le point commun qui unit les deux positions, c'est-à-dire le fait que dans l'un ou l'autre cas, l'homosexualité se rattache à la personne par déterminisme.

⁶⁶ Carl F. Stychin, «Essential Rights and Contested Identities : Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada» (1995) 8:1 Can. J. L. & Jur. 49 à la p. 59.

⁶⁷ Notamment dans le contexte des revendications d'asile politique. Voir par ex. Suzanne B. Goldberg, «Give Me Liberty or Give Me Death: Political Asylum and the Global Persecution of Lesbians and Gay Men» (1993) 26:3 Cornell Int'l L.J. 605 à la p. 614.

⁶⁸ «The Constitutional Status of Sexual Orientation : Homosexuality as a Suspect Classification» (1985) 98 Harv. L. Rev. 1285 aux pp. 1302-03.

⁶⁹ Expression empruntée à Steven Epstein, «Gay Politics, Ethnic Identity» dans Stein, *supra* note 32 à la p. 243.

⁷⁰ Voir Eskridge, *supra* note 21 à la p. 2.

⁷¹ Voir Steven Epstein, *supra* note 69 à la p. 243.

⁷² *Supra* note 6.

⁷³ En ce sens, voir Bruce MacDougall, *supra* note 4 à la p. 43.

Cette décision est la conséquence prévisible d'une prise de position antérieure quant à ce caractère «essentiel» qui permet l'analogie entre tous les motifs de discrimination énumérés à l'article 15 de la *Charte*. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁷⁴, a jugé que les motifs analogues de discrimination, également couverts par l'article 15, devaient comporter les mêmes caractéristiques générales que les motifs énumérés⁷⁵.

B. Les dangers de l'essentialisme statique en droit

Une lecture essentialiste de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada comporte certains dangers réels. Premièrement, accorder la protection légale aux homosexuels du fait que ce qui leur en donne l'accès est une caractéristique personnelle immuable «qui ne peut être modifiée qu'à un prix inacceptable» a aussi pour effet pernicieux de dissimuler les vraies causes de la discrimination⁷⁶. En insistant sur le motif «essentiel» de discrimination, on finit par oublier que le mal que constitue la discrimination prend sa source dans des attitudes et des pratiques sociales, dans le vécu et l'expérience des membres de la communauté⁷⁷. Il vaut mieux faire varier la force de la protection contre la discrimination en fonction de la position sociale ou politique inférieure imposée à l'identité sociale commune des groupes discriminés⁷⁸. Ainsi, la protection serait ajustée non pas en raison d'une donnée essentiellement statique, mais bien en raison d'une réalité relationnelle.

Deuxièmement, l'approche essentialiste n'empêche pas de distinguer le statut d'homosexuel des comportements homosexuels et de les traiter comme deux notions

⁷⁴ [1989] 1 R.C.S. 143, (1989) 56 D.L.R. (4^e) 1 [*Andrews* avec renvois au R.C.S.].

⁷⁵ *Ibid.* à la p. 195.

⁷⁶ Nicole LaViolette, «The Immutable Refugees: Sexual Orientation in *Canada (A.G.) v. Ward*» (1997) 55 U.T. Fac. L. Rev. 1.

⁷⁷ Diana Majury opine d'ailleurs en ce sens lorsqu'elle entérine la position des académiciens qui critiquent l'approche fondée sur l'identification d'un motif énuméré ou analogue de discrimination. Selon cette critique, les catégories identitaires sont des compartiments artificiels qui simplifient la réalité à outrance et, en définitive, donnent naissance à des stéréotypes qui ne reflètent pas adéquatement la complexité, la richesse et la diversité des expériences vécues par les membres du groupe. Voir Diana Majury, «The Charter, Equality Rights, and Women: Equivocation and Celebration» (2002) 40:384 Osgoode Hall L.J. 297 aux pp. 301 et 306. Voir aussi Denise G. Réaume, «Of Pigeonholes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law» (2002) 40:1 Osgoode Hall L.J. 113 à la p. 128 et s.; ainsi que Nitya Iyer, «Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity» 19:1 Queen's L.J. 179; Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1990.

⁷⁸ Il ne s'agit pas là d'un retour à l'objet étroit de l'art. 15(1) de la *Charte*, tel que décrit dans *Andrews*, *supra* note 74, soit la protection des seules «minorités discrètes et isolées» (la juge Wilson, au para. 6). En fait, il faut plutôt considérer les motifs énumérés comme des signes ou indices de discrimination probable. La lecture essentialiste de l'art. 15(1) paraît donc résulter directement du refus d'interpréter la disposition comme une «garantie générale d'égalité» (*Andrews*, *ibid.*, J. McIntyre au para. 25); Daniel Proulx, «Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits» (1988) 48 R. du B. 633.

distinctes et indépendantes. Ainsi, bien qu'il soit clair que la protection couvre bel et bien le statut ou la qualité d'homosexuel, il n'est pas donné qu'elle s'étende nécessairement au comportement⁷⁹. On jugerait alors acceptable une condamnation explicite du comportement homosexuel accompagnée d'un discours prêchant l'acceptation des personnes qui ont (malheureusement) des désirs homosexuels⁸⁰. Or, la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit, à coup sûr, porter tant sur les désirs homosexuels que sur les actes eux-mêmes puisque ces derniers sont, en grande partie, constitutifs de l'identité homosexuelle. N'est-ce pas la possibilité de faire l'expérience de la richesse et de la complexité de l'homosexualité qui seule est garante de la dignité humaine des homosexuels⁸¹ ?

Les prochaines sections font état d'exemples jurisprudentiels récents, impliquant le conflit inévitable entre la liberté religieuse et le droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui illustrent bien ces craintes de se voir dessiner une distinction artificielle entre «être homosexuel» et «adopter un comportement homosexuel», entre «essence» et «existence».

