

## L'ouverture du mariage et de la filiation aux couples de même sexe

### PROBLÉMATIQUE

#### Simple extension ou changement de nature du mariage et de la filiation ?

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'est-elle qu'une extension du mariage à une nouvelle catégorie d'individus ou bien est-ce un changement de nature du mariage et de la filiation ? Pour répondre à cette question, il faut identifier les implications de la mise entre parenthèses de la différence des sexes comme condition au mariage. Si le référent naturel de la procréation est abandonné, par quoi est-il remplacé ?

#### SITUATION EN FRANCE ET EN EUROPE

- ◆ On lit parfois que 200 voire 300 000 enfants vivent dans des situations d'homoparentalité\*. Il est en fait très difficile de le savoir puisque ces familles ne sont pas recensées comme telles. L'INED affirme par comparaison avec les statistiques étrangères qu'entre 24 000 et 40 000 enfants vivraient ainsi (sur une population de 15 millions d'enfants) <sup>[1]</sup>. L'APGL (Association des Parents et Futurs Parents Gays et Lesbiens) compte, au dire de sa présidente honoraire, 2 000 adhérents <sup>[2]</sup>.
- ◆ Il existe une grande disparité des législations sur la question. Ainsi en Allemagne, les personnes de même sexe ne peuvent pas se marier mais peuvent contracter un partenariat de vie commune et adopter l'enfant de leur partenaire. En Espagne, en Belgique, en Suède et aux Pays-Bas, elles peuvent se marier, adopter et avoir accès à la Procréation Médicalement Assistée\*. Au Portugal, elles peuvent se marier mais ne peuvent ni adopter ni avoir accès à la PMA\*.

#### LE MARIAGE DANS SA FORME ACTUELLE

- ◆ La nature juridique du mariage est double : contrat <sup>[3]</sup> (les époux « contractent mariage ») et institution puisque le mariage est un statut qui n'est pas soumis à la libre négociation contractuelle. En se mariant les époux acceptent le statut impératif du mariage <sup>[4]</sup>, c'est-à-dire ses effets légaux : entre les conjoints (devoir de respect, fidélité, secours, assistance, contribution aux charges du mariage, communauté de vie), entre les familles (liens d'alliance, obligations alimentaires, empêchements à mariage), à l'égard des enfants (présomption de paternité) et à l'égard des tiers (solidarité des dettes ménagères). La rupture du mariage est contrôlée par la société puisque l'engagement a été pris devant elle. Seul un juge peut dissoudre le mariage.

\* Les mots suivis d'un astérisque sont définis en pages 2 et 3. [1] Patrick Festy, « Le recensement des familles homoparentales », in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Paris, PUF, 2006, p.113 et 114 [2] Martine Gross, *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?*, Payot, 2012, p.17 Bulletin officiel spécial n°9 du 30 septembre 2010, p.7 et 8. [3] Code civil, articles 146. [4] Code civil, articles 212, 213, 214, 215, 220 et 371.

## DÉFINITIONS

### Gay/Homosexuel :

l'homosexualité est à l'origine un terme médical créé en 1869 pour désigner l'attirance d'une personne envers quelqu'un de son sexe. Le mot *gay* est d'usage plus récent (à partir des années 80 aux États-Unis) et désigne le mode de vie et la culture d'une communauté qui s'identifie à sa pratique sexuelle.

### GPA (Gestation Pour Autrui) :

la gestation pour autrui est le contrat par lequel un couple ayant un projet parental demande à une femme de recevoir dans son utérus l'embryon qui a été conçu *in vitro*, d'en assurer le bon développement et de le remettre au couple à sa naissance.

### Homoparentalité :

« Néologisme créé en 1997 par l'APGL pour désigner toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-identifie comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant »<sup>[14]</sup>. Ce terme est descriptif et très peu précis puisqu'il renvoie à des situations en réalité diverses<sup>[15]</sup>.

Homoparentalité est un terme militant car « sans dénomination, les familles homoparentales

◆ **Le fondement du caractère institutionnel du mariage est la filiation**<sup>[5]</sup> puisque la société choisit par là d'offrir un cadre stable à la naissance et au développement des futurs citoyens. Toutes les clauses du mariage sont subordonnées à cette intention.

