

L'homoparentalité



## Sommaire

PRÉFACE .....	5
<b>par Luc Ferry</b>	
LE MARIAGE ET L'ADOPTION DES COUPLES HOMOSEXUELS - ASPECT JURIDIQUES .....	13
<b>par Jeannette Bougrab</b>	
L'HOMOPARENTALITÉ : ENJEUX PSYCHOLOGIQUES .....	27
<b>par Caroline Thompson</b>	
LA PROHIBITION DE L'HOMOFAMILLE À L'ÉPREUVE DE L'ÉGALITÉ DÉMOCRATIQUE .....	43
<b>par Éric Deschavanne</b>	



# PRÉFACE

par Luc Ferry

Les analyses réunies dans cet ouvrage visent à fournir quelques repères essentiels pour qui veut se forger une opinion sur les questions liées à l'homoparentalité qui divisent encore aujourd'hui nos concitoyens tout autant que la classe politique. Jeannette Bougrab présente les aspects juridiques du problème, Caroline Thompson en éclaire les données psychanalytiques tandis qu'Éric Deschavanne fait le point sur les argumentations en présence. Je voudrais de mon côté proposer, en guise d'introduction, trois remarques qui forment à mes yeux ce qu'on pourrait nommer les « pré-requis » de la discussion, les éléments qu'il faudrait, quelle que soit sa propre opinion, prendre en compte si l'on veut aborder de manière plus éclairée ce sujet difficile. J'y ajouterai une suggestion qui me semble offrir l'avantage de prêter moins que d'autres à la contestation tout en faisant droit à l'essentiel des revendications touchant l'homoparentalité.

Ma première remarque, qui vaut pour bien d'autres questions de société dès lors qu'elles engagent des modifications de nos législations et touchent par conséquent au *collectif*, c'est qu'il ne s'agit pas ici de réagir à titre purement personnel. Nous ne sommes pas dans une conversation *privée*, entre la poire et le fromage, où il s'agirait simplement de donner son avis, de dire « Ah non, moi, personnellement, je suis contre ! »... ou « pour », peu importe. Nous avons tous des opinions, c'est l'évidence, mais ce n'est pas cela qui est en jeu quand on se place, ne fût-ce que par hypothèse, dans l'optique d'une législation possible. Imaginons d'ailleurs à quoi ressembleraient nos lois si elles devaient refléter les options personnelles de chacun d'entre nous ! Ce serait un désastre car rien de collectif ne pourrait en sortir. Il s'agit donc, d'abord et avant tout, d'élargir l'horizon, de se mettre à la place des autres, de saisir tous les points de vue possibles, car c'est cela la première exigence de la loi républicaine. Par

essence elle vaut pour tous, et pas seulement pour moi. Dans cette perspective, il est un principe que nous devons tous garder à l'esprit comme un guide quasi sacré de notre république laïque : *c'est que nous n'avons pas le droit d'interdire quoi que ce soit à qui que ce soit sans qu'il y ait une bonne raison pour le faire, c'est-à-dire une raison que ne vaille pas simplement pour moi, à titre d'option personnelle, mais qui puisse et doive valoir aussi pour les autres.* Je comprends, pour prendre un exemple qui fut longuement débattu dans la réalité et qui n'a donc rien d'une abstraction, qu'un chrétien convaincu et fervent, refuse *pour sa part*, parce que la doctrine de l'Église exprimée maintes fois par le pape l'exige, de recourir à une procréation médicalement assistée (PMA) pour avoir un enfant. C'est un choix personnel, lié à une conviction également personnelle, que nous pouvons et devons tous, chrétiens ou non, respecter. Mais de là à vouloir interdire aux autres, y compris à ceux qui ne sont pas croyants, de recourir aux PMA, il y a un pas qu'on ne saurait franchir sans tomber dans un dogmatisme tendanciellement totalitaire. Je crois que nous devons tous réfléchir en ces termes aux questions qui nous sont aujourd'hui posées par la demande de mariage et d'adoption dans les couples homosexuels. La question n'est pas de savoir si cela plaît ou déplaît, choque ou ne choque pas tel ou tel attachement à des convictions religieuses ou traditionnelles, par ailleurs éminemment respectables, mais de déterminer s'il existe oui ou non des raisons *argumentables*, réellement défendables *en public et pas seulement en privé*, de s'opposer à une telle demande – ce qui supposerait bien entendu que l'on puisse montrer qu'elle nuit en quelque façon à autrui. En d'autres termes, il faut que nous acceptions tous le principe de l'argumentation, plutôt que celui de l'expression des seuls réflexes et convictions individuels. Ce qui signifie très concrètement, sur un plan psychologique, qu'il nous faut essayer d'éviter de toutes nos forces l'attitude naturelle, si caractéristique des « effets de salle », qui consiste à applaudir aux propos qui nous conviennent et siffler ceux qui contredisent nos habitudes premières.

Ma deuxième remarque irritera sans doute ceux qui sont hostiles au mariage homosexuel, mais je crois néanmoins qu'il faut l'avoir présente à l'esprit pour cerner toutes les dimensions du problème. Quoi

qu'on en pense, son autorisation est pour ainsi dire inscrite dans le « sens de l'histoire » et ce pour une raison de fond : depuis « l'invention » du « mariage d'amour » au XVIII<sup>e</sup> siècle puis son extension à l'ensemble des couples au fil du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup>, les motifs traditionnels du mariage – le lignage et la religion – se sont progressivement estompés au profit d'un troisième qui les a définitivement supplantés : le sentiment ou, pour parler comme Goethe, l'affinité élective. Le biologique et le sacré ont fait place aux exigences de la vie affective – ce qui supposait, au passage, que l'on inventât aussi le divorce : dès lors que le couple est fondé sur l'affectivité, sur l'amour, et non plus sur le projet d'avoir une descendance, une famille organisée et unifiée sous le regard de Dieu, alors il va de soi qu'en cas de fluctuation (et quoi de plus fluctuant que le sentiment ?), le lien fondateur s'évanouit et les parties en présence reprennent leurs droits.

Du reste, nous voyons bien que nos voisins européens se posent la même question que nous et que nombre d'entre eux ont déjà autorisé le mariage homosexuel comme nous ne manquerons pas de le faire le jour où la gauche – qui a inscrit désormais clairement ce projet à son agenda – accèdera au pouvoir, ce qui arrivera nécessairement un jour ou l'autre dans une démocratie naturellement vouée à l'alternance. Il est donc plus que probable – encore une fois que cela plaise ou non : ce n'est pas un jugement de valeur mais une prédiction raisonnable dont il faut tenir compte dans nos débats – que le mariage homosexuel sera prochainement autorisé en France comme il l'a été tout récemment encore en Espagne et pour les mêmes raisons. Il suffit par ailleurs de considérer quelques dates pour voir combien nos mentalités ont changé en peu de temps et mieux apprécier ainsi les raisons pour lesquelles ce mouvement est quasiment inéluctable. En 1982 : dépénalisation de l'homosexualité, ce qui signifie qu'elle était encore illégale jusque-là. 1990 : l'OMS supprime l'homosexualité de la liste des maladies mentales. 1999 : le PACS. 2000 : la lutte contre l'homophobie s'organise légalement. Juin 2001, une femme est autorisée à adopter l'enfant de sa compagne. Mars 2003 : les peines infligées pour les crimes homophobes sont alignées sur celles prévues pour les crimes racistes. À regarder seulement ces quelques données, on comprend que la condition homosexuelle a changé bien davantage en 25 ans qu'en plusieurs siècles. Comme pour le

droit de vote des femmes ou le droit à l'avortement, ce qui nous paraissait insensé ou criminel il y a quelques décennies encore s'impose aujourd'hui à nous comme une évidence. Je sais bien que la notion de combat d'arrière-garde n'est pas un argument et ce n'est pas en ce sens que je la mobilise ici. Je le fais seulement pour indiquer qu'il y a là une logique historique qu'on ne peut pas non plus balayer d'un revers de main.

Ma troisième remarque prend à contre-pied une bonne partie des convictions communes. Elle est, elle aussi, j'en ai bien conscience, irritante pour les opposants au mariage homosexuel, mais cependant nécessaire à une juste compréhension de la situation actuelle. Il est, en effet, crucial sinon d'inverser, du moins de retourner ne serait-ce que par méthode, l'opinion dominante aujourd'hui en France selon laquelle, en gros, le mariage homosexuel serait à la rigueur acceptable tandis que l'adoption par un couple homoparental, parce qu'elle engage un tiers qui n'a rien demandé et qui est fragile (l'enfant adopté), devrait à tout prix être interdite. C'est (presque) le contraire qui est vrai si l'on y réfléchit un peu. Car la vérité, c'est qu'il est indispensable *de facto*, si du moins on veut agir *dans l'intérêt bien compris des enfants*, d'autoriser dans certains cas leur adoption par des couples homosexuels, tandis qu'à la limite, le mariage pourrait être remplacé, pour deux personnes du même sexe, par une autre institution qui viserait, par exemple, à améliorer le PACS.

Pourquoi cette remarque ? Tout simplement parce qu'il faut bien avoir conscience qu'en France, aujourd'hui, l'adoption d'un enfant par une personne célibataire – donc, le cas échéant, par une personne homosexuelle qui vit par ailleurs dans un couple, par définition situé hors mariage – est tout à fait autorisée de sorte que des milliers d'enfants vivent d'ores et déjà, de fait, dans des couples homosexuels. Or tout le problème, c'est qu'en cas de décès du parent « officiel », c'est-à-dire du parent adoptant, le « deuxième parent » (celui qui n'est pas officiellement reconnu comme tel) n'a aucun droit sur l'enfant alors même qu'il est perçu par ce dernier comme parent au même titre que l'autre. En outre, nombre de femmes lesbiennes vivant en couples ont également, en dehors de cette première possibilité qu'est l'adoption, recouru à des inséminations artificielles avec donneur (aisée à pratiquer dans des pays

étrangers) pour donner naissance à des enfants qui s'ajoutent donc à ceux qui ont été adoptés. De sorte qu'au total ce sont sans doute des dizaines de milliers d'enfants (les chiffres sont difficiles à cerner : ils varient entre 10 000 et 300 000 selon les évaluations !) qui vivent aujourd'hui l'expérience d'être élevés dans un couple homosexuel. Encore une fois, en cas de décès du parent légal ou, plus simplement, en cas de séparation, le deuxième parent n'a aucun droit, ce qui peut conduire à de véritables catastrophes pour les enfants. C'est donc ce problème-là qui doit être réglé d'une façon ou d'une autre en toute priorité – ce qui conduit à reconsidérer la question de l'adoption en des termes très différents de ceux auxquels on est généralement habitué dans le débat public sur l'homoparentalité. Il ne suffit pas, en effet, d'améliorer le PACS sur le plan financier – de régler les problèmes de fiscalité ou de pension de réversion, par exemple – mais il faut surtout faire en sorte que les milliers d'enfants élevés par des couples homosexuels *et notamment ceux qui n'ont pas d'autres parents connus dans un couple précédent*, soient protégés contre les malheurs de la vie. Pour cela, il convient certainement de revoir nos législations sur l'adoption – qui de toute façon, même pour les couples hétérosexuels, auraient singulièrement besoin d'une révision. Ne nous dissimulons cependant pas la difficulté : même en élargissant les possibilités pour les couples homosexuels dans un souci de mieux protéger leurs enfants, il faudra tenir compte des accords internationaux et notamment du fait que certains pays, en particulier hors de l'Union européenne, restent hostiles à toute forme d'homoparentalité.

S'agissant maintenant du mariage homosexuel lui-même, les arguments pour ou contre sont aujourd'hui bien connus. En gros, les voici, très schématiquement résumés :

*Les principales objections contre :*

La famille, c'est un père, une mère et des enfants. Légaliser l'homoparentalité va donc briser encore davantage une cellule de base de la société déjà bien malmenée...

Il existe, déclare-t-on, un ordre naturel des choses ou, comme l'affirme l'Église catholique – mais avec elle toutes les autres religions – une « loi

naturelle » que l'homosexualité contredit. En quoi elle doit être condamnée <sup>1</sup>.

L'homosexualité est une perversion. À ce titre, elle relève clairement du pathologique et ne doit pas être normalisée : c'est là, comme on sait, la position de Freud, et aujourd'hui encore, de nombre de ses disciples.

