



HAL
open science

Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité. Anne Cadoret; Martine Gross; Caroline Mécarry; Bruno Perreau. Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques, Presses Universitaires de France, 2006, 2-13-055574-8. hal-01238634

HAL Id: hal-01238634

<https://hal.science/hal-01238634v1>

Submitted on 6 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité

DANIEL BORRILLO*

Dans la controverse actuelle sur l'élargissement du droit au mariage aux couples de personnes de même sexe, il est habituel d'entendre dire que nous assistons à une rupture avec la tradition du droit civil de la famille. Le mariage gay et la reconnaissance des familles homoparentales sont ainsi présentés par la doxa comme une révolution morale que met en question la structure même de l'ordre juridique et social.

Jusqu'à très récemment, la condition de la différence des sexes n'avait pas besoin d'être explicitée, l'union matrimoniale pouvait se concevoir uniquement comme la relation exclusive entre un homme et une femme. La nature hétérosexuelle des noces semblait si évidente que le législateur de l'époque n'a pas cru nécessaire d'en donner une définition. En effet, le Code civil statue simplement : « L'homme, avant 18 ans révolus, et la femme avant 15 ans révolus ne peut contracter mariage » (art. 144).

La revendication du *ius nubendii* pour les couples de même sexe a mis un terme à cette évidence. Au Canada et dans trois pays de l'Union européenne, ce mariage est déjà une réalité ; plusieurs juri-

* Maître de conférences, droit, CERSA, Université de Paris X.

Vers l'égalité

dictions étrangères se sont également prononcées favorablement. Cette évolution sociale et politique devrait obliger le juriste français à repenser certaines évidences des institutions qu'il étudie. Rappelons-nous que les premières revendications juridiques dans la matière ont été le fruit de la dramatique situation créée par l'irruption du sida. L'épidémie a montré la précarité des unions homosexuelles au sein desquelles les droits sociaux étaient inexistant, et lorsque l'un des membres du couple décédait, il ne pouvait pas garantir à son partenaire la jouissance des droits aussi élémentaires que le transfert du bail ou la succession patrimoniale notamment. À cette époque, le juge français avait refusé d'octroyer la qualité de concubins aux partenaires d'un couple homosexuel. L'intervention du législateur fut nécessaire pour mettre un terme à cette situation avec le vote de la loi relative au PACS et au concubinage.

Si l'émergence de la question est effectivement liée à un contexte spécifique, celle-ci mérite toutefois un traitement universaliste. Elle est en effet devenue aujourd'hui un thème majeur de la philosophie politique et morale. La demande du mouvement LGBT concerne la société dans son ensemble. Et bien que cette revendication soit ponctuelle, la réponse sociale et juridique doit être nécessairement universelle.

Ainsi, depuis cette perspective et en fonction d'une préoccupation de nature universelle, la question qui se pose alors est celle de savoir si la réponse favorable à la revendication égalitaire du mouvement LGBT constitue une rupture avec la philosophie du droit civil de la famille, ou si, en revanche, elle n'est que l'approfondissement des caractères modernes du droit matrimonial.

NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE

Depuis la Révolution, le mariage cesse d'être conçu comme un sacrement, au profit d'une vision contractualiste de l'union. Si, pour la loi canonique, la différence de sexes est consubstantielle à l'union

Mariage entre personnes de même sexe

puisque le mariage a comme finalité la reproduction, en revanche, dans le domaine du droit civil, ce qui est essentiel c'est la volonté des cocontractants : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146).

Ainsi, une fois la sécularisation des noces achevée, la *consummation* (fusion de deux chairs) propre au sacrement religieux sera substituée par le *consentement* (union de deux volontés). Étant l'accord de volontés et non point la *copula carnalis*, ce qui fait la nature du mariage, la condition *sine qua non* de son existence ne peut plus être la différence de sexe des cocontractants. En d'autres termes, pour le droit laïc, ce qui compte ce n'est pas tant la dimension physique de l'institution mais sa dimension psychologique. À la chair sexuée de la règle canonique, le droit moderne oppose une volonté abstraite, libre et consciente. Rappelons-nous que, pour la loi civile, ni le projet parental ni la fertilité des conjoints ne constituent une condition au mariage. Les individus stériles, les femmes ménopausées ou simplement ceux qui ne souhaitent pas avoir d'enfants ne se sont jamais vus interdits de mariage.