1. Love the sinner, hate the sin

Dans l'affaire *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*⁸², la Cour suprême du Canada devait décider si le College of Teachers avait

⁷⁹ En ce sens, voir MacDougall, *supra* note 4 à la p. 45.

⁸⁰ L'intitulé suivant montrera que c'est exactement ce que la Cour suprême du Canada a cautionné dans une affaire récente opposant la liberté de religion au droit à la non-discrimination basée sur l'orientation sexuelle.

⁸¹ L'importance du respect de la dignité humaine a été reconnue par la Cour suprême du Canada au para. 53 de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, (1999) 170 D.L.R. (4^e) 1, en ces termes :

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi ?

Pour une critique récente de la notion de dignité humaine, voir D. Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance !» (2002) 62 R. du B. 319.

⁸² *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, (2001) 199 D.L.R. (4^e) 1 [*Trinity Western* avec renvois aux R.C.S.].

refusé à juste titre d'autoriser l'Université Trinity Western, un établissement privé dispensant une partie d'un programme de formation des enseignants, à assumer l'enseignement de l'ensemble du programme de formation. Le refus avait été justifié par la crainte de voir les normes communautaires de l'Université, codifiés et applicables à tous les étudiants, aux membres du corps professoral et au personnel, créer une discrimination à l'égard des homosexuels, une crainte émanant plus précisément de la liste des «Pratiques que la Bible condamne» qui comprenait notamment «les péchés sexuels, y compris [...] le comportement homosexuel» et qui interdisait aux signataires de se livrer à de telles activités.

Les juges majoritaires ont conclu que la question au cœur du pourvoi était de savoir comment concilier les libertés religieuses d'individus qui souhaitent fréquenter l'Université avec les préoccupations d'égalité des élèves du système scolaire public de la Colombie-Britannique. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente en l'instance, estimait pour sa part que la question primordiale relevait plutôt de la détermination du meilleur milieu d'enseignement possible pour les élèves des écoles publiques de la Colombie-Britannique et qu'à ce titre, le College of Teachers, possédant une plus grande expertise que les tribunaux ordinaires, jouissait d'une plus large marge d'appréciation pour déterminer si des pratiques ouvertement discriminatoires à l'égard des homosexuels à l'Université risquaient d'avoir des répercussions dans le milieu scolaire. En raison de la délimitation très différente de la nature (ou de l'essence) du pourvoi par les juges, le résultat quant à la norme de contrôle appropriée pour les fins du contrôle judiciaire s'est trouvé diamétralement opposé : la majorité optant pour celle de la décision correcte, la juge dissidente favorisant une très grande retenue en adoptant la norme de la décision manifestement déraisonnable⁸³.

Les tenants de la position majoritaire ont convenu qu'il fallait, dans un cas comme celui-ci, tracer une ligne entre la croyance religieuse (qui peut être discriminatoire) et le comportement motivé par cette croyance (qui, lui, ne saurait l'être que sous certaines conditions). Les juges Bastarache et Iacobucci, auteurs de la décision majoritaire, affirment que «[l]a liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance»⁸⁴. Selon eux, pour que le rejet de la demande d'agrément de l'Université ait été légitime, il eut fallu que les craintes du College of Teachers reposent sur une preuve particulière de comportement discriminatoire basé sur une croyance discriminatoire⁸⁵. En l'absence de cette preuve concrète de discrimination, les juges estiment qu'«[i]l est indéniable que la décision du [College of Teachers] impose un fardeau aux membres d'un groupe religieux particulier et les empêche, en fait, d'exprimer librement leurs croyances religieuses et de s'associer *pour les mettre en pratique*» [nos italiques]⁸⁶. Doit-on comprendre de cette conclusion que la majorité de la Cour accepte que croyance et comportement discriminatoires se

⁸³ *Ibid.* au para. 60.

⁸⁴ *Ibid.* au para. 36.

⁸⁵ *Ibid.* aux para. 35-38.

⁸⁶ *Ibid.* au para. 32.

confondent et se manifestent à l'intérieur du groupe universitaire, mais qu'une fois sortis du campus, les nouveaux professeurs devront impérativement s'abstenir de mettre en pratique leur croyance discriminatoire, sous peine de sanctions ? C'est bien ce que laisse supposer le passage suivant de leurs motifs :

Bien que les normes communautaires soient énoncées sous la forme d'un code de conduite plutôt que sous celle d'un article de foi, nous concluons qu'un étudiant homosexuel ne serait pas tenté de présenter une demande d'admission et qu'il ne pourrait signer le prétendu contrat d'étudiant qu'à un prix très élevé sur le plan personnel. [L'Université] ne s'adresse pas à tout le monde; elle est destinée à combler les besoins des gens qui ont en commun un certain nombre de convictions religieuses. Cela dit, la politique d'admission de [l'Université] n'est pas suffisante en soi pour établir l'existence de discrimination au sens de notre jurisprudence relative à l'art. 15⁸⁷.

En adoptant cette position, la majorité ne semble pas prendre en compte la position d'un étudiant homosexuel partageant substantiellement les mêmes convictions religieuses que celles proposées par l'Université et qui voudrait recevoir un enseignement à l'intérieur de sa confession ni même celle d'un étudiant qui découvre peu à peu ses sentiments homosexuels au cours de ses années universitaires. La juge L'Heureux-Dubé, dans sa dissidence, observe que les membres homosexuels ou bisexuels du personnel et du corps professoral sont dans une situation analogue puisqu'ils seront, *de facto*, exclus du campus⁸⁸. En définitive, la position de la majorité sur ce point laisse voir qu'ils ont postulé l'hétérosexualité des étudiants de l'Université, ce qui explique leur incapacité à rendre compte de ces cas d'intersectionnalité⁸⁹.

La position de la juge L'Heureux-Dubé paraît radicalement opposée à celle de ses collègues. Elle estime que les croyances des étudiants de l'Université ne sont pas en cause dans cette affaire⁹⁰. Elle écrit :

⁸⁷ *Ibid.* au para. 25.