◆ **C'est parce que le régime du mariage a pour objet « d'assurer la protection de la famille »**<sup>[6]</sup>, c'est-à-dire des enfants, que la filiation a pour référent ultime encore aujourd'hui la procréation naturelle, même pour la procréation médicalement assistée\*<sup>[7]</sup> et l'adoption plénière<sup>[8]</sup>.

## LE PROJET DE LOI ET LE DÉBAT PARLEMENTAIRE

◆ **Le projet de loi du gouvernement Ayrault** adopté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012 consiste à modifier l'article 143 du Code civil afin de le formuler ainsi : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Sont ensuite rappelées les autres conditions du mariage qui elles ne changent pas : être majeur et ne pas être frère et sœur, ni oncle/tante et nièce/neveu.

◆ **Le projet de loi ouvre aussi la possibilité aux couples de même sexe d'adopter conjointement un enfant** soit de manière plénière (disparition de la filiation antérieure), soit de manière simple (maintien du lien de filiation antérieur).

◆ **Il existe trois autres propositions de loi**<sup>[9]</sup> dont une qui demande l'ouverture de la procréation médicalement assistée (PMA\*) pour les couples de femmes<sup>[10]</sup> et l'autre qui réclame un débat sur la gestation pour autrui (GPA\*) lors de futurs états généraux sur la famille<sup>[11]</sup>.

Au vu de cet ensemble<sup>[12]</sup>, on peut donc considérer que le périmètre de la future loi ne porte pas que sur le mariage mais aussi sur les différents modes de filiation réservés jusque-là aux couples mixtes (homme/femme).

## AUJOURD'HUI, FACE AU MARIAGE, LES PERSONNES HOMOSEXUELLES SONT-ELLES TRAITÉES INJUSTEMENT ?

◆ **En janvier 2011, le Conseil Constitutionnel a estimé** que les dispositions en vigueur du Code civil réservant le mariage aux couples de sexe différent n'étaient pas contraires à la Constitution<sup>[13]</sup>, texte qui a pour préambule la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

[5] Aude Mirkovic, « Le mariage, un service public à redécouvrir », *Revue Lamy Droit civil*, n°94, juin 2012, pp. 55-58. [6] Décision n°2011-155 QPC, consid.7, du 29 juillet 2011. [7] Code civil, articles 311-19 et suivants. [8] Code civil, articles 343 à 370. [9] Un projet de loi émane du gouvernement ; une proposition de loi émane des parlementaires. [10] Déposée à l'Assemblée Nationale le 24 juillet 2012 par cinq députés dont Marie-Georges Buffet et Jacqueline Fraysse « *tendant à lever les discriminations reposant sur le sexe, le genre et l'orientation sexuelle en matière de filiation* ». [11] Déposée au Sénat le 27 août 2012 par douze sénateurs dont Esther Benbassa, Marie-Christine Blandin et Jean-Vincent Placé « *visant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et à l'ordonnement des conditions de la parentalité* ». [12] La troisième proposition de loi a été déposée le 28 juillet 2012 à l'Assemblée par cinq députés, dont Marie-Georges Buffet et vise à ouvrir le droit au mariage à tous les couples sans distinction de sexe ni de genre. [13] Décision n°2010-92 QPC du 28 janvier 2011. [14] Martine Gross, p.7. [15] Le plus souvent, il s'agit d'un enfant qui a été conçu par un couple homme/femme et dont un des deux parents s'est mis en couple avec une personne de même sexe. Cet enfant sait donc très bien qui est sa mère et qui est son père. Il existe aussi des cas où l'enfant est né par insémination de sa mère, mère vivant avec sa compagne. Rappelons que ces cas sont

## Bref historique de la revendication homosexuelle

**1969** Émeute de StoneWall, bar gay\* de New-York, en réponse à une descente de police. Point de départ de la revendication à une contre-culture gay\* et « commémorée » chaque année par la Gay Pride.