Les violentes réactions contre le mariage entre personnes de même sexe, aussi bien en France lors du mariage de Bègles, en Espagne pendant le débat parlementaire ou encore aux États-Unis, lors de la dernière campagne présidentielle, ont révélé l'attachement de certains groupes à une conception du mariage qui semblait pourtant révolue. Si le droit au mariage pour les couples de même sexe suscite encore des réactions véhémentes, c'est parce que l'on se réfère souvent non pas au mariage civil mais à certains des éléments propres à son passé canonique. C'est le cas en France, où, à force de s'opposer au droit au mariage pour les couples de même sexe, les tribunaux, face au silence de la loi, donnent une définition du mariage plus proche de la religion que de la règle de droit. La justification « objective et raisonnable » (poursuivant donc un but légitime) qui permettrait d'exclure les homosexuels du droit au mariage se trouve, selon les juges, « dans la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une famille ». Pour le TGI de Bordeaux, la

Vers l'égalité

notion de famille renvoie à la filiation : « En droit interne, mariage et famille sont indissociablement liés (présomption de paternité du mari, adoption par deux conjoints ou de l'enfant du conjoint) ». Confirmant l'interprétation du TGI, la cour d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 19 avril 2005, développe l'argument de la tradition afin de justifier la nécessaire « qualité » hétérosexuelle du mariage :

« La spécificité et non-discrimination provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur (cf. Discours préliminaire sur le projet de Code civil) a désiré prendre en compte cette réalité biologique et déterminer ses formes en englobant le couple et sa conséquence prévisible, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage, choix législatif maintenu dans le temps [...]. Certes, les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue. »

Mais en réalité, ce n'est pas tant le fait que les couples de même sexe ne puissent pas se reproduire (après tout, les techniques d'assistance médicale à la procréation peuvent venir en aide à la stérilité « phénoménologique » de ces couples), mais plutôt qu'ils ne doivent pas le faire. En effet, les lois de 1994, dites « de bioéthique », permettent l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) uniquement aux couples hétérosexuels.

En refusant le droit au mariage pour les couples de même sexe, les juges montrent leur attachement à une conception ancienne de l'institution. En effet, après avoir affirmé que le mariage « découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes et qui est socialement très largement accepté... », la cour bordelaise fonde son argumentation sur le Discours préliminaire de Portalis (1800- 1801) selon lequel le mariage est un « acte naturel » au sein duquel « la femme devient mère », comme par vocation naturelle !

En l'absence de texte de droit positif, les juges recourent à une source historique contestable. En effet, en 1801 l'esclavage était

Mariage entre personnes de même sexe

légal et le Code civil napoléonien posait l'incapacité de la femme mariée comme un principe !

Si, pour le droit moderne, la volonté n'a pas de religion, de race, de couleur politique, pourquoi devrait-elle avoir un sexe ?

LE MOUVEMENT LGBT ET LA RADICALISATION DE LA MODERNITÉ

Le mouvement LGBT produit non seulement un approfondissement, mais aussi une radicalisation de la civilité du mariage et de la filiation, en ce sens que sa lutte politique pour l'égalité civile nous oblige à assumer pleinement les racines de la modernité juridico-politique.

Selon A. Touraine, la modernité politique se caractérise par la prééminence de l'individu, qui s'affirme indépendamment de l'ordre dans lequel il était inscrit.

La tolérance envers la différence, le respect du pluralisme, la protection de la vie privée et la conception de la politique comme un devenir auquel nous sommes tous appelés à participer à travers la délibération démocratique (par opposition à la révélation théocratique) ont permis la construction des sociétés ouvertes, lesquelles produisent des mouvements sociaux favorisant ainsi son évolution permanente. Les années 1980 furent caractérisées par le processus de dépenalisation de l'homosexualité au nom du respect dû au droit à la vie privée. Les années 1990 ont vu la multiplication des lois reconnaissant l'union libre, le partenariat enregistré et autres formes d'union civile. Toutefois, peu nombreux sont encore les pays à avoir franchi le pas de l'union civile vers le mariage. Certes, le PACS a constitué un progrès en France, mais il ne règle pas la question de l'égalité des couples. En effet, le PACS, à la différence du mariage, ne permet pas d'établir un lien de filiation biologique ou adoptive. L'état civil des partenaires ne change pas et l'étranger ne peut obtenir la nationalité française. N'ayant pas la qualité de conjoints, ils n'ont pas droit à la prestation compensatoire et à la pension de veuvage, ainsi qu'à la faculté de représentation du