⁸⁸ *Ibid.* au para. 73.

⁸⁹ Le concept d'intersectionnalité tire son origine du mouvement identitaire américain *Critical Race Theory*. Tel que le note Marie-Claire Belleau, le concept d'intersectionnalité «offre un éclairage général utile aux perspectives identitaires et à la construction de l'identité sexuelle en particulier. [...] [Il] complexifie la construction de l'identité sexuelle en introduisant d'autres dimensions identitaires déterminantes, telle la race, à la réalité des vécus [homosexuels dans le contexte présent]»: voir Belleau, *supra* note 30 aux pp. 23 et 24. Sur le problème de l'intersectionnalité en droit, voir, par exemple, Kimberlé Crenshaw, «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color» dans Dan Danielsen et Karen Engle, dirs., *After Identity: A Reader in Law and Culture*, London, Routledge, 1995 à la p. 332. Au moyen du concept d'intersectionnalité, Kimberlé Crenshaw réussit à dénoncer l'exclusion perverse, par chacune des catégories identitaires «femmes» et «race noire», des personnes qui appartiennent simultanément aux deux groupes. Voir aussi Majury, *supra* note 76 à la p. 311.

⁹⁰ *Trinity Western*, *supra* note 82 au para. 63 : «[...] Rien dans la décision contestée n'indique que la foi religieuse des intimées a influé sur le résultat. [...] Le [College of Teachers] s'intéressait à l'incidence d'une pratique discriminatoire sur les salles de classe des écoles publiques; il était sans

En fait, il est impossible de savoir quelles sont les croyances de chaque étudiant car, comme on le reconnaît dans le Code, les croyances relèvent, en définitive, d'un choix personnel. Par contre, la signature du contrat des normes communautaires par l'étudiant ou l'employé le rend complice d'un acte de discrimination manifeste, mais non illégal, contre les homosexuels et les bisexuels. En toute déférence, je m'explique mal pourquoi mes collègues considèrent que cette signature s'inscrit dans le cadre de la liberté de croyance plutôt que dans celui de la liberté plus restreinte d'agir sur la foi d'une croyance [...] ⁹¹.

Cette fausse dichotomie entre la croyance et la manifestation de la croyance est à mon avis l'une des sources de la problématique visant la réconciliation de la liberté de religion et du droit à la non-discrimination. Elle est analogue à celle opérée entre «être homosexuel» et «adopter un comportement homosexuel» et peut paraître, dans ce dernier cas, encore moins acceptable. Alors que la manifestation de croyances peut comporter des limites intrinsèques en raison, par exemple, des dangers qu'elle peut représenter pour des tiers ⁹², on peut difficilement reprocher aux homosexuels d'abuser de l'égalité. Le caractère néfaste de la distinction a d'ailleurs été perçu par la juge L'Heureux-Dubé en ces termes bien pesés :

Je constate avec regret qu'à diverses reprises, dans le cours de cette affaire, on a avancé l'argument qu'il est possible de séparer la condamnation du «péché sexuel» que représente le «comportement homosexuel» et l'intolérance à l'égard des gens qui ont une orientation homosexuelle ou bisexuelle. Selon ce point de vue, on peut aimer le pécheur tout en condamnant le péché. Cependant, pour reprendre les propos de l'intervenante EGALÉ, [TRADUCTION] «[f]orcer quelqu'un à déroger à son identité est néfaste et cruel. Cela a un effet destructeur sur le plan psychologique. Les pressions exercées pour que des jeunes qui tentaient d'accepter leur orientation sexuelle modifient leur comportement et nient leur identité sexuelle se sont révélées extrêmement dommageables dans leur cas» (mémoire, par. 34). La distinction statut/conduite ou identité/pratique établie pour les homosexuels et les bisexuels devrait être complètement rejetée, comme l'affirme madame le juge Rowles : [TRADUCTION] «La législation en matière de droits de la personne prévoit que certaines pratiques sont inséparables de l'identité, de sorte que condamner la pratique revient à condamner la personne» (par. 228). Elle ajoute que «le genre de tolérance requis [par l'égalité] n'est pas étiolé au point de comprendre l'acceptation générale de toutes les personnes, mais la condamnation des caractéristiques de certaines personnes» (par. 230). Cela revient non pas à laisser entendre que la personne qui adopte un comportement homosexuel est automatiquement une personne homosexuelle ou bisexuelle,

importance pour sa décision que cette pratique soit fondée ou non sur la religion. Le [College of Teachers] doit nécessairement procéder à un tel examen de toute pratique discriminatoire dans le cadre de son mandat de tenir compte de l'intérêt public en délivrant des brevets d'enseignement» [nos italiques]. Voir aussi le para. 71 du jugement.

⁹¹ *Ibid.* au para. 72.

⁹² *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, [1994] A.C.S. no 24 (refus de transfusion sanguine); *P. (D.) c. S. (C.) Droit de la famille — 1150 (SOQUIJ)*, [1993] 4 R.C.S. 141, [1993] A.C.S. no 111 (endoctrinement religieux).

mais à contester l'idée qu'il est possible de condamner une pratique si essentielle à l'identité d'une minorité vulnérable et protégée sans pour autant faire preuve de discrimination à l'égard de ses membres ni porter atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité⁹³.

De manière analogue, la juge dissidente a reconnu que «[...] l'interdiction des fréquentations et des mariages interracialisés, est difficile à distinguer, sur le plan des principes, de l'interdiction du comportement homosexuel ici en question»⁹⁴.

Dans ces circonstances, il est étonnant que la juge L'Heureux-Dubé n'ait pas été disposée à reconnaître cette relation intrinsèque, voire consubstantielle, entre «statut» et «conduite» en matière de croyance religieuse car le même argument pourrait facilement être avancé par les tenants de la liberté de croyance. N'y a-t-il pas une analogie à tracer entre les pôles «statut homosexuel/conduite homosexuelle», «croyance/manifestation» et la dichotomie essence/existence ? Dans l'affirmative, l'on se doit alors de considérer qu'en règle générale, l'existence, loin d'être simplement un «accident» de l'essence, se révèle comme son accomplissement, son achèvement, sa perfection. Elle conserve alors toute sa pertinence comme perspective originale du réel⁹⁵.