Si le tabou tombe, pourquoi ne pas faire tomber les autres, à commencer par celui de l'inceste ? Si ce qui doit désormais fonder le mariage relève uniquement de la logique du sentiment, on ne voit pas pourquoi tous ceux qui le veulent, sans aucune restriction, se verraient interdire le droit au mariage. Or leur accorder ce droit serait un nouveau coup porté non seulement contre la famille mais contre la prohibition de l'inceste qui est au fondement même de la civilisation.

Sur l'adoption : on engage cette fois-ci un tiers (l'enfant) qui n'a rien demandé. Nous (l'État) sommes responsables de lui. Même sans mettre en doute aucunement les capacités des parents homosexuels, c'est la structure du nouveau paradigme qui peut, en tant que telle, inquiéter : n'y a-t-il aucun risque à avoir deux mères ou deux pères ? Comme il est en l'occurrence impossible d'expérimenter, il vaudrait mieux, ici comme ailleurs, appliquer le principe de précaution...

#### *Les arguments pour :*

La nature et la tradition ne sont pas nos codes, pas plus que la religion puisque nous vivons dans des sociétés laïques. Dans ces conditions, tous ceux qui le souhaitent devraient avoir le droit de se marier. C'est une question d'égalité, de lutte contre les discriminations : d'un point de vue démocratique, il est donc impossible de s'opposer à cette revendication.

---

1. On a sans doute tout à fait tort de voir là, au sens propre, une forme d'« homophobie ». Car il y a derrière ce jugement de l'Église toute une vision du monde, une cosmologie qui a dominé l'humanité européenne pendant des siècles et qui ne visait en rien les homosexuels, même si elle conduisait et conduit encore à les considérer comme des pécheurs « contre nature ». Simplement, cette vision du monde s'est largement effondrée et, d'un autre côté, nous vivons dans des sociétés laïques : quel sens y a-t-il à vouloir calquer la loi de la cité sur celle de la nature telle que la définit l'Église ?

Il est absurde de dire que le mariage homosexuel va contre la famille et risque de la fragiliser puisque, justement, c'est lui rendre un superbe hommage que de vouloir en adapter et en étendre ainsi le modèle.

Refuser le mariage homosexuel mais accepter l'homosexualité hors mariage, c'est admettre le sexe et refuser l'amour ! Plaider pour le mariage homosexuel, c'est vouloir enfin réconcilier les deux.

Quant à l'adoption : des dizaines de milliers d'enfants vivent déjà dans des couples homosexuels masculins ou féminins. Si l'éducation, pour l'essentiel, c'est la transmission de l'amour, de la loi, et de la culture, on voit mal au nom de quoi on prétendrait que des homosexuels sont incapables de transmettre de telles valeurs. Selon les études dont nous disposons, cela ne se passe d'ailleurs pas plus mal qu'avec les hétéros ! Au reste, si l'on va par là et qu'on regarde les familles traditionnelles, il y a de toute façon beaucoup à dire et peu de leçons à recevoir ! Enfin : sur les milliers d'enfants qui vivent dans des couples homos, beaucoup seraient totalement démunis si le père ou la mère officiels mouraient car le coparent n'aurait aucun droit : de toute façon, il faut améliorer la situation sur ce point.

Il y a sans doute d'autres arguments et, surtout, bien d'autres façons de présenter ceux que je me contente ici d'évoquer sans nullement chercher à les développer comme il faudrait le faire dans une étude plus approfondie. Je voudrais cependant ajouter trois objections, non pas contre la forme que pourrait revêtir une union civile qui viendrait améliorer le PACS et donner, pour l'essentiel, les mêmes droits aux couples homosexuels qu'aux couples mariés, mais contre l'usage même du terme « mariage » pour la désigner.

Il me semble, en effet, qu'il n'est pas souhaitable, même dans l'hypothèse d'une telle union civile pratiquement identique en droit au mariage, de confondre les deux notions. Et ce pour trois raisons.

La première, c'est que de toute façon, les unions homosexuelles seront toujours, qu'on le veuille ou non, différentes du mariage : dans ce dernier, en effet, il y a forcément un père, une mère, et le cas échéant, des enfants. Dans une union homosexuelle, il y a nécessairement deux pères ou deux mères. Or il me paraît essentiel, ne serait-ce que pour ne pas

mentir aux enfants et parce que le symbolique n'est pas rien, que cette différence soit clairement nommée : qu'on parle donc d'union civile, par exemple, et que l'on accorde autant qu'il est possible les mêmes droits aux homosexuels qu'aux hétéros, mais que l'on réserve le terme de mariage... au mariage ! Au reste, cela aurait le mérite, d'un point de vue politique mais aussi intellectuel et moral, de respecter les convictions de tous : de ceux qui tiennent au mariage traditionnel – et ils ont bien le droit – comme de ceux qui entendent légitimement lutter contre les discriminations.

La seconde raison, c'est qu'à la différence du mariage, une union homosexuelle ne saurait être que *civile* – au regard des trois grands monothéismes tout au moins. Et là encore, on voit mal pourquoi il faudrait à tout prix s'acharner à ne pas respecter les différences quand leur réalité est manifeste. Encore une fois : le symbolique, dans la vie humaine, est tout sauf négligeable et nul n'a intérêt à le bafouer.

Enfin, si la logique qui est derrière la revendication du mariage homo est à la fois celle de l'égalité et de l'amour – le mariage devrait logiquement être accessible à tous les individus, quels qu'ils soient, qui veulent former un couple : pourquoi pas des frères et sœurs, par exemple, s'ils s'aiment et s'ils y trouvent leur compte ? Qui pourrait, si rien ne vient limiter la dynamique ainsi enclenchée, leur refuser ce droit et au nom de quoi ? Chacun voit bien qu'il faut éviter, dans cette perspective, d'ouvrir la voie à des conséquences dont le moins que l'on puisse dire est qu'elles ne sont pas souhaitables !

Voilà pourquoi il me semble que l'union civile accordant aux couples homosexuels des droits à l'adoption et améliorant le PACS sur tous les points en litige (en matière de fiscalité et de pension de réversion notamment) est la meilleure solution : à la fois la plus juste (les discriminations cessent car les différences qui subsistent ne sauraient être considérées comme telles) ; la plus honnête, car elle ne travestit pas la réalité en utilisant abusivement le terme de mariage ; la plus acceptable sur le plan politique par le plus grand nombre et, *last but not least*, celle qui assure le mieux la protection des enfants vivant dans les couples homosexuels.

# Le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels : les aspects juridiques

Par **Jeannette Bougrab\***

Tout le monde se souvient du mariage entre deux hommes célébré à Bègles par Noël Mamère en juin 2004, mariage qui a depuis été annulé par la justice. Depuis les questions posées par les couples homosexuels à savoir le droit au mariage et à l'accès à la parentalité font toujours débat. Pour preuve, le tribunal de grande instance de Belfort a prononcé le 24 octobre dernier l'adoption d'un petit garçon de cinq ans par une femme vivant avec la mère biologique. À défaut de loi sur cette question qui viendrait clarifier un certain nombre de points de droit, les tribunaux règlent au cas par cas des situations personnelles souvent douloureuses.

D'ici les prochaines échéances électorales, aucune intervention législative ou réglementaire n'est prévue pour tenter de résoudre les problèmes posés par les discriminations entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Chacun des candidats à l'élection présidentielle a d'ailleurs fait connaître ses positions sur le mariage et sur l'adoption, en promettant d'intervenir s'il était élu. Si Ségolène Royal, François Bayrou, Dominique Voynet ou encore Marie-Georges Buffet se sont déclarés favorables au mariage homosexuel et à l'adoption, d'autres se montrent plus réservés comme Nicolas Sarkozy qui préconise une union civile tout en continuant à réfléchir à l'adoption d'enfants par des couples homosexuels. Sa position est loin d'être isolée. Elle est partagée par plusieurs milliers d'élus qui n'ont pas hésité à signer des pétitions contre la reconnaissance du mariage et de l'adoption. Il s'agit entre autre du

\*Maître de conférences à l'université de Paris I – Panthéon-Sorbonne, membre du Haut Conseil à l'intégration.

collectif des maires pour l'enfance et du Manifeste parlementaire pour la défense du droit fondamental de l'enfant d'être accueilli et de s'épanouir dans une famille composée d'un père et d'une mère. Les Français sont plus nuancés. Un récent sondage de IPSOS publié par le magazine *Têtu* montre que si la question du mariage homosexuel est de plus en plus consensuelle puisque 62 % des personnes sondées y sont favorables, 55 % des Français demeurent opposés à la reconnaissance du droit d'adoption d'un enfant pour les couples homosexuels et 31 % y sont catégoriquement opposés.

Cette crispation dans le débat français est en contradiction avec les contextes européen et international favorables aussi bien au mariage ou au moins à un partenariat privilégié et à l'adoption pour les couples homosexuels. En effet, pas moins de douze États européens reconnaissent désormais à leurs citoyens le droit de conclure un contrat de partenariat, voire de se marier avec une personne du même sexe, ainsi que le droit d'adopter en couple un enfant.

C'est le Danemark qui a ouvert la voie en 1989 avec l'adoption d'une loi qui introduit une assimilation générale entre les effets juridiques du mariage et ceux du partenariat mais qui prévoit quelques exceptions relatives notamment aux enfants. Jusqu'à encore récemment deux personnes de même sexe liées par un partenariat privilégié ne pouvaient pas adopter un enfant ensemble, ni même partager l'autorité parentale sur un enfant. Presque dix ans après avoir ouvert la première brèche, le Danemark a franchi un nouveau pas en autorisant deux personnes du même sexe à adopter un enfant, à la seule condition que cet enfant soit né d'une relation antérieure. Le Danemark a donc été un précurseur en la matière et les associations danoises demandent aujourd'hui une amélioration du système actuel en s'inspirant notamment du cas néerlandais.

Les Pays-Bas ont également emprunté la voie du partenariat en 1998 en procédant à une assimilation générale en matière fiscale, sociale et successorale contrairement au PACS français. La même année le Code civil néerlandais était modifié afin de permettre un partage de l'autorité parentale entre le parent biologique et la personne avec laquelle il est lié

par un partenariat privilégié. Trois années plus tard, en avril 2001, deux lois fondamentales entrent en vigueur qui reconnaissent désormais aux couples homosexuels le droit au mariage, et surtout qui consacrent le droit à l'adoption conjointe par un couple homosexuel, sous la seule condition que l'enfant soit de nationalité néerlandaise ou réside aux Pays-Bas. Le mariage entre deux personnes du même sexe ne crée toutefois pas de lien de filiation, de sorte que, dans un couple homosexuel, le conjoint ne devient parent de l'enfant de son époux que s'il adopte. La loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2002 permet un partage automatique de l'autorité parentale sur un enfant qui naît pendant le mariage mais qui n'a d'après la loi qu'un seul parent (le mariage ne créant pas de lien de filiation pour les couples homosexuels). Les Pays-Bas illustrent parfaitement cette marche vers l'égalité entre les couples quel que soit leur statut juridique en tentant d'aligner le statut des couples homosexuels sur celui des couples hétérosexuels mais plus généralement des couples non mariés sur celui des couples mariés.

L'un des derniers États qui a vu sa situation évoluer est la Belgique. S'agissant du mariage la Belgique avait fait un choix *a minima* en adoptant un texte qui créait un cadre juridique permettant aux couples homosexuels de régler les modalités pratiques de leur vie commune. Ce système était peu satisfaisant car il n'était pas opposable aux tiers. C'est dans ce contexte que la loi du 13 février 2003 a été adoptée ouvrant le droit au mariage aux couples homosexuels. Le 20 avril dernier le Parlement belge est allé encore plus loin en votant à une courte majorité une loi modifiant le Code civil et autorisant l'adoption d'enfants pour des couples homosexuels. Le fait que l'absence de cadre juridique fragilisait la situation des enfants en cas de séparation du couple ou de décès du parent biologique a été un argument décisif du passage de cette loi.

Plus surprenant, c'est récemment l'Espagne qui a voté le 30 juin 2005 la légalisation du mariage gay matérialisant ainsi une promesse de campagne de Monsieur Zapatero, alors même qu'une contre-manifestation réunissant des dizaines de milliers de personnes dont l'archevêque de Madrid et une quinzaine d'évêques avait été organisée à Madrid. Il est

intéressant de constater le degré d'ouverture de la législation espagnole qui, contrairement à celles adoptées par la Belgique ou les Pays-Bas, autorise le mariage entre homosexuels étrangers.