**1973** L'Association des Psychiatres Américains (APA) vote une résolution déclarant que l'homosexualité n'est plus une maladie (en 1992 en France).

**1982** Dépénalisation de l'homosexualité par le gouvernement Mauroy.

**1984** Création d'AIDES, association de lutte

contre le sida qui va servir de catalyseur aux revendications homosexuelles auprès des pouvoirs publics et des médias.

**1999** Vote du PACS, contrat original destiné à organiser la vie commune de couples homme/femme ou de couples de même sexe. Depuis la loi du 23 juin 2006, les rapprochements avec le mariage sont plus significatifs. La différence majeure entre les deux porte sur la filiation à laquelle le PACS n'ouvre pas. Le nombre de PACS signés en 2010 est de 205 158 (le mariage de 251 654) dont 9 143 entre personnes de même sexe (Source Insee).

### DÉFINITIONS (suite)

*peuvent difficilement prétendre exister » (22).*

**Parentalité :** ensemble des fonctions éducatives d'adultes envers un enfant. La parentalité peut être assumée par d'autres personnes que les parents. Ce terme a été forgé par les organisations militant pour le mariage et l'adoption homosexuels.

**Parenté :** lien qu'entretiennent deux personnes de sexe différent vis-à-vis de l'enfant qu'elles ont engendré. La parenté a un enracinement dans le corps sexué et implique l'engendrement ; elle se décline soit en maternité, soit en paternité. Même dans le cas de l'adoption, le référent du lien de parenté demeure le couple homme/femme. Il s'agit de donner à un enfant une famille qui soit similaire avec celle qu'il a perdue.

### PMA (Procréation Médicalement Assistée) :

la loi de bioéthique de 1994 la définit comme l'ensemble des « pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ». Ces pratiques sont jusqu'à ce jour réservées en France aux couples homme/femme, vivants, en âge de procréer, mariés ou pouvant justifier de deux ans de vie commune.

- ◆ **De même, ni le droit européen issu du Conseil de l'Europe (16), ni le droit de l'Union Européenne n'impose aux États membres d'ouvrir le mariage (17) et l'adoption (18) aux personnes de même sexe.** La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) considère que la discrimination est une différence de traitement illicite lorsqu'une distinction est introduite entre des situations analogues et comparables (19). Le fait que la CEDH n'oblige pas les États membres à ouvrir le mariage et la filiation aux couples de même sexe manifeste donc qu'elle ne considère pas qu'il y a là une discrimination.
- ◆ **La CEDH a admis que le modèle familial naturel était légitime pour régler la PMA\* (20) et l'adoption (21).** C'est, en effet, parce que l'adoption prend pour référent la famille naturelle qu'un enfant ne peut être l'objet d'adoptions multiples, que son adoption est définitive et que ses parents adoptifs doivent être en âge de procréer.

la conséquence d'actes illégaux sur le territoire français. [16] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. [17] CEDH, 1<sup>er</sup> Sect., 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, Req. N°30141/04. [18] CEDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, Req. N°25951/07. [19] CEDH, 23 novembre 1983, série A n°70, Van der Musselle c/ Belgique. [20] CEDH, S.H. C/ Autriche, GC, 3 novembre 2011, n°57813/00§104. [21] CEDH, Schwizgebel c/ Suisse, 10 juin 2010, req. 25762/07, §88s. [22] Martine Gross, p.8.

## CONTINUITÉ OU CHANGEMENT DE MODÈLE ?

Récuser une des clauses du mariage (la différence des sexes) ouvre la porte à la remise en cause des autres clauses (monogamie <sup>(23)</sup> et interdit de l'inceste <sup>(24)</sup>) et introduit une logique de radicale contractualisation <sup>(25)</sup> du mariage mesurée par la seule volonté des individus. Si le mariage est ouvert aux couples de même sexe, la filiation perdra sa référence à la procréation naturelle et sera fondée sur la seule volonté exprimée par les parents <sup>(26)</sup>. Pourquoi continuer alors à considérer qu'un enfant ne peut avoir que deux parents ? Pourront être déclarés parents tous les adultes ayant participé volontairement à la réalisation du projet parental. Pourquoi garder cette clause de monogamie ? <sup>(27)</sup>