Tel que le laissent voir les extraits de l'arrêt *Trinity Western* cités précédemment, la distinction entre désirs et actes homosexuels tire, du moins en partie, son origine de certaines religions qui attachent au fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne du même sexe une signification plus grave que pour celui d'en avoir le désir, le premier étant considéré comme un péché, le second, comme étant digne de pitié. La position de John Finnis, un apologiste de la position orthodoxe assumée par l'Église catholique romaine conservatrice d'aujourd'hui, s'inscrit d'ailleurs dans cette ligne de pensée⁹⁶.

⁹³ *Trinity Western*, *supra* note 82 au para. 69.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 70. Il est permis de se demander si les juges majoritaires auraient maintenu leur conclusion s'ils avaient accepté de faire une telle analogie entre la discrimination sur la base de la race et la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle. Voir, en ce sens, B. MacDougall, «A Respectful Distance: Appellate Courts Consider Religious Motivation of Public Figures in Homosexual Equality Discourse — the Cases of *Chamberlain* and *Trinity Western University*» (2002) 35 U.B.C. L. Rev. 511.

⁹⁵ Papaux, *supra* note 45 à la p. 69.

⁹⁶ Par exemple, lorsqu'il écrit : «The phrase “sexual orientation” is radically equivocal. Particularly as used by promoters of “gay rights,” the phrase ambiguously assimilates two things which the standard modern position carefully distinguishes : (I) a psychological or psychosomatic disposition inwardly orienting one towards homosexual activity; (II) the deliberate decision so to orient one's public behavior as to express or manifest one's active interest in and endorsement of homosexual conduct and/or forms of life which presumptively involve such conduct. [...] “[G]ay rights” movements interpret the phrase as extending full legal protection to public activities intended specifically to promote, procure and facilitate homosexual conduct.» Voir John Finnis, «Law, Morality, and “Sexual Orientation”» (1995) 9 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 11 aux pp. 15-16, cité dans B. MacDougall, *supra* note 4 aux pp. 25-26.

N'est-il pas révélateur, donc, que le siège de cette distinction artificielle soit le dogme religieux, source par excellence des notions univoques ? Le résultat de cette fausse dichotomie pourrait permettre aux juges de faire deux poids, deux mesures dans l'évaluation du comportement homosexuel et du statut. Or, comme l'écrit la juge L'Heureux-Dubé plus haut⁹⁷, le respect de la dignité humaine exige assurément de reconnaître la même valeur tant au statut des personnes qu'aux actes qu'elles peuvent poser en vertu de celui-ci.

2. Qu'est-ce qu'un acte homosexuel ?

Une conception univoque des deux termes de la dichotomie «désirs/actes» entraîne inévitablement le problème épistémologique de déterminer ce qui constitue un désir ou un acte homosexuel. Ce problème ressort assez clairement dans la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans *Hall (Litigation guardian of) c. Powers*⁹⁸. Cette affaire impliquait un adolescent «ouvertement homosexuel» de 17 ans et de foi catholique romaine qui fréquentait une école secondaire catholique, et à qui on avait refusé la permission de se présenter au bal des finissants accompagné de son petit ami. Selon le directeur de l'établissement, l'interaction du couple lors du bal était une forme d'activité sexuelle. Si l'adolescent et son ami étaient admis à l'événement, l'école serait perçue comme cautionnant ou encourageant une conduite proscrite par les enseignements de l'Église, soit les relations sexuelles avant le mariage.

Et le juge de demander : «[TRADUCTION] Mais danser constitue-t-il un comportement sexuel ? Est-ce que danser à un bal des finissants est une forme d'activité sexuelle qui conduit au mariage ?»⁹⁹. Après avoir noté les divergences d'opinions, même à l'intérieur de l'Église catholique, sur ce qui constitue réellement un acte homosexuel ou même un acte sexuel prohibé¹⁰⁰, le juge dispose de l'argument en jugeant que la danse au bal des finissants, même entre personnes de même sexe, ne peut tout simplement pas être assimilée à un acte sexuel (*having sex*)¹⁰¹. Il a jugé que l'interdiction qui affectait Hall constituait un affront à sa dignité, compte tenu du désavantage historique dont souffrent toujours les homosexuels et de la signification sociale et culturelle d'un bal des finissants¹⁰².

C'est manifestement en adoptant un point de vue typiquement constructiviste que le juge a pu solutionner le problème auquel il était confronté. En concevant Hall non pas comme «un homosexuel», mais plutôt comme un acteur dans un rôle social, les considérations liées aux aspects «dignité humaine» et «désavantage historique»

⁹⁷ *Trinity Western*, *supra* note 82 au para. 69.

⁹⁸ [2002] O.J. No. 1803, (2002) 59 O.R. (3d) 423.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 29.

¹⁰⁰ *Ibid.* aux para. 23, 25.

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 49.

¹⁰² *Ibid.* au para. 53.

devenaient pertinentes au point de l'emporter sur celles — stériles — relatives à la «nature» de l'acte posé.

On voit donc que la détermination de ce qui constitue un acte ou même un désir homosexuel ne peut se faire dans l'abstrait et dépend nécessairement du contexte¹⁰³. Dans la mesure où la conception essentialiste demeure statique et ignore le second terme, c'est-à-dire l'existence, elle se voit confrontée à un obstacle épistémologique insurmontable : les caractéristiques de l'essence de l'homosexualité qu'elle présuppose (désirs et/ou acte) ne sauraient souffrir une seule acception univoque, puisque ce n'est qu'en s'actualisant, en se concrétisant dans une myriade de situations différentes qu'elles acquièrent leur(s) signification(s).