Dans le même texte, l'Espagne a généralisé les possibilités pour les couples homosexuels d'adopter des enfants. Ce mouvement était prévisible car plusieurs communautés avaient déjà adopté des législations dans le cadre de leurs compétences en matière de droit civil, dotant ainsi les couples stables hétérosexuels ou homosexuels d'un statut juridique comparable à celui des couples mariés. Cela a été le cas de la Catalogne en 1998, de l'Aragon en 1999, de la Navarre en 2000, des Baléares, de Madrid et de Valence en 2001, l'Andalousie et les Asturies en 2002, les Canaries, l'Estremadure et le Pays Basque en 2003.

En règle générale, ces lois prévoyaient que les partenaires se devaient assistance et soutien et qu'ils étaient solidairement responsables des dépenses communes. En cas de séparation, certains textes prescri-vaient le versement d'une compensation financière au partenaire que la situation avait mis en difficulté. En cas de décès de l'un des partenaires, le survivant pouvait continuer à vivre dans le logement partagé, comme voire en hériter.

Dans trois communautés, la Navarre, le Pays Basque et l'Aragon, la législation permettait aux couples homosexuels d'adopter des enfants conjointement. L'Espagne en très peu de temps a procédé à une véritable révolution de son droit de la famille.

Incontestablement les législations de nos partenaires européens sont favorables à un réajustement voire à un alignement des droits des couples homosexuels sur ceux des couples hétérosexuels. La situation française est donc plutôt en retrait sur le plan législatif par rapport aux États européens. Si le législateur est intervenu en 1999 pour régler en partie les questions du couple homosexuel, il se refuse d'intervenir sur la question des enfants préférant laisser pour le moment le juge régler au cas par cas les problèmes d'autorité parentale.

## La question du mariage

Le mariage est une institution fascinante, fondamentale, fondatrice comme le rappelait le doyen Carbonnier, le père de la réforme du droit de la famille <sup>1</sup>. Il aimait à souligner que le mariage a une force d'attraction. Ainsi, malgré l'augmentation du nombre de divorces, les Français sont toujours nombreux, en dépit d'une légère baisse, à se marier, ceux qui se séparent ne le font qu'avec résistance.

Voilà longtemps que les minorités sexuelles revendiquent dans les enceintes parlementaires et les cours de justice le droit de contracter le mariage. La France, au même titre que les autres démocraties occidentales, a eu à se pencher sur la question des unions homosexuelles.

En France, le mariage ne peut être contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin, l'autre au sexe féminin comme le précise l'article 144 du Code civil <sup>2</sup>. Les couples homosexuels ne peuvent donc pas bénéficier de la liberté matrimoniale. Toutefois, depuis la loi du 15 novembre 1999, le couple formé par deux personnes de même sexe fait l'objet d'une reconnaissance en droit français. La loi a introduit un nouvel article 515.1 dans le Code civil qui donne la possibilité de conclure un contrat entre « *deux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Avant l'adoption de la loi du 15 novembre 1999, plusieurs propositions de lois avaient été déposées sur le bureau des assemblées. Par exemple, en 1990 une proposition en faveur d'un contrat de partenariat a été déposée au Sénat, en 1993 une proposition en faveur d'un contrat d'union civile ou encore en 1997 un contrat d'union sociale.

Le PACS connaît un vrai succès. Alors que l'adoption de la loi est essentiellement l'œuvre des associations homosexuelles ce sont les couples hétérosexuels qui sont les plus nombreux à contracter des PACS.

1. Jean Carbonnier, *Droit civil*, volume 1, collection « Thémis », PUF, Paris.

2. L'article 144 du Code civil dispose : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus.* »

Il y a là un paradoxe. Depuis sa création, on compte plusieurs dizaines de milliers de contrats conclus. Entre 1999 et 2005, plus de 204 000 PACS ont été conclus.

Pour les différencier du mariage, le législateur n'a pas souhaité confier aux maires le soin de célébrer les PACS. Certains maires auraient très certainement refusé d'accomplir une telle mission, du moins dans un premier temps. C'est au greffe du tribunal d'instance que le PACS doit être enregistré en double exemplaire. La procédure est essentiellement administrative et presque dénuée de la charge symbolique du mariage.

Le PACS entraîne néanmoins des effets sur les plans juridique et fiscal. Il crée ainsi des droits en matières de prestations sociales. Il impose également une obligation de vie commune<sup>3</sup> qui a pu être interprétée comme une obligation de fidélité, ainsi qu'une aide mutuelle et matérielle entre les partenaires selon les modalités fixées par le PACS. Comme pour les couples mariés, les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun<sup>4</sup>.

Sur le plan fiscal les signataires du PACS peuvent faire une déclaration commune dès l'année de l'enregistrement du PACS et cela depuis la loi de finances de 2005 qui a aligné la situation fiscale des couples pacsés à celle des couples mariés. Auparavant l'imposition commune des signataires d'un PACS ne commençait qu'à partir de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte.

Toutefois, sur le plan fiscal, l'assimilation avec le mariage se limite là car le PACS ne donne en principe aucun droit particulier en matière successorale. Dans le cadre du mariage, le conjoint survivant hérite d'une

3. D'ailleurs le Conseil constitutionnel saisi de la constitutionnalité de la loi a eu l'occasion de définir la notion de vie commune : « *La vie commune correspond à un devoir de cohabitation et suppose même, outre une résidence commune, une vie de couple.* »

4. L'article 515-4 dispose : « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun.* »

part qui lui est réservée. Le partenaire survivant du PACS ne bénéficie pas d'un tel droit, la transmission s'effectuant uniquement par testament dans la limite de la quotité disponible du défunt, et donc après la famille du conjoint décédé.

Toutefois, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 modifie les règles régissant le droit des successions et des libéralités. Cette loi comporte des mesures diverses sur le PACS afin de l'améliorer et d'en faire un véritable « modèle alternatif de conjugalité <sup>5</sup> ». Et notamment le fait que le partenaire survivant bénéficie d'un droit temporaire au logement constituant sa résidence principale.

Malgré ces quelques aménagements, plusieurs associations demandent davantage d'égalité notamment sur le plan successoral. Les personnes qui travaillent ensemble pendant plusieurs années et qui constituent un patrimoine commun se trouvent pénalisées lorsque l'une d'entre elles décède. Il convient donc *a minima* de mettre fin aux inégalités fiscales et sociales. Demeure la question de savoir si le PACS doit produire des effets sur la filiation mais plus généralement s'il peut donner accès à l'adoption conjointe.

## Un statut jurisprudentiel de l'homoparentalité

Un constat s'impose : le nombre de familles homoparentales ne cesse d'augmenter souvent en dehors du droit. Les chiffres avancés par les associations sont élevés – entre 100 000 et 500 000 – même s'il faut reconnaître qu'ils ne sont pas vérifiables. Contrairement à la question du mariage homosexuel, la question de l'enfant suscite davantage de crispations : dans un dernier sondage réalisé par IPSOS, 55 % des sondés sont hostiles à l'adoption par les couples homosexuels.

5. Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *La famille*, Defresnois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 181.

Il existe plusieurs manières d'accéder à la parentalité pour les homosexuels. Il s'agit souvent de cas d'enfants issus de couples hétérosexuels précédents. Mais certains vont plus loin en recourant à l'adoption, à la procréation médicale assistée avec l'insémination artificielle, voire à la technique de la maternité pour autrui c'est-à-dire aux mères porteuses. Une distinction s'impose selon que la personne souhaite avoir accès à la parentalité seule ou en couple.

S'agissant de l'adoption, le régime juridique est précisé aux articles 343 et suivants du Code civil. Aujourd'hui, seul un couple marié ou un ou une célibataire peuvent adopter un enfant après avoir obtenu un agrément. Celui-ci est délivré par le président du conseil général après évaluation des conditions d'accueil sur les plans familial, éducatif et psychologique.

Si la demande d'adoption émane du couple, le couple doit être marié depuis au moins deux ans, sauf si les deux conjoints sont âgés de plus de 28 ans. Si la demande émane d'un des deux conjoints, l'autre conjoint doit donner son consentement et être âgé de plus de 28 ans. Si la demande émane d'un célibataire, il doit être âgé de plus de 28 ans. Et la différence d'âge entre l'enfant et le célibataire doit être de 15 ans au moins. Si l'enfant adopté est celui du conjoint, cette différence d'âge doit être de 10 ans au moins.

Toutefois le tribunal de grande instance peut accorder une dérogation. Aujourd'hui, si un homosexuel peut en principe adopter un enfant, ce n'est pas un droit, ni pour un hétérosexuel ni pour un homosexuel. C'est ce qu'a précisé la Cour européenne des Droits de l'homme dans un arrêt du 26 février 2002 suite à un recours d'un célibataire homosexuel à qui l'agrément avait été refusé. De même, si les choix de vie de l'adoptant doivent être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant peuvent présenter des risques importants pour l'épanouissement de celui-ci. Dans une telle hypothèse, les autorités administratives peuvent rejeter la demande d'agrément présentée par un célibataire homosexuel <sup>6</sup>.

6. Conseil d'État 9 octobre 1996.

La technique de l'adoption est aujourd'hui parfois détournée dans le but de reconnaître des droits parentaux à l'égard de la femme vivant avec la mère, qui dispose, elle, d'une filiation biologique avec l'enfant. En effet, les couples de lesbiennes ont recours à l'insémination artificielle (le plus souvent en Belgique ou en Espagne) car, en France, l'accès à la procréation médicalement assistée est réservé aux couples hétérosexuels en âge de procréer mais qui ne peuvent avoir d'enfants en raison d'une infertilité ou d'un risque de transmission d'une maladie grave à leurs enfants. L'une des revendications des associations gays et lesbiennes est ainsi de modifier les lois sur la bioéthique, dans l'optique de lever cet obstacle. Certaines vont plus loin en demandant la suppression de l'anonymat des donneurs.

La Cour de cassation dans une décision relativement récente du 24 février 2006<sup>7</sup> a commencé à reconnaître des droits parentaux aux couples homosexuels contribuant ainsi à la reconnaissance d'un statut jurisprudentiel. En l'espèce, une femme mère de deux enfants dont la filiation paternelle n'a pu être établie, avait conclu un PACS avec sa compagne. La mère souhaitait déléguer partiellement l'autorité parentale dont elle était titulaire. Approuvant la cour d'appel d'Angers, la Cour de cassation retient que « *l'article 377 alinéa 1 du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale ne délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». La cour d'appel a relevé cet intérêt en décrivant les enfants comme « *épanouis, équilibrés et heureux bénéficiant de l'amour et du respect, de l'autorité et de la sécurité nécessaires à leur développement* ».

La Cour retient aussi qu'en cas d'accident de la mère la compagne n'aurait pas plus de rôle juridique d'éducation, ce qui serait contraire aux intérêts de l'enfant.

7. Cass. civ 1<sup>er</sup> 24 février 2001, Bulletin civil, I, n° 101 ; note D. Vigneau 2006 897.

L'analyse *in concreto* de la décision de la Cour de cassation se révèle tout à fait adaptée à ces situations de délégation d'autorité parentale car il est important que ce soit l'intérêt de l'enfant, ce qui tend notamment à retenir le critère de la qualité de l'union plus que celui du caractère hétérosexuel ou homosexuel du couple. Il s'agit fondamentalement d'une situation humaine éloignée de toute revendication communautaire contrairement à la question du mariage homosexuel et les magistrats n'ont pu que valider cette délégation de l'autorité parentale.

L'autre élément contribuant à un statut jurisprudentiel du couple homosexuel est la possibilité de prononcer une adoption simple lorsque l'adoptant est de même sexe que le parent de l'enfant. Il s'agit d'une sorte de détournement de l'adoption simple avec l'accord des juridictions. Ainsi le tribunal de grande instance de Paris le 27 juin 2001 a autorisé l'adoption simple par une femme Carla, des trois filles de sa compagne Marie-Laure. Une première. La mère a de ce fait renoncé à son autorité parentale. Carla et Marie-Laure ont donc dû mener une seconde bataille pour obtenir le partage de l'autorité parentale entre elles deux. Elles l'ont obtenu en 2004, le juge reconnaissant que les deux femmes prodiguent avec attention et amour les soins appropriés. La cour d'appel de Riom vient d'infirmier le jugement en indiquant que s'il n'est plus contesté que l'homosexualité n'est pas légalement un empêchement à l'adoption simple par une personne de l'un ou l'autre sexe mais le transfert de l'autorité parentale est de nature à créer une grave confusion dans l'esprit de l'enfant. Rebelote le tribunal de grande instance de Belfort a accepté l'adoption simple d'un petit garçon de 5 ans par une femme vivant avec la mère biologique qui avait fait l'objet d'une insémination artificielle avec donneur en Belgique. Là encore la mère biologique se trouve dessaisie de son autorité parentale au profit du parent adoptant. Un deuxième combat est ensuite mené par la mère biologique afin d'obtenir une délégation de l'autorité parentale.