## CE PROJET DE LOI EST-IL JUSTE ?

L'ouverture du mariage et de la filiation aux couples de même sexe ne peut être évaluée politiquement qu'en posant la question de la justice d'une telle loi. Or deux conceptions de la justice s'affrontent, chacune commandant une réponse opposée :

- ◆ Soit on considère que la justice est synonyme d'égalité des droits d'individus neutres indifférenciés réclamant la reconnaissance publique de leurs désirs <sup>(28)</sup> ; auquel cas, toute différence de traitement alléguant des différences réelles entre individus (ici les différences d'articulation entre sexualité, procréation et filiation) est considérée comme injuste et discriminatoire.
- ◆ Soit on considère que la justice consiste à rendre à chacun ce qui lui est dû en raison d'un ordre dans lequel il s'inscrit <sup>(29)</sup>, et alors il n'est pas injuste de traiter différemment des situations différentes. Au regard de la nature du mariage et de son lien intrinsèque avec la procréation, et en raison de l'infertilité de la relation entre deux hommes ou deux femmes, le mariage exige la différence des sexes des partenaires.

Il convient également de considérer l'ensemble des parties concernées, à savoir les adultes d'une part, les enfants d'autre part, et l'État législateur au milieu dont la responsabilité <sup>(30)</sup> est de déterminer les biens qu'il convient d'attribuer à chacune. Il convient donc de discerner les différents biens en présence :

- ◆ du côté des personnes homosexuelles, la reconnaissance publique de leur amour et le statut qu'offre le mariage en termes de sécurité représentent des biens. Le fait d'être parent est aussi un bien essentiel que tout être humain désire. Il se trouve que la relation entre deux personnes de même sexe est en soi stérile. L'accès à la parenté\* conjointe n'est possible que par la médiation de la technique médicale (PMA\*) ou juridique (adoption).
- ◆ du côté de l'enfant ; tout être humain est issu d'une double origine, maternelle et paternelle. Le fait d'ignorer cette double origine et le fait de ne pas pouvoir vivre dans la continuité de celle-ci privent objectivement l'enfant de biens humains fondamentaux <sup>(31)</sup>. Lorsque cette privation est la conséquence d'un choix volontaire, elle apparaît comme injuste et doit être interdite.

La mise en balance de ces deux séries de biens permet donc de juger que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe est injuste au nom du respect dû aux enfants qui seraient susceptibles d'être désignés comme étant leurs enfants.

[23] Code civil, articles 147. [24] Code civil, articles 161, 162, et 163. [25] Xavier Labbé, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *La Semaine juridique*, n°37, 10 septembre 2012, pp.1642-1648. [26] Marcela Iacub, *L'Empire du ventre*, Fayard, 2004, p.312. [27] On le voit en effet avec la revendication au « poly amour » qui monte aux États-Unis, en Belgique et même au Brésil. [28] Claude Lefort, « Les droits de l'homme et l'État-providence », *Essais sur le politique*, Seuil, 1986, p.55 et 56. [29] Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, PUF, 1989. [30] Hans Jonas, *Le Principe responsabilité*, Cerf, 1990. [31] Voir l'étude de Mark Regnerus, « How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study », *Social Science Research*, Vol. 41, Issue 4, July 2012, pp.752-770.



Institut de  
Formation  
Politique

L'Institut de Formation Politique est le premier institut qui forme les jeunes aux idées et à l'action politiques. L'IFP organise régulièrement des séminaires de formations dédiés aux étudiants et publie des notes de synthèse destinées à faire le point sur un thème, une organisation ou une personnalité. L'Institut de Formation Politique est une association loi 1901 à but non lucratif. Tous les programmes sont financés par des participations et dons privés. Indépendant des partis politiques, l'IFP n'accepte aucun financement public.

32, rue des Bruyères – 92310 Sèvres / Tél. : 09 51 64 30 25 / [www.ifpfrance.org](http://www.ifpfrance.org) / [info@ifpfrance.org](mailto:info@ifpfrance.org)