3. L'essentialisme comme ultima ratio en matière de mariage

L'essentialisme statique se manifeste encore dans un débat d'actualité à l'échelle du monde occidental : celui de la reconnaissance juridique du mariage entre personnes de même sexe. Au Canada, il s'illustre le mieux dans une triade de décisions récentes rendues par les tribunaux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec¹⁰⁴. En général dans ces affaires, les demandeurs, des couples de même sexe, ont revendiqué le droit de se marier en s'adressant aux tribunaux pour obtenir une déclaration selon laquelle le mariage entre deux personnes du même sexe n'était pas prohibé par la *common law* ou par la loi. Dans l'alternative, ils demandaient que toute disposition prohibant le mariage des personnes de même sexe soit déclarée illégale parce qu'incompatible avec les droits et libertés garantis par la *Charte*.

En première instance, le juge Pitfield de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'en l'absence de toute définition statutaire, le mariage est une construction juridique qui provient de la *common law*, plus particulièrement de la décision anglaise de 1866 dans *Hyde c. Hyde and Woodmansee*¹⁰⁵, où, à la question «what are its essential elements and invariable features?», la chambre des Lords a répondu : «marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others»¹⁰⁶. Le juge a conclu que l'exclusion des couples de même sexe de la participation à l'institution du mariage était en contravention avec les garanties d'égalité contenues dans la *Charte*, mais que cette violation était justifiée dans une

¹⁰³ Pour un autre exemple, voir *Gaveronski c. Gaveronski* [1974] S.J. No. 63, (1974) 45 D.L.R. (3^e) 317 (Sask. Q.B.).

¹⁰⁴ *EGALE Canada Inc. c. Canada (A.G.)*, [2001] 11 W.W.R. 685, 2001 BCSC 1365, inf. par 225 D.L.R. (4^e) 472, 2003 BCCA 251 [*EGALE* (C.A.) avec renvois au D.L.R.]; *Halpern c. Canada (A.G.)*, 215 D.L.R. (4^e) 223 (Ont. Div.C.), conf. par 225 D.L.R. (4^e) 529 (Ont. C.A.) [*Halpern*]; *Hendricks c. Québec (P.G.)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) (désistement du procureur général du Canada en appel; appel de la Ligue catholique pour les droits de l'homme rejeté : [2004] J.Q. no 2593 [*Hendricks*]).

¹⁰⁵ *Hyde c. Hyde and Woodmansee* (1866), [1861-73] All E.R. Rep. 175 L.R. 1 P.&D. 130 [*Hyde* avec renvois au L.R. 1 P.&D.].

¹⁰⁶ *Ibid.* à la p. 130.

société libre et démocratique telle que le Canada¹⁰⁷. À son avis, bien que les couples de même sexe se soient récemment vu offrir plusieurs des droits et obligations auparavant réservés aux couples mariés, il n'en demeure pas moins que, de par la réalité biologique, seuls les couples de sexe différent sont en mesure, entre eux, de perpétuer l'espèce humaine. Selon lui, le mariage a toujours été et demeure le moyen principal par lequel l'humanité se perpétue dans notre société¹⁰⁸.

Le juge a donc choisi de localiser l'«essence du mariage» au niveau de l'union d'un homme et d'une femme pour les fins de la procréation. En plus d'être réductrice, une telle conception ne correspond probablement pas à l'idée que se font de leur mariage les couples d'aujourd'hui, plongés qu'ils sont dans un contexte de recrudescence des divorces, de recours possible à des procédures de procréation médicalement assistée, d'absence fréquente de procréation à l'intérieur du couple marié, de diversité des modes de vie de couple hors mariage, et ainsi de suite.

Le résultat de cette décision est donc de réifier l'essence du mariage en énonçant officiellement qu'il s'agit de la conception en vogue au moment de l'inclusion du concept au sein de la constitution canadienne. Pourtant il n'est pas clair qu'en 1866, à l'époque de *Hyde*, les juges de la Chambre des Lords auraient mis l'accent sur les mots «man» et «woman» de leur définition tristement célèbre comme le fait aujourd'hui le juge Pitfield. En effet, cette décision avait été rendue dans le contexte d'une affaire de polygamie. N'est-il pas possible d'imaginer que les Lords britanniques visaient plutôt, dans ce contexte, à souligner que le mariage s'entendait de l'union de deux personnes, et non de plusieurs ? À l'époque, en effet, il est douteux que des couples homosexuels auraient eu recours aux tribunaux pour leur demander de statuer sur leurs droits. Les lois criminelles auraient entraîné leur emprisonnement¹⁰⁹ !

Adoptant une tout autre approche, trois juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario concluaient, moins d'un mois plus tard, que l'exclusion des couples de même sexe de l'institution du mariage était discriminatoire et injustifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique telle que le Canada. Des motifs rendus par les trois magistrats, ceux du juge Blair paraissent assez révélateurs d'une approche plus contextuelle.

Pour lui, la question du droit au mariage pour les couples de même sexe doit s'étudier non pas à partir d'une essence *a priori* et fixe du mariage, mais plutôt à la

¹⁰⁷ L'article 1 de la *Charte*, *supra* note 7, prévoit en effet la restriction, à certaines conditions, des droits et des libertés qu'elle garantit. Il se lit : «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

¹⁰⁸ *EGALE* (C.A.), *supra* note 104 aux para. 204-205, 207.