Les parents d'enfants utilisent donc une stratégie en deux temps, procéder à une adoption simple car elle a l'avantage de laisser subsister des liens entre l'enfant et la famille d'origine puis transférer les droits d'autorité parentale sur la base de l'article 365 du Code civil.

Cette stratégie est rendue possible depuis l'adoption en 2000, à l'initiative de Ségolène Royal alors ministre de la Famille, d'une loi qui a créé un système de délégation de l'autorité parentale à un tiers digne de confiance. En février dernier, la Cour de cassation a estimé que ce tiers pouvait être la compagne ou le compagnon d'un parent homosexuel dans un arrêt du 24 février.

La personne bénéficiant de la délégation de l'autorité parentale peut prendre des décisions importantes comme le lieu de résidence. Compte tenu des pouvoirs, la procédure est très encadrée et donc sous le contrôle du juge. Elle est assez lourde, c'est la raison pour laquelle, Valérie Pécresse, députée des Yvelines, a déposé le 28 juin dernier une proposition de loi afin de donner une place au parent social en l'autorisant à accomplir les actes usuels de la vie de l'enfant comme aller le chercher à l'école, l'accompagner chez le médecin ou l'emmener en vacances<sup>8</sup>. L'idée qui sous-tend cette proposition est de reconnaître un rôle éducatif à des adultes qui entourent l'enfant sans l'élever au rang de parent légal. La procédure est simplifiée par rapport à celle de la délégation d'autorité parentale. Le parent légal pourra déléguer ainsi sa responsabilité pour un seul acte devant notaire ou sous seing privé. Cette proposition a l'avantage de la souplesse dans la mesure où elle ne nécessite pas l'intervention du juge mais son étendue est plus restreinte que la délégation de l'autorité parentale. L'association des parents gays et lesbiens (APGL) reconnaît le petit progrès que constitue cette proposition mais constate que la plupart des actes étaient déjà possibles par une simple lettre du parent biologique.

Ces mesures sont effectivement insuffisantes car elles ne permettent pas de donner un cadre juridique stable à l'enfant. Il ne s'agit pas tant de donner un droit à l'enfant mais de reconnaître le droit des enfants. Il faut adopter des mesures permettant au coparent de poursuivre l'éducation de l'enfant en cas de décès du parent biologique plutôt que placer l'enfant dans un foyer. De même, il convient de modifier les

8. Proposition de loi, Assemblée nationale, n° 3222, 28 juin 2006.

règles fiscales afin de permettre au coparent de pouvoir léguer des biens à l'enfant qu'il a contribué à éduquer. C'est notamment pourquoi le coparent procède à une adoption simple car la seule délégation d'autorité parentale ne permet pas de bénéficier d'un régime successoral avantageux.

La seule question de l'adoption ou de la délégation de l'autorité parentale ne permet pas d'englober l'ensemble des questions liées à l'homoparentalité. En effet, les femmes lesbiennes réclament l'accès à l'insémination artificielle. Aujourd'hui, elles sont obligées de se rendre soit en Espagne soit en Belgique (on parle d'ailleurs de *bébés Thalys*). En France, l'accès à la procréation médicalement assistée est réservé aux couples hétérosexuels en âge de procréer mais qui ne peuvent avoir d'enfants en raison d'une infertilité ou qui risquent de transmettre une maladie grave à leurs enfants. Les associations comme l'APGL demandent l'ouverture à toutes les femmes du droit à l'insémination artificielle. L'autre dossier brûlant est celui de la maternité pour autrui, appelée plus couramment « mère porteuse ». Cette pratique est interdite en France mais autorisée sous certaines conditions dans d'autres États comme au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Certaines personnes n'hésitent pas à se rendre à l'étranger pour avoir recours à ce genre de pratique malgré les risques de poursuites.

Comme on le constate, le dossier de l'homoparentalité est complexe et heurte des principes essentiels de notre droit comme celui de l'interdiction de faire commerce du corps humain. Pour autant, des aménagements doivent être adoptés afin de mettre fin à des situations d'inégalité voire d'inéquité entre les couples hétérosexuels et homosexuels. Les aménagements apportés par la loi de 2006 relative au PACS ne sont pas suffisants, il convient de reconnaître une véritable union civile pour les couples homosexuels produisant les mêmes effets que le mariage, en particulier en matière successorale.

S'agissant des enfants, l'ouverture doit être envisagée afin de faire prévaloir non pas le droit à l'enfant mais le droit des enfants. Il faut notamment s'assurer que le coparent puisse bénéficier de certains droits

parentaux : avoir la garde de l'enfant en cas du décès du parent biologique ou encore lui permettant de léguer des biens à l'enfant. À cette fin, des modifications doivent être apportées afin de lever les ambiguïtés autour de l'attribution de l'autorité parentale et de permettre l'adoption par des couples non mariés. Comme le montre l'étude de Caroline Thompson, les enfants grandissant dans le cadre de familles homoparentales sont tout aussi épanouis que les autres enfants. Aucun trouble particulier ne touche ces enfants.

Ces propositions, qui sont équilibrées et modérées, s'inscrivent toutes dans la tendance du droit européen sans pour autant renverser les principes de notre droit.



# L'homoparentalité : enjeux psychologiques

Par **Caroline Thompson**

Comment comprendre, d'un point de vue psychologique et psychanalytique les implications de l'accès des homosexuels à la parentalité ? Je propose d'envisager cette question d'abord sous l'angle de l'évolution actuelle de la famille, puis en relation avec le développement des enfants, enfin par rapport aux nouveaux défis éducatifs que ces changements peuvent entraîner.

27

## Le changement de rôles dans la famille

Pour faire sentir d'emblée la difficulté, je commencerai par un constat en forme de provocation : l'homoparentalité est devenue le modèle des couples quel que soit le sexe des partenaires. Dans la mesure, en effet, où au sein même des couples hétérosexuels, chacun recompose son rôle en empruntant à la fois et de plus en plus librement aux stéréotypes masculins et féminins, on peut dire que toutes les familles se confrontent à ce défi de réinvention de la tradition que l'on aurait pu croire réservé aux homosexuels : car l'individu moderne, c'est son orgueil, voudrait autant que possible être les deux sexes en même temps ! Comme le disait Michel Foucault : « *L'évolution de mœurs vient de la marge.* »

Deux facteurs sont déterminants pour comprendre cette situation : le développement de l'individu, d'une part, et du féminisme d'autre part, ont conduit à des changements importants dans la distribution des rôles des couples traditionnels. Il n'est plus question aujourd'hui que les

femmes préparent le dîner et que les hommes descendent la poubelle<sup>9</sup>. L'individu contemporain se construit, décide ce qu'il veut être et faire, et cette aventure individuelle touche à son tour le couple. Dans une union, chaque partenaire choisit, soit en suivant des schémas classiques de distribution des rôles sexués, soit au contraire en les remettant en question, quelle est sa fonction à l'intérieur du couple. Le travail des femmes a évidemment influencé cet état de fait. Mais pas seulement : les hommes aussi ont revendiqué leur désir d'échapper au stéréotype de la masculinité, pour d'ailleurs parfois mieux la vivre<sup>10</sup>.

C'est la loi de 1970 sur l'autorité parentale conjointe qui entérine la remise en question de la place du père comme chef de famille. La fonction paternelle n'est plus celle qu'elle a été depuis la révolution, la fonction maternelle est parallèlement en mutation. L'autorité d'un côté, le maternage de l'autre, voilà une distinction qui n'a plus cours aujourd'hui, ou du moins elle ne coïncide plus forcément avec le sexe du parent.

Traditionnellement le père incarnait le principe d'autorité. Cela signifiait qu'il devait rompre la relation fusionnelle de l'enfant avec la mère pour inscrire celui-ci dans une lignée générationnelle où lui était transmis le nom et le patrimoine. Mais aujourd'hui cette fonction n'est plus forcément sexuellement déterminée. Les femmes peuvent se constituer un patrimoine grâce à leur travail et leur nom apparaît de plus en plus souvent sur l'état civil de leurs enfants. La séparation symbolique n'est plus nécessairement le fait de l'homme, et la fusion ou l'amour ne sont plus l'apanage de la femme. Nous avons quitté l'ère de la naturalisation des fonctions sexuelles. Chaque individu dans le couple peut aspirer à la fois au masculin et au féminin. Ainsi se creuse l'écart entre le sexe extérieur et les positions psychiques internes.

9. Contrairement à ce que préconisent certains, souvent d'ailleurs des pédiatres hommes, dans une régression que l'on peut questionner : nostalgie de la mère ? Force est, en tout cas, de reconnaître une inquiétude commune face aux évaluations actuelles de la famille dans les prises de position d'auteurs tels qu'Aldo Naouri, Marcel Rufo ou Julien Cohen-Solal pour ne citer qu'eux.

10. C'est cette manière en partie nouvelle d'affirmer la masculinité ou « le retour du mâle » que les publicitaires cherchent à identifier en décrivant ce qu'ils appellent « les métrosexuels », « übersexuels », etc.

Est-ce que le couple homosexuel et sa demande d'enfant remet en cause la famille et notre principe de filiation ? Il est évident que la famille n'est plus la même, mais cette famille traditionnelle dont on nous parle tant correspond à un moment historique dont on peut faire remonter l'origine à la Révolution française.

Il faut replacer dans un contexte historique la demande des couples homosexuels : le développement de l'individu et la quête du bonheur ont transformé la nature même du lien qui unit un homme et une femme. Le mariage d'amour d'abord, puis le divorce balisent le chemin de cette évolution. En 1975 la notion de « consentement mutuel » est introduite, marquant un pas supplémentaire dans l'accès au divorce. La convenance personnelle devient plus importante que le bien et le besoin de la communauté. Souvent, c'est un seul des individus de cette mini-société qu'est la famille qui décide de la séparation. Le changement récent de la législation sur le divorce, qui ne repose plus nécessairement sur la faute grave, va dans ce sens. Le simple désir des individus suffit à mettre fin à une union, sans avoir besoin pour ce faire de justifier d'une faute qui donne un alibi à cette décision.

Ce qui ressort de cette évolution, c'est la place de plus en plus grande prise par le lien affectif. Nous sommes ainsi passés de la famille traditionnelle et patriarcale où la loi primait sur l'amour, à une famille moderne qui ne détermine plus les rôles des parents en fonction de leur sexe et où, désormais, l'amour semble l'emporter sur la loi. Avec la remise en question de l'autorité, c'est le sentiment qui est devenu le ciment de nos familles. Cela a permis aux couples d'homosexuels de revendiquer le droit à l'union puisque aujourd'hui le déterminant principal est du côté des émotions.

Le lien affectif et la « volonté » des individus tendent à devenir les seules sources vraiment légitimes de la famille. Ainsi la perte de l'amour a souvent pour effet de mettre fin à la relation. En valorisant cette nouvelle forme de lien, nous avons créé une situation particulièrement instable, car, comme chacun sait, l'amour est capricieux. Un romancier contemporain affirme même sans ambages que « l'amour dure trois

ans » : au demeurant, selon les dernières statistiques, la durée moyenne d'un mariage est maintenant de quatre ans. S'il est vrai que seul le bonheur est en cause, au nom de quoi pourrions-nous refuser l'accès du mariage à une catégorie de la population en raison de son orientation sexuelle ?