Vers l'égalité

conjoint. L'usage du nom du partenaire est impossible au sein du couple pacsé. En revanche, le partenaire pacsé n'est pas exempt de témoigner contre son compagnon dans un procès pénal. Les abattements fiscaux, les délais pour accéder à certains droits ne sont pas non plus les mêmes pour les couples pacsés. La Chancellerie elle-même a reconnu les insuffisances du PACS, au point de mettre en place une commission pour étudier sa réforme¹.

Aussi, dans la revendication du mariage entre personnes du même sexe, on voit le triomphe d'une vision individualiste, contractualiste et désacralisée de la vie familiale, conçue désormais au service de l'individu, et non point celui-ci au service de celle-là. La famille trouve aujourd'hui sa légitimité dans la volonté et la négociation des parties et non plus dans une imposition statutaire. Cette nouvelle vision de la famille désacralisée cesse par conséquent de faire de cette institution une entité immuable.

Cette radicalisation de la vision moderne des liens familiaux se produit aussi bien au niveau de l'alliance qu'au niveau de la filiation.

I. Le couple

Le mariage gay s'inscrit dans l'histoire du long processus de démocratisation de l'institution matrimoniale. Durant le Moyen Âge se prolongeait l'ordre hiérarchique de trois formes de nuptialité du droit romain (mariage légitime, concubinage et *contubernium*). Un premier pas vers une conception sécularisée du mariage fut la proclamation d'un édit de Louis XVI en 1787 octroyant aux protestants la jouissance du droit à une forme de mariage en dehors du sacrement catholique. De surcroît, au XVIII^e siècle, les élites françaises supportaient de moins en moins l'idée d'une union sacrée et indissoluble. Depuis la Révolution, la légitimité de l'union se trouve dans la volonté réciproque des parties. Le droit moderne met fin à la consommation et instaure le consentement comme cause et légiti-

1. Beaucoup de ses recommandations ont été reprises par la Mission d'information parlementaire sur la famille et les droits de l'enfant, Rapport n° 2832, fév. 2006.

Mariage entre personnes de même sexe

mité du lien conjugal. Ce qui compte désormais, ce n'est pas tant l'union des chairs mais la rencontre des volontés.

La dimension contractuelle est ainsi valorisée au détriment de l'ancienne conception sacramentale. Le choix individuel est l'élément principal du contrat, le droit doit surtout garantir cette liberté. En ce sens, le mariage apparaît comme le contrat *intuitu personae* par excellence. De plus, tout individu doit avoir le droit de choisir son état civil. Imposer le célibat à une partie de la population me semble contraire aux valeurs de l'État démocratique.

Par ailleurs, il est important de souligner que le mariage gay met fin à la vision implicite de la différence de genres propre au mariage traditionnel, affirmant ainsi l'égalité radicale des conjoints. En effet, le mariage (hétérosexuel) implique la rencontre de deux individus caractérisés par leurs genres respectifs : le masculin proche du politique (*polis*) et le féminin traditionnellement proche du domestique (*oikos*). Ainsi, au sein du mariage classique, chacun occupait une place en fonction de son sexe : à l'homme le gouvernement de la famille, à la femme son administration domestique.

Si le mouvement féministe est à l'origine des réformes qui ont mis fin à ce contrat de genre implicite dénoncé comme une perpétuation de l'inégalité politique et sociale, le mouvement LGBT radicalise cette évolution en brisant la base même de ce contrat : la différence des sexes. Je parle d'approfondissement et de radicalisation, puisque depuis la réforme de 1972, le Code civil ne fait plus référence au mari et à la femme mais aux conjoints, terminologie non genrée, plus adaptée à l'exigence d'égalité entre les partenaires car leurs droits et leurs obligations ne se trouvent plus déterminés par le sexe des cocontractants.

II. La filiation

Le droit au mariage pour les couples de même sexe radicalise non seulement la modernité de l'alliance mais aussi celle de la filiation.