¹⁰⁹ À cet égard, le célèbre procès criminel intenté contre Oscar Wilde est assez révélateur. Notons aussi que le Canada n'a décriminalisé l'homosexualité qu'en 1969 *Hendricks*, *supra* note 104 au para. 94; *EGALE* (C.A.), *ibid.* au para. 54, juge Prowse.

lumière des changements, devenus rapides au cours des dernières années, dans les attitudes de la société à l'égard de la famille, du mariage et des relations interpersonnelles. Cette approche est motivée par une vision bien dynamique de la réalité, où les essences sont intrinsèquement liées aux existants :

Cultures and social mores, however, as well as faiths and religions and laws and economies, all tend to be reflective of the physical, environmental, technological and scientific realities of the times. Those realities can and do shift. Indeed, since the early to mid-20th century, developed societies have been transformed in geometrically progressive fashion as a result of changes in technology, communications, transportation, applied sciences, social sciences, world economies, global mobility and — in Canada, particularly — multiculturalism. We live in the «global village». Cultural and religious diversity are defining features of the Canadian mosaic. Former «realities» are not necessarily any longer current «realities»¹¹⁰.

On ne se surprendra pas, dans ces circonstances, de l'admission du juge Blair quant au caractère évolutif du concept de mariage. Pour lui, la preuve au dossier illustre abondamment les variations culturelles et religieuses des aspects du mariage historiquement privilégiés par diverses sociétés¹¹¹. Cette prémisse contextuelle amène le juge à écarter la procréation comme essence du mariage¹¹² et à privilégier une description plus riche de l'institution et de ses buts et rôles dans la société canadienne. De l'union d'un homme et d'une femme pour les fins de la procréation, le mariage devient caractérisé par :

its pivotal child-rearing role, and by a long-term conjugal relationship between two individuals — with its attendant obligations and offerings of mutual care and support, of companionship and shared social activities, of intellectual and moral faith-based stimulation as a couple, and of shared shelter and economic and psychological interdependence — and by love¹¹³.

On remarquera que, tout comme dans l'affaire *Trinity Western*, c'est en définitive le choix d'approche qui aura mené à une si grande disparité de résultat chez les juges.

Conclusion et ouverture

Les revendications des homosexuels sont des demandes de reconnaissance qui se manifestent dans plus d'une arène, car «si la notion de reconnaissance des couples homosexuels peut avoir un *contenu* dans le discours juridique, la notion de reconnaissance des homosexuels est avant tout un *enjeu* du discours politique»¹¹⁴. Or, en qualifiant les questions comme étant juridiques ou non juridiques, une conception positiviste du droit évacue leurs dimensions politique et sociale. Un détachement des

¹¹⁰ Halpern, *supra* note 104 au para. 68.

¹¹¹ *Ibid.* aux para. 48-49.

¹¹² *Ibid.* aux para. 60-61.

¹¹³ *Ibid.* au para. 71.

¹¹⁴ Roussel, *supra* note 65 à la p. 12.

enjeux moraux en résulte ; alors que la moralité peut être le fondement de la qualification d'une question particulière, la discussion morale est voilée par l'aspect juridique de la question¹¹⁵. Ainsi le positivisme juridique, qui postule l'univocité des concepts juridiques abstraits de toutes questions morales ou politiques, est-il inévitablement incapable de rendre compte du caractère polycentrique de la question homosexuelle.

L'histoire contemporaine de la lutte des homosexuels pour la reconnaissance du droit à la protection contre la discrimination est révélatrice du pouvoir d'exclusion détenu par le droit. Jusqu'à maintenant, les revendicateurs agissant pour le compte des homosexuels ont été contraints de «jouer le jeu» imposé par le droit afin d'obtenir la reconnaissance du juridique. L'inclusion de la catégorie «orientation sexuelle» parmi les motifs de discrimination interdits par l'article 15 de la *Charte*, par exemple, aura été facilitée par l'«essentialisation» de l'homosexualité, opération nécessaire parce qu'intimement conditionnée par l'épistémologie du positivisme juridique. Or, en plus de réduire le phénomène de l'homosexualité au seul comportement/désir sexuel des individus, une telle réification de la catégorie infériorise les homosexuels en créant une catégorie d'«autres» qui dérivent leur légitimité non pas du fait des lacunes que peuvent présenter les rôles homme-femme et de la hiérarchie sexuelle que les catégories présupposent, mais plutôt parce qu'ils constituent un groupe fixe d'«autres» qui ont besoin de protection et qui la méritent¹¹⁶. Carl Stychin remarque, à juste titre, que chaque catégorie constitue une distinction, une dérogation à la norme, qui justifie la protection. La norme, cependant, reste en place, fixée de façon permanente, immuable et non déconstruite. Les catégories de discrimination prohibée ne représentent que de simples déviations¹¹⁷. De plus, la construction sociale et juridique de formes particulières de relations hors norme crée des pratiques

¹¹⁵ Lori G. Beaman, «Sexual Orientation and Legal Discourse : Legal Constructions of the "Normal" Family» (1999), 14 Can. J. L. & Soc. 173 à la p. 187.

¹¹⁶ *Ibid.* aux pp.178-79, citant Didi Herman, *Rights of Passage : Struggles for Lesbian and Gay Legal Equality*, Toronto, University of Toronto Press, 1994 à la p. 11, où Danielsen et Engle notent, à cet égard, que les stratégies juridiques déployées par les défenseurs des droits des homosexuels :

[TRADUCTION] ont cherché à faire reconnaître les groupes identitaires et à les rendre insignifiants, et elles ont cherché à corriger les irrationalités et les distorsions de la discrimination, à permettre aux individus de se développer dans une société libre de préjugés, à enchâsser une notion d'égalité de similitude en dessous de nos (in)différences». Mais dans le cours de ces stratégies politiques de l'identité (*identity politics*), le problème épistémologique relatif à la détermination de l'identité homosexuelle a été éclipsé au point où des contradictions deviennent apparentes. D'un côté, les avocats et les activistes ont cherché à façonner des remèdes juridiques pour d'importants groupes désavantagés en mettant l'emphase sur des catégories générales de statut afin de définir les groupes. De l'autre, ces mêmes remèdes ont souvent cherché à transcender les catégories en rendant illégale leur prise en compte (Danielsen et Engle, *supra* note 89 à la p. xiv).