## La filiation

Cette évolution a ses bénéfices, notamment en ce qui concerne l'individualisation des relations humaines au sein d'une famille moins figée dans des rapports et des rôles préconçus ; mais elle a également ses travers pour autant qu'elle fragilise la relation de transmission (l'introduction du nom de la mère sur l'état civil est à interroger dans ce sens). Il faut aussi souligner l'évolution du statut de la famille à l'intérieur même de la société : jadis maillon d'un groupe beaucoup plus large, aujourd'hui unité indépendante dont la finalité est le développement des individus qui en constituent les parties. Le refus de l'institution, l'ivresse de l'autodéfinition, sans aucune reconnaissance de dette vis-à-vis de ses parents, de la société ou de l'histoire, sont autant de pistes à explorer. La filiation rejoint la question de la transmission : dans une société qui repose sur l'invention de soi, la transmission et la filiation ne relèvent plus de l'évidence. Au fond, lorsque Françoise Dolto affirmait que « *c'est l'enfant qui choisit ses parents* », elle proposait une synthèse de ces exigences apparemment contradictoires !

L'institution unique qui organisait encore, au début des années 1980, la filiation était le mariage et la présomption de paternité : le mari était forcément le père. Ceci n'est qu'une position de principe (qui coïncide la plupart du temps avec la paternité biologique, mais pas toujours) et, en tant que tel, elle peut être remise en question. Les nouvelles formes de famille (recomposées, « naturelles », monoparentales pour ne citer que les principales) relativisent justement ce principe de filiation.

## La nature n'est plus ce qu'elle était

La filiation échappe donc aux liens du sang. On n'a plus besoin d'un homme et d'une femme pour faire un enfant, mais d'un ovule et de sperme. La sexualité, la conjugalité, la procréation, jadis unies par les liens sacrés du mariage, ont désormais divorcé pour le meilleur et pour le pire. Alors que la procréation se réduit à sa plus simple expression biologique, la relation, elle, s'ouvre à toutes les combinaisons possibles, des familles recomposées au couple homosexuel.

La procréation et l'acte sexuel sont désormais distincts (pilule, techniques de procréation médicalement assistée) : on peut avoir un enfant sans s'accoupler et s'accoupler sans faire d'enfant. L'horizon de la nature s'éloigne. Pourtant on fait encore appel à elle lorsque l'on veut expliquer qu'il faut biologiquement un père et une mère. Mais cet argument ne va plus de soi, c'est le moins qu'on puisse dire, dans le contexte de « dénaturalisation » des relations où nous sommes désormais inscrits. Plus rien n'échappe à la discussion : il ne suffit plus de faire appel aux « évidences naturelles », il faut démontrer qu'on a raison, ici, de les invoquer. Si l'on juge qu'il est nécessaire de mettre un cran d'arrêt aux « dérives » (réelles ou supposées) du couple, on doit dorénavant expliquer pourquoi, justifier les limites.

Être parent ce n'est donc pas forcément donner naissance à un enfant. Cet arrachement à la nature ne date pas des nouvelles techniques de procréation puisque les sociétés ont toujours établi leurs règles de filiation. Aujourd'hui le désir d'enfant et la volonté d'être parent sont les expressions de cette filiation (principes sur lesquels repose l'adoption depuis longtemps).

## L'ordre social

L'ordre social est par ailleurs une construction et l'anthropologie nous apprend que si l'unité PME (père, mère, enfant) est la plus fréquente,

il existe de nombreux cas où les enfants ne sont pas élevés par leur mère biologique, ou bien sont élevés par des parents de même sexe. Les familles monoparentales sont légion et les mères laissées seules lors des guerres passées ont pu élever des enfants solides. D'autres intervenants peuvent alors prendre une importance considérable comme les oncles, les tantes ou encore les grands-parents. La famille élargie de naguère reprend ses lettres de noblesse dans les nouvelles formes d'organisation (où s'ajoutent les amis), et permet aux enfants d'avoir des interlocuteurs divers qui peuvent servir de figure identificatoire. Cela est bien préférable à l'isolement de certaines configurations où le repli donne peu de place aux enfants.

Il est intéressant de noter que l'adoption veut à tout prix maintenir une image d'Épinal de la famille, père-mère-enfant, au moment même où la société fonctionne de moins en moins sur ce modèle. On peut y voir un processus de compensation : avoir les attributs extérieurs de la famille même si l'on est stérile. Pourtant il existe quantité d'exemples où l'éducation de l'enfant ne s'est pas faite dans un milieu familial dit traditionnel. On se réfère à une famille idéalisée, qui n'existe pas, pour établir une norme.

La famille est une construction liée à un contexte social, et la filiation est de l'ordre de la décision d'une société et non d'ordre biologique. Autrement dit les règles qui gouvernent la filiation dans une société sont les fruits de cette société. L'universalité dans ce domaine n'existe pas. Pour preuve, dans nombre de cultures (de la Rome ancienne à certaines sociétés océaniques contemporaines), la mère biologique n'est pas forcément la mère sociale. La filiation, ça se décide : en ce sens la présomption de paternité à l'intérieur du mariage telle que nous la pratiquons n'est qu'un moment historique et n'a rien d'absolu, ni sur le plan biologique, ni sur le plan de l'organisation sociale.

Les arguments qui reposent sur l'ordre naturel et sur l'ordre social sont déjà battus en brèche par les évolutions au sein des couples hétérosexuels. Les questions posées par la parentalité homosexuelle ne font que reprendre des problématiques qui existent déjà. La seule nouveauté est, bien sûr, qu'elles obligent à se demander si deux parents de même sexe peuvent élever un enfant.

## Le triomphe de la famille

L'avènement de l'individualisme pouvait faire craindre (ou, pour certains, espérer) la disparition de la famille. Les pères décapités, on pouvait croire la famille perdue. Or c'est l'inverse qui s'est produit. Quoique largement désinstitutionnalisée, la famille s'est trouvée renforcée par la vague individualiste. Valeur refuge par excellence dans un monde incertain, elle apparaît aussi comme la mieux à même de favoriser l'épanouissement personnel.

C'est ce dont témoigne la revendication d'homoparentalité qui représente en un sens le **triomphe paradoxal de la famille** : être parent fait partie des attributs obligatoires de l'individu contemporain ! Comme si cette fonction équivalait désormais à l'accomplissement personnel, voire au salut. Mais qu'en est-il, dans ce nouveau « sacre de la famille », du bien de l'enfant ?

## La structuration psychique de l'enfant

L'enfant se structure psychiquement en grande partie au sein du milieu dans lequel il grandit, c'est-à-dire dans nos sociétés occidentales, par rapport à ses parents. Comment peut se mettre en place le complexe d'Œdipe, pierre angulaire du développement psychosexuel selon la psychanalyse, lorsque les deux parents sont de même sexe ?

Les deux piliers du fameux complexe sont la différence des sexes et la différence des générations. La différence des générations est respectée que le couple soit homosexuel ou composé d'un homme et d'une femme. Mais comment la reconnaissance de la différence des sexes peut-elle s'instaurer ? N'oublions pas qu'il existe toujours un premier objet d'amour, généralement la mère, encore que ce rôle puisse être tenu par un substitut maternel, pas nécessairement une femme d'ailleurs. C'est la prise en compte du père, ou du substitut de celui-ci – en l'occurrence le deuxième membre du couple – qui vient signifier à

l'enfant que le premier objet d'amour ne peut lui appartenir et qu'il doit y renoncer car celui-ci est déjà engagé dans une relation avec l'autre parent. Le processus qui conduit au renoncement, là encore, ne varie pas, que le couple parental soit homosexuel ou hétérosexuel. Reste à savoir comment l'identification à ce deuxième personnage, clé de la résolution du complexe d'Œdipe, s'opère au sein d'une famille homoparentale. En réalité, l'identification n'est pas principalement sexuelle : elle est d'abord morale. C'est d'elle que découle le surmoi de l'enfant qui accepte la loi et l'interdit de l'inceste (« je ne peux coucher avec ma mère – ou mon père »), fondatrice de la loi au sens large. Le dédommagement sera : moi aussi plus tard je pourrai aimer quelqu'un. Le fait que les deux individus soient de même sexe ne semble pas être un frein à cette structuration (ce que confirment les études empiriques<sup>11</sup> sur l'identité sexuelle comme nous allons le voir).

D'ailleurs, Freud lui-même a tenté d'élaborer une version masculine et une version féminine de ce complexe mais cette dernière est toujours restée bancal. Le premier objet d'amour étant la mère pour les deux sexes, il a toujours buté sur l'identification sexuelle de la femme : elle devrait choisir son amoureux sur le modèle de la mère, ce qui n'est pourtant pas le cas (pas toujours !). Il propose alors une voie intéressante pour nous : le choix d'objet d'amour se ferait en plusieurs temps. Ainsi, la composante du genre peut être remise en question sans que cela ait une influence néfaste sur l'étape structurante du renoncement ou sur l'intégration de la loi. Même dans la version canonique du complexe, au demeurant, Freud évoque la notion d'Œdipe inversé, moment où l'enfant est amoureux du parent du même sexe.

En dernière analyse, l'Œdipe ne se réduit pas aux réalités de la vie familiale. Comme l'écrivent J. Laplanche et J.-B. Pontalis, le complexe d'Œdipe « *n'est pas réductible à une situation réelle, à l'influence effectivement exercée sur l'enfant par le couple parental. Il tire son efficacité de ce qu'il fait intervenir une instance interdictrice (prohibition de l'inceste)* »

11. S. Golombok et F. Tasker, "Do parents influence the sexual orientation of their children ? Finding from a longitudinal study of lesbian family", *Developmental psychology*, vol. 32, #1, p. 3-11.

*qui barre l'accès à la satisfaction naturellement cherchée et lie inséparablement le désir et la loi »<sup>12</sup>.*

Ce qui est en jeu c'est moins la détermination biologique du sexe, que les positions psychiques de chacun et l'importance du registre symbolique : l'essentiel est la présence de « figures identificatoires » (au pluriel) qui permettent à l'enfant de sortir de la dyade enfant-adulte et de s'ouvrir au monde. Le tiers tient ce rôle, mais pour ce faire il n'a pas besoin d'être d'un sexe différent de l'autre membre du couple.

La valeur structurante de l'Œdipe opère au-delà de l'identification sexuelle empirique des parents. La structuration n'aura probablement pas le même sens ni la même évidence selon l'incarnation dans la réalité des figures qui lui servent de repères ou de supports. On peut penser que concrètement l'Œdipe se fera en plusieurs temps pour les enfants au sein des couples homosexuels, mais qu'il se fera néanmoins. Le travail psychique s'opère alors en utilisant plusieurs sources d'identification. La fonction séparatrice reste la même, alors que sur la question des identifications, ces enfants auront sans doute une étape supplémentaire dans leur construction si l'on considère que les objets d'identification sexuelle ne seront pas forcément les parents. Cela relativise du même coup l'identification sexuelle à proprement parler qui n'est jamais qu'un des aspects du processus identificatoire. Celle-ci sera prise en charge par des objets de substitution rencontrés soit dans l'entourage de l'enfant, soit encore dans des supports fictifs. C'est à la fois au niveau symbolique chez les parents eux-mêmes, tous deux porteurs du masculin et du féminin, mais aussi en s'appuyant dans la réalité sur différents intervenants, de la famille élargie à des personnes particulièrement investies, tels que des professeurs ou les parents d'autres enfants, que se construira cette couche identificatoire.

Toute relation suppose que chacun prenne une position par rapport à l'autre, trouvant sa place et son rôle, souvent sur le modèle de

12. Jean Laplanche et Jean-Bertrand Pontalis, *Vocabulaire de la psychanalyse*, PUF, 1967.

la complémentarité, mais pas toujours. Or, on oublie trop souvent que lorsque l'on évoque la différence des sexes, c'est le terme de différence qui est fondamental. L'idée selon laquelle deux hommes ou deux femmes seraient forcément dans une relation en miroir qui exclurait la différence semble naïve. Cette différence sera marquée par d'autres éléments chez les couples homosexuels. Être du même sexe ne signifie pas être pareil, car l'être humain ne se réduit pas uniquement à être un homme ou une femme.

S'il fallait un père et une mère pourquoi un ou une célibataire aurait-il le droit d'adopter ? Des générations de veuves, notamment pendant la guerre, ont élevé des enfants, sans que cela ne choque la société, ni que les enfants en soit déstructurés. Lacan répond à cette question de l'absence réelle de deux parents qu'il existe chez la mère le nom du père. Il s'agit de la présence symbolique d'un tiers séparateur. L'enfant n'est pas seul avec sa mère même si son père est absent ou à la guerre : celui-ci existe pour elle comme objet d'amour et scelle une ouverture sur le monde qui empêche la mère et l'enfant de plonger dans une union fusionnelle pouvant aller jusqu'à la folie. Cela oblige l'enfant à renoncer à ce premier objet d'amour, à savoir la mère ou celle, voire celui, qui en fait figure, puisqu'il appartient déjà à autrui. L'important c'est la triade, au niveau symbolique. Si on ne peut escamoter l'étayage de ce registre symbolique sur la réalité, cela ne veut pas pour autant dire que cette réalité se réduise forcément à un papa et une maman à la maison. L'enfant trouvera ailleurs ce qui n'est pas donné d'emblée : les grands-parents, les histoires racontées par la mère sur les pères, etc.