Vers l'égalité

Que les couples puissent adopter d'enfants, accéder aux techniques d'assistance médicale à la procréation et même jouir de la présomption de paternité signifie d'assumer pleinement la différence capitale entre reproduction et filiation. Il est évident que, pour qu'il y ait engendrement, la rencontre du spermatozoïde et de l'ovule est indispensable ; mais pour qu'il y ait filiation il est nécessaire bien plus que cela. Il se peut que le biologique et le culturel coïncident, mais il se peut aussi qu'ils ne se superposent pas. L'adoption, par exemple, est une forme de filiation légitime sans aucun lien avec une quelconque réalité biologique. Si, tout au long du Moyen Âge et contre le droit romain, l'Église interdisait l'adoption, c'est précisément parce que pour elle la réalité biologique devait primer toute autre réalité au moment d'établir un lien filial.

Aussi, l'homoparentalité rompt avec l'ordre implicite selon lequel le masculin renvoie à la production et le féminin à la reproduction. La paternité et la maternité ne sont que des fonctions échangeables exercées par des individus. Depuis la réforme de 1972, la loi instaure les mêmes droits et obligations pour les parents (biologiques ou sociaux). Ils partagent l'autorité sur le mineur et jouissent des mêmes prérogatives quant à son éducation.

Si le mouvement féministe a permis la dissociation entre sexualité et reproduction, le mouvement LGBT radicalise cette rupture entre reproduction et filiation. Ainsi, ce n'est plus la capacité reproductive (génétique) qui fonde la filiation juridique mais la volonté individuelle et/ou partagée dans le cadre d'un projet parental. Lorsque, par exemple, la loi québécoise présume la paternité de la conjointe d'une femme qui a recours à l'insémination avec donneur anonyme, le droit renonce complètement à toute prétention de fondement biologique de la filiation. On ne peut plus faire semblant... Les unions de même sexe nous obligent à assumer complètement la dimension volontariste de notre système de filiation.

Le paradoxe de l'APGL

Dans son audition devant la mission parlementaire d'information sur la famille et les droits des enfants, l'APGL a clairement

Mariage entre personnes de même sexe

développé son projet de réforme du droit de la famille permettant la protection de l'homoparentalité. Alors que l'on attendait d'une association de défense des droits des familles homosexuelles une inscription de ses revendications dans la dynamique que je viens de développer, c'est-à-dire celle de la nette dissociation entre reproduction et filiation, la stratégie de l'APGL semble tout autre.

Contrairement à ce qui a été mis en place par les lois de 1994, dites bioéthiques, selon lesquelles une filiation pleine et totale s'instaure au profit d'un couple hétérosexuel demandeur d'une assistance médicale à la procréation (indépendamment des individus qui avaient participé à la création biologique de l'enfant), l'APGL souhaite introduire dans la loi différents aspects du lien de filiation (biologique, juridique et social). À la différence des législations les plus avancées (Québec, Australie, Afrique du Sud) dans lesquelles les couples homosexuels accèdent à l'adoption et à la procréation médicalement assistée dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels, l'APGL, tout en revendiquant l'égalité pleine, propose la mise en place d'un système juridique (inscrit dans le livret de famille) permettant d'enregistrer les différentes formes de filiation. Et même si cette inscription « symbolique » n'avait pas d'effet juridique, seuls les parents hétérosexuels bénéficieraient de la coïncidence pleine entre filiation biologique, filiation sociale et filiation juridique. Il y aurait, comme le disent encore certains anthropologues, une filiation « véritable » et une autre « mensongère »...

Aucune prévention ne fut prise par la loi de 1966 à l'heure d'établir la filiation adoptive entre une personne seule et son enfant adoptif. De même, en 1994, le législateur n'a pas hésité à écarter le géniteur anonyme du lien de filiation par AMP pour les couples hétérosexuels. Pourquoi serait-il nécessaire d'agir autrement pour les couples de même sexe ? Pourquoi vouloir indiquer l'existence d'un coït hétérosexuel originaire (appelé par l'APGL lien biologique) comme élément constitutif d'une filiation ?

L'APGL n'est pas une association pour la recherche des origines biologiques des personnes mais de défense des droits

Vers l'égalité

familiaux pour les lesbiennes et les gays. Pourquoi donc aller au-delà de l'égalité devant la loi et vouloir modifier notre système juridique lorsque celui-ci efface la dimension biologique de la filiation ?