Voir aussi Iyer et Rhéaume, *supra* note 77.

¹¹⁷ Stychin, *supra* note 66 à la p. 52.

disciplinaires qui contrôlent ceux qui se situent à l'extérieur de la norme¹¹⁸, renforçant ainsi le rôle de contrôle social exercé par le droit. La réflexion de Lise Noël paraît ici fort à propos :

L'un des moindres défis que rencontre l'individu dominé soucieux d'intégration n'est pas, en effet, l'effort supérieur qu'il faut constamment fournir pour y arriver. C'est que la place qui lui est faite par le dominant lui est toujours concédée comme une faveur : à la moindre erreur, tout ce qu'il a pu acquérir peut donc être remis en cause. Aussi, pour obtenir des droits équivalents, doit-il faire doublement la preuve de sa compétence. Seul l'opresseur a le privilège d'échouer ou d'être simplement d'aptitude moyenne, sans être soupçonné pour autant d'une infériorité intrinsèque¹¹⁹.

Les revendications du droit au mariage par les groupes de promotion des droits des homosexuels ne sont-elles pas de parfaits exemples de cette exigence de prouver l'hyper-compétence du groupe qui recherche l'égalité ? Après tout, les couples homosexuels sont tout aussi capables que les couples hétérosexuels de former des unions amoureuses stables et même d'avoir et d'élever des enfants ... Mais ces revendications courent le risque de transformer le droit au mariage en couteau à double tranchant. Sa reconnaissance éliminerait certes une distinction importante entre hétérosexuels et homosexuels quant à la «valeur» juridique de leurs unions amoureuses, mais une fois l'égalité formelle atteinte, la sphère du juridique pourrait cesser de constituer un forum légitime de critique pour les homosexuels¹²⁰.

Il faut alors admettre ce que l'histoire nous suggère déjà : bien souvent, les catégories «hétérosexuel» et «homosexuel» ne représentent pas tant des efforts honnêtes de description, mais plutôt un mécanisme de hiérarchisation. L'étiquette ne sert pas à décrire sensiblement la personne, mais plutôt à porter un jugement brutal sur celle-ci : est-elle des nôtres ou non ? Est-elle normale ou pathologique¹²¹ ? Le développement de l'hétérosexualité comme norme institutionnelle représente un

¹¹⁸ Beaman, *supra* note 115 aux pp. 193-94. Le problème avec cette façon typiquement légaliste de conférer le droit à la non-discrimination est clairement mis en exergue par James Tully en ces mots : «[t]o treat the candidates for admission “just like the rest of us” is not to treat them justly at all. It is to treat them within the imperial conventions and institutions that have been constructed to exclude, dominate, assimilate or exterminate them, thereby ignoring the questions the politics of recognition raises concerning the universality of the guardians and the institutions they guard.» James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, New York, Cambridge University Press, 1995 à la p. 97, cité par Beaman, *ibid.* à la p. 179. Cette position est par ailleurs très proche des thèses du féminisme relationnel, et particulièrement de celui de Minow. Voir, à ce sujet, Martha Minow, *supra* note 77.

¹¹⁹ Noël, *supra* note 20 aux pp. 222-23.

¹²⁰ Carl F. Stychin, *Governing Sexuality: The Changing Politics of Citizenship and Law Reform*, Oxford, Hart, 2003 à la p. 4.

¹²¹ MacDougall, *supra* note 4 à la p. 22.

moyen important de régulation sociale¹²². Les incidents de violence dirigée à l'encontre des homosexuels servent à renforcer l'impératif institutionnel et idéologique de «l'hétérosexualité obligatoire»¹²³ et montrent cette volonté de contrôle social de la sexualité humaine¹²⁴.

Il est certes aisé de naviguer dans la réalité du discours à l'aide d'absolus, de préférer les analyses faites en «noir ou blanc», de se satisfaire de réponses «oui ou non» et ainsi, de subsumer le monde sous deux seules rubriques : nous et eux, hétérosexuels ou homosexuels¹²⁵. Comme le note Michel Foucault dans un passage souvent cité :

Il ne faut pas oublier que la catégorie psychologique, psychiatrique, médicale de l'homosexualité s'est constituée du jour où on l'a caractérisée [...] moins par un type de relations sexuelles que par une certaine qualité de la sensibilité sexuelle, une certaine manière d'intervertir en soi-même le masculin et le féminin. L'homosexualité est apparue comme une des figures de la sexualité lorsqu'elle a été rabattue de la pratique de la sodomie sur une sorte d'androgynie intérieure, un hermaphrodisme de l'âme. Le sodomite était un relaps, l'homosexuel est maintenant une espèce¹²⁶.

Or, «la notion d'homosexuel comme espèce [...] relève d'un [...] désir de rationaliser, de représenter, pour indissociablement gérer et contrôler»¹²⁷, analogue à la «rationalité classificatoire [...] qui règne en botanique»¹²⁸ ou encore, à celle qui anime les concepts de la science moderne¹²⁹. Pourtant, l'activité et les désirs sexuels humains sont si divers qu'ils se refusent à une telle catégorisation dichotomique. L'ajout d'une catégorie comme la bisexualité ne fait guère mieux que de fournir une case supplémentaire servant à simplifier et à réduire la richesse des expériences humaines.

Dans la mesure où les discours hétérosexuel et homosexuel sont compris dans une perspective fondée sur le paradigme de l'absolu, la vision hétérosexiste de la société, des *gender roles*, du comportement sexuel et de la morale ne peuvent que rester en place tant et aussi longtemps que d'autres positions ne clameront pas leur prétention à la vérité plus fortement. Faudra-t-il alors s'étonner si, dans un tel paradigme,

¹²² G. Kinsman, «Men Loving Men : The Challenge of Gay Liberation» dans Michael Kaufman, dir., *Beyond Patriarchy : Essays by Men on Pleasure, Power and Change*, New York, Oxford University Press, 1987 aux pp. 103-05.