Si les rôles parentaux ne sont plus déterminés par l'appartenance à un sexe, au nom de quoi aurait-on besoin de parents de deux sexes différents ? Comme dans chaque union, les couples homosexuels peuvent trouver une distribution des fonctions qui correspondent à leur aspiration personnelle et offrir à l'enfant un modèle varié qui repose sur autre chose que la différence des sexes.

La bisexualité psychique dont nous parle Freud repose bien sur cette notion d'une réalité psychique différente de la réalité externe : tout

être est à la fois psychiquement masculin et féminin, sans pour autant l'être au niveau de son comportement sexuel.

Si la différence des sexes est indéniable, l'altérité ne se résume pas à cette différence. Dans les familles homoparentales, bien qu'il y ait deux hommes ou deux femmes, il n'y a pas deux pères ou deux mères. Certains psychanalystes estiment qu'il est dangereux de laisser un couple homo élever un enfant parce qu'il ne pourrait lui donner les moyens de construire une image juste de la différence des sexes. C'est considérer que celle-ci ne peut se structurer qu'en se confrontant au corps des parents. Il faut avoir une conception bien simpliste du psychisme pour s'imaginer qu'un enfant dont les deux parents sont de même sexe va penser qu'il n'en existe qu'un ! « *Depuis quand désirer le même sexe serait-il être en deçà de la différence des sexes ?* » demande très justement la sociologue Irène Théry<sup>13</sup>.

## Les études

Pour étayer ce développement psychologique, les études menées depuis vingt-cinq ans sur des enfants éduqués par deux parents du même sexe montrent qu'ils ne sont pas différents des autres au niveau de leur comportement ainsi que de leur pathologie mentale. Il n'y a pas de confusion des rôles ou de problèmes d'identité sexuelle. En 2002<sup>14</sup>, l'association des pédiatres américains, ainsi que celle des psychiatres américains se sont d'ailleurs prononcées en faveur de l'adoption d'enfant par deux parents du même sexe (ce qui est selon eux préférable à pas de parents du tout).

Les préférences en matière de jouet sont tout aussi sexuellement déterminées chez les enfants élevés dans des familles lesbiennes que

13. Irène Théry, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », in *Homoparentalités, états des lieux*, ERES éditeur, 2000, p. 115.

14. Décision de l'*American Academy of Pediatrics supports adoption by the same sex parents*, 4 février 2002.

dans des familles monoparentales (alors que souvent le choix des objets proposés par les parents sont différents). Les moqueries ne sont pas plus élevées dans les familles lesbiennes et dans les familles monoparentales. Et d'en conclure : « *L'orientation sexuelle de la mère semble importer moins sur le bien-être psychologique de l'enfant que la qualité des relations sous le toit familial* »<sup>15</sup>.

## De quoi a-t-on peur ?

On ne peut aborder la question de l'homoparentalité sans interroger nos craintes face à ce phénomène. Les préoccupations touchant l'homoparentalité ou les questions qu'elle suscite ont évolué elles aussi. On a d'abord douté de la capacité des homosexuels à être de bons parents. Au mieux, ils ne pouvaient offrir à l'enfant l'exemple de ce que serait un couple « normal », au pire ils les pervertiraient (on a été jusqu'à suggérer un risque accru de pédophilie). Avec l'évolution des mœurs et l'acceptation progressive de l'homosexualité, ces arguments sont moins entendus. On accepte volontiers aujourd'hui la capacité pour deux hommes ou deux femmes de créer un foyer d'amour pour un enfant : « *la société [...] devrait savoir prendre en compte un autre clivage que celui, pour le moins sommaire et réducteur, qui fait de l'hétérosexualité une garantie minimale et sine qua non de bon développement de l'enfant ; et qui présuppose à l'inverse, que la sexualité homosexuelle des parents constituerait une menace de parentalité "perverse"* »<sup>16</sup>.

**Mais la peur n'a pas disparu pour autant. Elle s'est déplacée en s'attachant à un autre sujet de préoccupation : le développement de l'enfant. Celui-ci sera-t-il normal ou pour dire les choses plus crûment, va-t-on vers une société d'homosexuels ? La réponse à cette question relève de l'évidence : chacun peut**

15. Susan Golombok, « Grandir dans une famille lesbienne », *Homoparentalités, états des lieux*, ERES éditeur, 2000, p. 220.

16. Geneviève Delaisi de Parseval, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon ? » in *Homoparentalités, États des lieux*, ERES éditeur, 2000.

**constater que l'identité sexuelle des enfants n'est pas une simple imitation de celle de leurs parents, sinon l'homosexualité serait incompréhensible !**

La plupart des textes écrits sur le sujet font, avec raison, la distinction entre le sexuel et le sexué c'est-à-dire l'orientation sexuelle de l'individu et le sexe extérieur (être un homme ou une femme). Tout le monde s'accorde aujourd'hui à considérer que la sexualité appartient à la sphère privée sur laquelle en principe la loi n'a rien à dire. Les homosexuels veulent cependant être reconnus par la loi, du point de vue social, pour bénéficier des mêmes droits (héritage, etc.) et des mêmes possibilités de vie (adoption, procréation médicalement assistée). Nous préférons faire ici la distinction entre « droit » et « possibilités offerte par la société », car cela évite d'avoir recours à la notion du « droit à l'enfant », qui nous semble plus problématique qu'éclairante.

Le terme même « d'homoparentalité » (à la place de parents homosexuels) gomme la notion de sexualité, comme s'il fallait tenter de déssexualiser le débat. Ce néologisme traduit les contradictions du débat : les partisans mettent en avant la notion de parentalité qui incorpore la maternité et la paternité dans un tout indistinct, alors que les opposants cherchent au contraire à souligner l'orientation sexuelle, nouvelle illustration de la confusion entre le sexué et le sexuel. Cela questionne notre rapport à la sexualité en général mais aussi à la sexualité de nos parents, lieu de refoulement par excellence. L'homosexualité véhicule souvent des idées « d'hypersexualité ». Paradoxalement le fait même qu'il ne s'agisse pas d'une sexualité procréative la rend plus crue à nos yeux, alors que la dissociation procréation et acte sexuel est à la base même de la révolution sexuelle qu'a connue la fin du XX<sup>e</sup> siècle. C'est comme si on ne pouvait faire abstraction de la représentation de la sexualité lorsqu'il s'agit d'homosexuel : dans ce cas, tout se passe comme si le refoulement « normal » face à la sexualité parentale était mis en échec.

Mais qu'en est-il des enfants face à des parents dont la sexualité est « homo » ? Sont-ils eux aussi assaillis par des images sexuelles ? Il n'y a pas de raison de penser que le refoulement par rapport à « la sexualité

parentale » serait différent. Quant au fantasme des origines, celui où l'enfant imagine sa propre création, il continuera à fonctionner, tout comme chez les enfants adoptés. Chaque être humain a une genèse, même si elle est plus complexe, d'où l'importance d'une transparence en ce qui concerne l'histoire de sa naissance. Les explications données sur ces origines doivent être claires.

## Le déni de la différence des sexes

Le grand danger serait celui de succomber à l'illusion du pareil, au nom de l'égalité, et d'entériner le déni de la différence des sexes. Deux hommes ce n'est pas pareil que deux femmes ou un homme et une femme. L'écueil de certaines revendications des associations gays et lesbiennes est bien celui-là. Il faut travailler sur l'égalité du droit, mais certainement pas encourager une indistinction idéologique des sexes.

La différence des sexes est un fait. Il ne s'agit nullement de la nier. Au niveau symbolique, en quoi la différence des sexes est-elle structurante ? C'est accepter que l'on ne peut tout être à la fois. Être un homme ou une femme, quelle que soit son orientation sexuelle, c'est ne pas être l'autre sexe et il est absurde de poser une équivalence « homme homosexuel = femme ou femme homosexuelle = homme ». L'enfant n'a aucune illusion sur le fait que ses parents soient deux femmes ou deux hommes. D'ailleurs il n'appellera pas les deux parents « papa » ou « maman » (généralement le couple décide lequel portera ce nom).

Il semble que la grande difficulté sur le plan psychologique réside dans la question de la différenciation. Ce renoncement à être tout, donc autosuffisant, c'est ce qui met un frein à la toute puissance de l'individu moderne. Si celle-ci n'est pas intégrée, le fantasme (qui peut devenir une réalité) qui se profile derrière est celui du clonage, c'est-à-dire la reproduction du même sans intervention d'un tiers. Un enfant, son enfant, c'est toujours un autre. En cela, l'homoparentalité sert de révélateur aux incertitudes de la société actuelle en matière de rapports des sexes, de filiation ou d'éducation.

Les cas de l'adoption et des mères porteuses ne sont pas les mêmes, mais se présentent de façon similaire pour les hétérosexuels et les homosexuels. Pourquoi le recours à une mère porteuse serait-elle plus légitime pour un couple hétérosexuel stérile que pour un couple homosexuel. Parce que, selon les comités d'éthique en France, il s'agit d'un « acte thérapeutique ». Pourtant cela tient d'avantage d'une logique de la réparation que d'une logique de soin : une mère porteuse ne rend pas une femme stérile féconde, elle lui permet de devenir mère.

Le cas de l'adoption plénière est aussi problématique : « *L'adoption plénière n'est pas seulement un système de création d'une filiation, c'est aussi un système d'effacement absolu : effacement de l'engendrement, et substitution mimétique et fallacieuse* »<sup>17</sup>. En effet dans l'adoption plénière l'enfant est légalement né de ses parents adoptifs, c'est-à-dire que la loi dénie la réalité biologique. Cette logique du déni part d'un bon sentiment (mieux intégrer l'enfant), mais repose sur le mensonge.

Elle renvoie à l'idéalisation de la famille dite traditionnelle. On fait « comme si », dans l'espoir de faciliter l'insertion de l'enfant dans sa famille d'adoption, mais aussi de « réparer » la famille adoptante en décrétant qu'elle ne serait en rien différente des autres. Ce déni de la réalité peut avoir des effets dévastateurs sur les enfants, qui n'ont jamais accès à la vérité de leurs origines. Ce secret joue par ailleurs forcément un rôle pour les parents car il révèle souvent un sentiment de honte cachée (honte de n'avoir pu enfanter soi-même).

Il existe aujourd'hui, d'ailleurs, une expérience inverse, l'adoption ouverte : l'enfant non seulement sait qu'il est adopté, mais peut voir ses parents biologiques. La loi détermine qui a l'autorité parentale, mais la filiation, plus complexe, puisqu'un nombre d'individus plus important est concerné, en est aussi éclaircie. La vérité des origines semble de plus en plus importante, maintenant que ces origines deviennent de plus en plus diverses.

17. Irène Théry, *op. cit.*, p. 132.

## Pour conclure

Nous sommes aujourd'hui dans un moment de mutation. Il ne s'agit pas de prendre position pour ou contre mais de se donner les outils pour penser cette mutation. La psychologie peut être instrumentalisée pour aller dans un sens ou dans un autre. Aujourd'hui, il n'existe pas de raison de penser que l'enfant élevé par deux personnes du même sexe se développerait de façon différente.

La question de l'homoparentalité peut s'analyser à deux niveaux : on peut s'en tenir au point de savoir si des couples composés de deux femmes ou deux hommes ont vocation à élever un enfant ; mais il est également possible et sans doute souhaitable de replacer cette interrogation dans le contexte plus large de l'évolution de la filiation et des rôles parentaux, dont elle n'est qu'un aspect. La revendication de l'homoparentalité est en partie le résultat de cette mutation qui affecte la famille en général, y compris la famille traditionnelle (hétérosexuelle). Jusqu'à aujourd'hui, on a eu tendance à limiter l'usage des progrès de la médecine de la fécondation à la famille traditionnelle : tout se passe comme si on les réservait à ceux qui « auraient pu être » des parents biologiques. On retrouve la même attitude pour l'adoption. Vouloir que la famille traditionnelle reste le modèle de toute famille tourne à la mauvaise foi quand les progrès de la médecine, l'évolution du droit, le mouvement des mœurs débordent de toute part ce cadre. L'homoparentalité va peut-être obliger la société à reprendre ces questions et ces attitudes pour aller vers plus de transparence, donc de vérité, sur les origines.