Tout se passe comme si, dès lors que les couples de même sexe frappent à la porte de la filiation, il fallait introduire un préalable permettant de signaler que derrière l'« artefact » homoparental existe une base « naturelle » à laquelle l'enfant pourra toujours se reporter. Cette distinction symbolique entre filiation véritable et filiation fictive va nécessairement créer une sorte de hiérarchie symbolique au sein de laquelle le couple géniteur hétérosexuel trouvera le plus haut rang.

Or l'application du principe d'égalité implique que les membres des couples de même sexe soient considérés tous deux comme des parents à part entière, avec le même statut qu'un couple hétérosexuel ; toute autre solution ne serait autre chose qu'une sorte de PACS de la filiation.

Alors que l'application du principe d'égalité permettrait d'octroyer aux couples de même sexe les mêmes droits qu'aux couples de sexes différents (et dans les mêmes conditions), la demande d'introduction de plus de biologie dans la filiation (sous la dénomination « conservatoire des origines ») ne répond nullement à la vision moderne de la filiation.

Alors qu'une filiation fondée exclusivement sur la volonté et la responsabilité est possible dans l'état actuel du droit français, l'APGL demande que l'information de l'origine biologique soit inscrite dans le livret de l'enfant. Pourquoi ne pas laisser à la responsabilité de chaque famille homoparentale la gestion de l'information concernant la manière dont a été construit son foyer ? Après tout, si l'enfant souhaite plus tard connaître ses géniteurs, il pourra toujours s'adresser au Conseil national pour l'accès aux origines. Pourquoi l'APGL se met-elle au-devant de la scène politique pour revendiquer la modification de la loi afin de permettre l'inscription de l'origine biologique, alors qu'aucune autre association familiale n'assume cette revendication ?

Mariage entre personnes de même sexe

Faut-il voir là une concession de l'APGL à une certaine vulgate anthropologico-psychanalytique qui ne cesse de considérer comme nuisible pour l'intérêt de l'enfant l'inscription dans une double filiation masculine ou féminine ?

* * *

Le mariage gay s'inscrit dans un continuum qui a commencé avec la fin du monopole catholique en matière familiale. L'affirmation de la nature civile et laïque de l'institution matrimoniale, l'égalité des conjoints, le divorce, l'adoption, l'autorité parentale partagée, la contraception..., ce sont des évolutions auxquelles se sont également opposées les défenseurs de la vision résiduelle de type canonico-sacramentale.

La dissociation entre sexualité et reproduction, la fondation de la filiation sur la volonté exclusivement et la contractualisation des relations familiales mettent de manifeste la radicalisation de la modernité produite par le mariage gay et l'homoparentalité. Désormais, on ne peut plus continuer à prétendre que la famille soit fondée sur un ordre naturel transcendant la volonté individuelle.

Enfin, le refus du droit au mariage pour les couples de même sexe n'est souvent que l'hostilité envers la modernité politique, juridique et sociale. La négation de l'homoparentalité est proportionnelle à la peur de fonder la règle de droit sur des valeurs immanentes et non pas sur une métaphysique naturaliste.

Les arguments utilisés contre l'égalité pour les couples de même sexe ne sont pas nouveaux, ils ont été utilisés contre le mariage interracial, la libre disposition de leur corps par les femmes, le droit au divorce, l'égalité des enfants adultérins, la transmission du nom maternel, mais aussi le scrutin universel, l'État-providence... Toutes ces évolutions furent considérées par les conservateurs comme des situations apocalyptiques auxquelles il fallait s'y opposer.

Habermas défini la modernité comme un projet inachevé, comme une réserve de potentiel utopique sans cesse mobilisée.

Vers l'égalité

Aujourd'hui la lutte pour le droit au mariage et à l'homoparentalité constitue une contribution capitale à la réalisation de cette utopie.

Tableau 1

<i>Le système ancien</i>	<i>Le système moderne</i>
Sacrement	Contrat
Tradition	Innovation
Statutaire	Individualiste
Indissoluble	Divorce
Instrumental (filiation)	Autonome (vie de couple)
Métaphysique	Immanent
<i>Consummatio</i>	Consentement
Volonté sexuée	Volonté abstraite
<i>Copula carnalis</i>	Accord des volontés
Base biologique naturaliste	Base culturaliste
Reproduction	Filiation
Père / Mère.	Parents
Mari / Femme	Conjoints
Différence des sexes	Indifférence des sexes
Hiérarchie des sexes	Égalité des sexes