¹²³ Rich, *supra* note 13 aux pp. 177-81.

¹²⁴ K. Thomas, «Beyond the Privacy Principle» dans Danielsen et Engle, *supra* note 89 aux pp. 288-89. Rigaux note d'ailleurs que «le contrôle social de la sexualité est un mode d'exercice du pouvoir» (*supra* note 17 à la p. 187).

¹²⁵ MacDougall, *supra* note 4 à la p. 22.

¹²⁶ Foucault, *supra* note 14 à la p. 59.

¹²⁷ Roussel, *supra* note 65 à la p. 16.

¹²⁸ *Ibid.* à la p. 15.

¹²⁹ La science moderne se distingue de la science contemporaine en ce que la première adopte une épistémologie issue des Lumières, qu'il convient de rattacher à l'influence de Descartes, alors que la seconde tente aujourd'hui de se rapatrier une épistémologie aristotélicienne, fondée sur une métaphysique de l'analogie. Voir, sur cette distinction, Papaux, *supra* note 45 à la p. 88, n. 81.

l'homosexualité est perçue comme une menace à la stabilité sociale en ce sens où les gais et lesbiennes manifestent des alternatives à la famille traditionnelle ? La conception hétérosexiste des sexes n'est-elle pas menacée parce que l'homosexualité brouille la distinction entre les sexes et le rôle qui leur est assigné ? La moralité est aussi menacée puisque les relations homo-sexuelles sont manifestement contraires à la croyance en la finalité procréatrice des relations sexuelles¹³⁰.

Tel qu'indiqué précédemment par les tenants du *labelling theory* en sociologie, la réalité sociale est conditionnée, stabilisée et même créée par les étiquettes qui sont apposées aux personnes, aux actions et aux communautés¹³¹. Les changements sociaux créent de nouvelles catégories de personnes, ce qui se traduit par de nouvelles façons d'être¹³². Bien sûr, l'histoire de la *gay liberation* américaine montre qu'une fois l'homosexuel institutionnalisé en droit et dans la morale officielle, les personnes impliquées ont, individuellement et collectivement, pris leur vie en charge pour transcender l'étiquette imposée¹³³. Il n'en reste pas moins que beaucoup d'actions humaines et même d'êtres humains (pensons aux esclaves) sont créés de façon concomitante à notre invention des catégories permettant leur qualification¹³⁴. Ainsi, nos sphères de possibilités, et donc nous-mêmes, sont, jusqu'à un certain point, constitués par notre acte de dénomination et ses conséquences¹³⁵.

Comment sortir de l'impasse dans ces conditions ? Ne serait-il pas temps d'adopter une approche critique face aux règles qui permettent la création de ces catégories afin d'en proposer une nouvelle conception ? Car les catégories utilisées par une société — *a fortiori* par le droit — ne sont vraiment que des paramètres à l'intérieur desquels l'activité sexuelle se produit et grâce auxquels cette dernière peut être évaluée. Elles tendent vers l'idéologie et la normativité et donc se présentent comme des catégories à l'intérieur desquelles les membres de la société *devraient* agir. Et pourtant, la réalité de toute société ne peut constituer qu'une approximation de ces catégories à prétention ontologique. Ne devrait-il pas alors, dans toute exploration de catégories telles que «homosexuel» et «hétérosexuel», être tenu compte tant de leur nature normative que de leur adéquation à la réalité sociale¹³⁶ ? N'y a-t-il pas lieu d'insister sur le potentiel *cognitif* des catégories juridiques ?

En dépit des luttes menées, parfois avec succès, parfois en vain, pour la réhabilitation des homosexuels au sein de la société, la route est encore longue à parcourir. La solution viendra d'une reconnaissance qu'il y a une analogie à faire

¹³⁰ J. Keller, «On Becoming a Fag» (1994) 58 Sask. L. Rev. 191 à la p. 201.

¹³¹ McIntosh, *supra* note 54.

¹³² I. Hacking, «Making Up People» dans Stein, *supra* note 33 à la p. 70.

¹³³ *Ibid.* à la p. 84.

¹³⁴ *Ibid.* à la p. 87.

¹³⁵ *Ibid.* Dans le même sens, lire Papaux, *supra* note 45 ; les premiers mots du texte sont : «“Barbare” qui ne sait nommer ; il demeure séparé, “absolu” de la communauté. Et Adam ne dut-il pas dénommer pour que l'Éden fut habité ?»

¹³⁶ Padgug, *supra* note 46 à la p. 60.

entre l'homosexualité et l'hétérosexualité, car l'analogie permet de mettre les deux types sur un même pied d'égalité, tout en tenant compte des importantes différences constitutives de l'identité. C'est, en définitive, une vision analogique de la réalité qui permettra aux deux perspectives d'intelligibilité explorées dans cet essai de rendre plus complètement compte du phénomène de l'homosexualité. En effet,

[l]'analogie recèle [...] une certaine confusion ou concrétion lui interdisant de dire la notion tout uniment, celle-ci n'étant que «une d'une certaine manière» selon les paroles d'Aristote. Il s'agit donc d'une unité conjuguant dissemblances et ressemblances, de l'«autre» et du «même» et telle que le «même» l'emporte sans effacer pour autant l'«autre»: «L'analogie se caractérise [alors] par une oscillation, pour elle constitutive, entre la ressemblance qu'elle signifie et la dissemblance qu'elle enjambe sans toutefois la réduire. Une proportion — une raison — fait tenir ensemble ce qui, par ailleurs, ne se ressemble pas. Il y a visiblement ressemblance dans la dissemblance»¹³⁷.

Le juridique, en sa qualité de moteur de transformations sociales, aurait tout avantage à redécouvrir la richesse des linéaments du raisonnement analogique qui le caractérise déjà.

¹³⁷ Papaux, *supra* note 45 à la p. 172, citant P. Secrétan, *L'analogie*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1984 aux pp. 7-8.