# La prohibition de l'homofamille à l'épreuve de l'égalité démocratique

Par **Éric Deschavanne**

**D**eux personnes homosexuelles ne peuvent toujours pas, en France, se marier et adopter conjointement des enfants : faut-il voir là une inégalité devant le droit, une forme de discrimination illégitime à l'encontre des homosexuels, une survivance fâcheuse d'un passé archaïque ou bien au contraire une limitation de la liberté individuelle justifiée par des normes incontestables ? La question de la reconnaissance juridique de l'homofamille est inscrite à l'agenda des démocraties occidentales depuis une quinzaine d'années, et partout se trouve posé le même dilemme : d'un côté l'humanisme abstrait cultivé par la démocratie relativise la différence, l'orientation sexuelle apparaissant secondaire au regard de ce qui est commun, l'amour et le désir d'enfant ; d'un autre côté, le mouvement vers l'égalité des droits conduit au seuil d'une révolution qui donne le vertige et trouble les esprits, puisque sont mises en cause, indissociablement, la conception ancestrale du mariage comme union d'un homme et d'une femme et celle de la filiation, qui veut que tout enfant ait un double lien de parenté le rattachant à un père et à une mère. Avant d'évoquer la nature des débats en cours et la perspective des réformes possibles, il convient d'abord de prendre la mesure des raisons pour lesquelles il peut paraître vain, aujourd'hui, de concevoir la possibilité d'un *statu quo*.

## La reconnaissance juridique de l'homofamille : une révolution démocratique à laquelle la France ne peut échapper

Est-il encore possible, en France, de faire durablement obstacle à la reconnaissance juridique de l'homofamille ? La reconnaissance du couple homosexuel que le PACS a établie, paraît constituer un stade intermédiaire entre la période où l'homosexualité était considérée comme une liberté individuelle au titre du respect de la vie privée et celle, encore à venir, où sera reconnu le droit des homosexuels de « faire famille ». Les résistances rencontrées à l'occasion du débat sur le PACS, dans un vieux pays catholique comme le nôtre étaient prévisibles : on ne peut cependant qu'être impressionné par la vitesse avec laquelle elles ont été balayées. Que la question du mariage homosexuel soit publiquement posée atteste suffisamment qu'une dynamique irrésistible est à l'œuvre, à laquelle il semble dérisoire de vouloir opposer la conservation de l'ordre existant. On peut discerner, en allant du plus superficiel au plus profond, quatre raisons qui rendent le *statu quo* improbable, et laissent penser que l'on ira au bout de la logique de l'égalité démocratique en légitimant le désir d'enfant des homosexuels – que ce soit par le biais de l'ouverture du mariage ou par celui de l'institution d'une union civile qui en constituerait l'*analogon*.

### La nouvelle donne politique

Le scénario est à cet égard écrit d'avance : nous allons vivre la chronique d'une victoire politique annoncée. Le parti socialiste n'a-t-il pas d'ores et déjà inscrit le mariage homosexuel à son programme ? À l'occasion de la prochaine alternance, les socialistes français imiteront leurs homologues espagnols : ils pourront à bon compte se prévaloir de « l'audace » et du « courage » qu'il aura fallu pour imposer une réforme, dont ils savent pourtant par avance avec certitude qu'elle leur permettra

de rafler la mise dans l'opinion. Nous assisterons sans doute à une mobilisation bruyante des forces « réactionnaires », mais c'est en vain, selon toutes probabilités, que celles-ci multiplieront pétitions et manifestations, offrant ainsi à leurs adversaires une victoire spectaculaire et sans partage.

L'évolution de l'opinion publique sur le sujet, sondage après sondage, s'opère avec une rapidité sidérante. Partisans et adversaires du PACS ont découvert non sans surprise, tout juste un an après sa mise en œuvre, que l'opinion publique approuvait massivement la réforme<sup>18</sup>. L'évolution se poursuit depuis à rythme soutenu, toujours dans le même sens. Une enquête réalisée par IPSOS pour le magazine *Têtu* en juin 2006 indique ainsi que 61 % sont désormais favorables au droit pour les couples homosexuels de se marier civilement, soit 13 points de plus qu'en septembre 2000 (48 %). Sur le sujet plus délicat de l'adoption, on voit également se profiler le basculement de l'opinion : 44 % des Français sont, d'après l'enquête citée, favorables au droit pour les couples homosexuels d'adopter des enfants, alors qu'ils n'étaient encore que 29 % en septembre 2000.<sup>19</sup>

Contre la dynamique de la démocratie d'opinion, les argumentations les mieux charpentées en vue de « sauver » la représentation traditionnelle du mariage et de la famille risquent de ne pas peser lourd. D'autant qu'il est impossible de prendre appui sur la cohérence du droit existant pour organiser la résistance.

## Les incohérences du droit positif

Avant 1999, il n'existait en France aucune possibilité de reconnaissance juridique et sociale du couple homosexuel. Il était même inconcevable que le concubinage, considéré par la jurisprudence comme une

18. Un sondage publié en octobre 2000 par le magazine *Têtu* indiquait que 70 % des Français étaient favorables au PACS.

19. Rappelons également qu'un an avant que l'Espagne ouvre le mariage aux couples homosexuels, 66 % des Espagnols se déclaraient favorables à une telle réforme, tandis que 26 % seulement y étaient opposés.

forme non officialisée de mariage, puisse unir deux personnes du même sexe. La loi du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité (PACS) a permis de faire entrer le couple de même sexe dans le droit : les homosexuels peuvent désormais accéder à deux statuts conjugaux – le PACS et l’union libre – également ouverts à tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle.

Deux préoccupations ont présidé à la rédaction de la loi : la première était que le PACS n’apparût pas comme un mariage bis ; la seconde, qui s’est imposée durant le cours du débat, était que la reconnaissance juridique du couple fût formulée dans le langage de l’universalisme républicain. Cette double préoccupation explique l’incohérence du résultat : une loi qui répond au besoin imaginaire et jamais formulé d’un statut intermédiaire entre l’union libre et le mariage pour les couples hétérosexuels mais qui, afin de démarquer le PACS du mariage, subordonne la reconnaissance du couple homosexuel au maintien d’une inégalité des droits entre les couples. Le comble de l’hypocrisie consistait à parer du prestige de l’universalité de la règle de droit un statut qui instituait de fait une discrimination entre les couples homosexuels et hétérosexuels.<sup>20</sup> Reconnus à travers le PACS, mais ne pouvant accéder au mariage, les couples homosexuels se voyaient privés d’une série de droits dont bénéficient les personnes mariées. L’énumération de ces privations permet aujourd’hui de justifier la revendication en faveur du mariage homosexuel : la plus symbolique, puisque destinée à démarquer le PACS du mariage, tient à l’absence voulue de cérémonie semblable à celle du mariage à l’occasion de la signature de contrat ; mais il faut y ajouter l’impossibilité pour les personnes pacsées d’hériter l’une de l’autre, l’impossibilité de bénéficier d’une imposition commune durant les trois premières années suivant la signature du PACS, lequel n’ouvrait en outre droit ni à pension de réversion, ni à prestations compensatoires ni à allocation

20. Le PACS fut à juste titre considéré comme une « avancée » puisqu’il instituait la première forme de reconnaissance juridique du couple homosexuel. C’est toutefois cette reconnaissance qui permit ensuite, paradoxalement, de dénoncer la discrimination : puisque désormais le couple homosexuel existe au regard de la loi, l’idée tend à s’imposer qu’il devrait pouvoir bénéficier des mêmes droits que le couple hétérosexuel. Les craintes des adversaires réactionnaires du PACS n’étaient à cet égard pas infondées.

veuvage ; les différences de statut affectaient également les modalités d'attribution d'un titre de séjour au partenaire étranger ainsi que les conditions de la séparation (un PACS pouvant être rompu unilatéralement). En dépit des quelques aménagements apportés depuis le vote de la loi, il est encore impossible de considérer l'égalité des droits comme établie.

L'originalité de la formule choisie par le législateur résidait donc dans la tentative maladroite d'allier le principe d'universalité de la règle de droit et l'affirmation d'une spécificité du couple homosexuel justifiant la différence des droits – deux options dont l'articulation est il est vrai particulièrement délicate à mettre en œuvre. Le principe d'universalité a conduit à reconnaître que la notion de couple pouvait être indifféremment relative à deux personnes « de sexe différent ou de même sexe ». En choisissant d'exclure les « paires » et d'inclure les couples hétérosexuels du champ d'application du PACS, le législateur entendait signifier l'existence de couples homosexuels aussi bien qu'hétérosexuels ainsi que leur égalité en droits.<sup>21</sup> Mais pour accomplir cette belle intention, il eût fallu que les réformateurs consentissent à concevoir le PACS comme un mariage bis, ce dont ils ne voulaient à aucun prix.

Les motifs de cette volonté sont connus : il importait aux yeux du législateur de dissocier explicitement les droits du couple en tant que couple de ceux dévolus au couple destiné à fonder une famille : le mariage, considéré comme l'institution articulant conjugalité et filiation, devait ainsi rester fermé aux couples homosexuels. La création du PACS a donc instauré un régime juridique spécifique pour les couples homosexuels, dont on estime qu'ils n'ont pas vocation à fonder une famille, et

21. Cette intention se signale également dans la nouvelle définition du concubinage formulée par l'article 515-8 du Code civil : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.* »

qui demeurent pour cette raison exclus de l'accès au mariage <sup>22</sup>. Le PACS demeure sans effet sur les règles de filiation et de l'autorité parentale, ne confère pas le droit d'adopter conjointement un enfant, ni celui de recourir à une procréation médicalement assistée quand on vit avec un partenaire de même sexe. Une autre incohérence apparaît ici : la liberté d'adopter, dont les homosexuels sont privés en tant que couples, leur est cependant reconnue en tant que célibataires. Si, pourtant, on estime nécessaire de garantir strictement le droit universel de l'enfant d'avoir un père et une mère, interdire aux célibataires l'accès à l'adoption s'impose ; on devrait même y ajouter l'obligation pour toutes les mères d'identifier à la naissance le père de leur enfant.

## L'emprise du principe de non-discrimination

Les incohérences du droit positif offrent les prétextes d'une demande de réforme, mais le moteur de l'évolution en cours est constitué par l'idéal du droit qui s'est imposé dans toutes les grandes démocraties. L'approfondissement de la conscience démocratique promeut en effet le principe de la neutralité éthique de l'État et des lois ainsi que le principe de non-discrimination : deux principes qui conduisent à faire abstraction de l'orientation sexuelle dans la définition des droits pour mieux réaliser l'égalité entre tous les individus. Au Canada, en Afrique du Sud ou aux États-Unis <sup>23</sup>, ce sont les cours de justice qui sont à l'origine des réformes destinées à ouvrir le mariage ou l'adoption aux couples homosexuels. L'exemple du Canada est significatif : entre 2002 et 2004, les cours d'appel de huit provinces sur les treize que compte la fédération ont considéré qu'une définition du mariage excluant l'union de

22. Sans doute serait-il plus juste – puisque le concubinage et le PACS sont désormais accessibles à tous les couples, indépendamment de l'orientation sexuelle des personnes qui le composent – de présenter les choses positivement en considérant le mariage comme un statut spécifique, lié à la volonté de perpétuer l'articulation entre alliance et filiation, et réservé pour cette raison aux couples composés d'un homme et d'une femme.

23. En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle s'est prononcée le 1<sup>er</sup> décembre 2005 en faveur du mariage de personnes de même sexe, donnant un an au Parlement pour modifier la définition légale du mariage. Aux États-Unis, des décisions du même ordre furent prises par des cours de justice dans trois États fédérés, Hawaï, l'Alaska et le Massachusetts.

personnes de même sexe violait l'article 15 de la charte canadienne des droits et libertés, laquelle interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Gouvernement fédéral fut en conséquence conduit à proposer une nouvelle définition de mariage civil, désormais conçu comme « *l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne* ».

Les principes de liberté et d'égalité des individus, inhérents à la philosophie moderne des droits de l'homme sont également mobilisés en Europe, où ils sont nés, et où ils tendent à effacer l'empreinte de l'ancien droit naturel et des héritages religieux. La définition conventionnelle du mariage comme union entre un homme et une femme s'y trouve donc problématisée, même si la Cour européenne des Droits de l'homme n'a jusqu'à présent pas considéré que la condition de différence des sexes dans le mariage était en elle-même discriminatoire : se conformant à la conception du droit civil en vigueur dans la plupart des États membres, celle-ci ne devrait pas avoir, en la matière, un rôle d'initiative. La mobilisation s'opère donc sur le terrain politique au sein de chaque État membre. Certains pays ont d'ores et déjà institué le mariage homosexuel au nom du principe de non-discrimination. Partout la question de l'articulation entre l'égalité des droits et la prise en compte de la spécificité du couple homosexuel se trouve posée. Faut-il établir pour les couples composés de personnes du même sexe un statut spécifique ou bien leur accorder les mêmes droits qu'aux couples unissant un homme et une femme ? La plupart des pays ont choisi la voie d'une procédure réservée aux unions homosexuelles : c'est notamment le cas des pays nordiques – le Danemark, qui a ouvert la voie en 1989, la Norvège (1993), la Suède (1995), l'Islande (1996) et la Finlande (2001) – de l'Allemagne (2001) et du Royaume-Uni (2004). Quelques-uns ont cependant été jusqu'à ouvrir aux homosexuels la possibilité du mariage : les Pays-Bas (2000), la Belgique (2003), l'Espagne (2005). Il apparaît en outre, à la lumière de la comparaison internationale, qu'il est difficile, voire impossible d'enrayer la dynamique égalitaire en dissociant la question de la reconnaissance légale du couple homosexuel de celle de l'accès à la parentalité. En Espagne, comme au Canada, les droits et obligations induits par le mariage sont

identiques pour les couples homosexuels ou hétérosexuels. Aux Pays-Bas et en Belgique, quoiqu'il n'existe pas de présomption de « parentalité » au sein des couples de même sexe, l'adoption conjointe d'un enfant a finalement été autorisée pour tous les couples mariés : en 2001 aux Pays-Bas, 2005 en Belgique. Certains pays qui ont choisi d'instaurer un partenariat spécifique ont cependant permis l'adoption pour les couples de même sexe : c'est le cas de la Suède (2002) et de la Grande-Bretagne (2002). Le débat porte également sur la possibilité pour un homosexuel d'adopter l'enfant de son partenaire et sur l'accès aux techniques de procréation : la procréation médicalement assistée (PMA) et la maternité pour autrui sont en effet accessibles dans certains pays, y compris pour les couples composés de personnes de même sexe. Le principe de non-discrimination ne justifie certes pas le « droit à l'enfant » mais il peut aller jusqu'à exiger que les conditions d'accès à l'enfant soient égales pour tous. Là encore, les objections, pour être pertinentes, doivent se situer sur le terrain du nouvel idéal du droit et montrer qu'il n'est pas discriminatoire d'exclure les couples homosexuels de l'accès aux procédures d'adoption ou à la PMA.

En France, l'évolution de l'opinion publique et de la législation procède aussi de la logique égalitaire à l'œuvre dans l'ensemble des pays démocratiques, où les mœurs sont façonnées par les principes de la philosophie moderne des droits de l'homme. Depuis une trentaine d'années, les homosexuels sont sortis de la marginalité et de la discrétion dans lesquelles ils étaient confinés et peuvent désormais à la fois afficher leur différence et revendiquer le droit d'indifférence.

L'homosexualité a d'abord cessé d'être considérée comme un crime, une monstruosité ou une pathologie pour devenir un comportement sexuel parmi d'autres, ressortissant à la vie privée et protégé comme tel par la loi. L'orientation sexuelle appartenant désormais aux libertés que l'État se doit de garantir aux individus, la lutte contre les discriminations dont les homosexuels sont victimes dans la société est devenue une exigence politique. Cette évolution fut consacrée par l'abolition, en 1982, d'une loi relative à l'âge du consentement et jugée discriminatoire, puis, en 1985, par le vote d'une loi contre la

discrimination dans le domaine professionnel. On a ensuite basculé du temps de la tolérance vers celui de la reconnaissance. Dans les années 1980, l'irruption du SIDA, qui a pu un moment faire craindre une marginalisation accrue des homosexuels, suscita tout à l'inverse un élan de compassion et de solidarité qui a favorisé, ainsi qu'on l'a souvent noté, la reconnaissance sociale et légale du couple homosexuel. La banalisation et la normalisation de la condition homosexuelle sont en marche, et si l'homophobie<sup>24</sup> reste encore bien présente, elle est désormais considérée comme l'un des maux que la société estime devoir combattre.

À l'occasion du débat et de la loi sur le PACS, le problème de la reconnaissance légale du couple homosexuel est entré dans l'espace public. Les revendications des homosexuels se sont alors trouvées en phase avec « l'universalisme républicain », réclamant que l'on pousse jusqu'au bout la logique de l'indifférenciation : c'est désormais au nom du principe de l'aveuglement aux différences que s'affirme la revendication d'une égalité des droits entre les couples, abstraction faite de l'orientation sexuelle.

Le débat relatif au couple homosexuel n'a donc pas clos le processus de reconnaissance<sup>25</sup> : au-delà du PACS, les revendications formulées au nom des couples de même sexe, portées par la dynamique de l'égalité, ont désormais pour objet le droit au mariage et le droit à l'enfant ; autrement dit : le droit de fonder une famille. Le refus d'ouvrir aux couples homosexuels le mariage et l'accès à la filiation est d'autant plus difficile à justifier que ces droits leur sont désormais accordés dans plusieurs pays démocratiques. Le droit familial français est dénoncé comme intrinsèquement discriminatoire par les militants de la cause

24. Significativement, le terme « homophobie » fait son entrée dans la langue commune au cours des années 1990.

25. On ne peut que constater, quelle que soit la manière dont on l'interprète, une *dynamique* de la reconnaissance : la prise en compte du couple homosexuel par le droit devait inéluctablement conduire à poser les questions du droit au mariage, à l'enfant et à la famille.

homosexuelle, dont les principales revendications sont les suivantes <sup>26</sup> :

- a) l'ouverture du mariage civil aux couples de personnes de même sexe – ce qui suppose de définir celui-ci comme l'union de deux personnes (de sexes différents ou de même sexe) et de transformer l'automatisme de la présomption de paternité, qui constitue l'effet essentiel du mariage, en présomption de parentalité (ou d'engagement parental) ;
- b) l'accès à l'adoption conjointe, soit par le biais du mariage, soit par celui d'une ouverture de l'adoption à tous les couples, mariés ou non mariés ;
- c) l'accès à la procréation médicalement assistée et à la « gestation par autrui », en s'inspirant des libertés qu'offrent par exemple la Belgique ou le Royaume-Uni ; la première est aujourd'hui réservée aux couples de sexes différents, mariés ou vivant maritalement depuis au moins deux ans, afin de remédier à une infertilité à caractère pathologique ; la seconde est, en l'état actuel du droit français, totalement interdite pour des raisons éthiques.

Le droit existant, suspect d'entériner une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle va être soumis à une série de critiques auxquelles il va falloir apporter des réponses justifiées à l'aune du critère de l'égalité. Pourquoi les personnes homosexuelles n'auraient-elles pas le droit de voir leur amour et leur union consacrés publiquement à l'occasion de la cérémonie de mariage ? Pourquoi n'auraient-ils accès qu'à deux des trois statuts conjugaux accessibles aux couples de personnes de sexes différents ? Pourquoi les homosexuels ne disposeraient-ils pas du pouvoir de choisir de se marier ou non ? Pourquoi les couples composés de personnes de même sexe ne pourraient-ils pas être porteurs d'un projet parental ? Pourquoi la satisfaction du « désir d'enfant » devrait-elle demeurer un privilège des hétérosexuels, lors même que ceux-ci sont célibataires ou incapables de procréer ? Au nom de quels principes juridiques priver les couples homosexuels du droit d'adopter conjointement ou de recourir à une technique de procréation médicalement assistée au même titre qu'un couple d'hétérosexuels ne parvenant pas à avoir d'enfant ?

26. Voir *Homosexualité, mariage et filiation. Pour en finir avec les discriminations*, Les Notes de la Fondation Copernic, Éditions Syllepse, 2005.

Quelles que soient les réponses apportées à ces questions, elles doivent s'inscrire dans le cadre d'une société qui désormais ne tolère plus durablement les différences de droits et de considération entre les personnes et qui prend conscience des valeurs communes qui transcendent l'orientation sexuelle. L'amour qui unit deux personnes, le désir de fonder une famille avec la personne aimée sont des sentiments partagés par les hétérosexuels et les homosexuels susceptibles de fonder une identification à l'autre et la reconnaissance de ses droits. Ce n'est pas seulement l'idéal du droit qui a changé, mais les mœurs elles-mêmes. Si bien qu'il est difficile de motiver une fin de non-recevoir adressée aux revendications des couples homosexuels par la seule volonté de défendre l'institution familiale.

## L'avènement de la famille individualiste

La revendication du droit à la famille par les couples homosexuels témoigne du triomphe paradoxal de la famille. Elle prend appui sur l'aspiration communément partagée au bonheur conjugal et familial – aspiration qui n'est pas affaiblie mais renforcée par la modernité. La condition de parents n'est plus vécue comme une contrainte imposée par la nature ou la société mais comme une dimension nécessaire à la réalisation de soi. Si l'idée d'une égalité des couples homosexuels et hétérosexuels devant le droit de la famille progresse dans l'opinion, c'est en raison du changement de modèle familial qui s'est opéré sous la pression de l'individualisme démocratique. Ce que la famille nucléaire moderne fondée sur le couple conjugal avait conservé de tradition (holisme et hiérarchie) s'est évaporé au cours des dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle. Il paraît vain, à cet égard, d'opposer à la revendication des couples homosexuels les réquisits d'un modèle qui périclité dans l'ensemble du monde occidental. Le modèle qui s'impose, celui de la famille moderne achevée, peut être caractérisé par quatre traits essentiels qui tous favorisent la reconnaissance de l'homofamille : l'individualisme, l'égalité des conditions, l'artificialisme et la sécularisation.

## ***L'individualisme***

Le thème est devenu un lieu commun de la sociologie : la famille est aujourd'hui moins la « cellule de base de la société » que la matrice de l'épanouissement individuel. L'idéal de la liberté et du bonheur individuels règle les transformations des mœurs et du droit de la famille. Pour les occidentaux, la vie conjugale doit être fondée sur l'amour, et la famille sur le projet parental. La finalité de la vie familiale et du droit de la famille n'est ainsi plus principalement d'assurer la perpétuation de la lignée ou la reproduction de la société mais de favoriser le bonheur de ses membres et l'éducation de l'enfant, devenu rare parce que précieux.

Les progrès de l'individualisme se lisent dans le destin de l'institution du mariage. Non seulement le lien du mariage, depuis la consécration du divorce par consentement mutuel, a cessé d'être indissoluble, mais le mariage lui-même n'apparaît plus comme une obligation sociale dans le parcours de vie. Près de trois femmes de 50 ans sur dix, en France, ne se sont jamais mariées, et la proportion ne cesse de croître. Le mariage ne représente plus l'institution permettant d'articuler l'alliance et la filiation : désormais il suit, plus souvent qu'il ne précède, l'arrivée du premier enfant. Il n'a plus pour fonction d'instituer le couple et la famille mais les consacre : s'il intervient tardivement, c'est en effet qu'il est précédé par une période de mise à l'épreuve de l'authenticité des sentiments qui unissent le couple, lequel se construit désormais « à petits pas ».

L'ancrage individualiste de la famille n'est pas nouveau. Le triomphe du couple, et de l'amour comme fondement de la vie commune, était déjà inscrit dans la conception de la famille en vigueur depuis la Révolution française et le Code civil. Dans le discours préliminaire au premier projet de Code civil, Portalis propose une déduction de l'institution du mariage selon le droit naturel : si « *le mariage ne peut être que l'engagement de deux individus* », c'est qu'il importe de distinguer le droit naturel de l'ordre physique de la nature ; le mariage ne se fonde pas sur la sexualité et sa finalité procréative mais sur l'amour, qui instaure une relation exclusive entre deux individus, car « *tel est l'empire de l'amour, qu'à l'exception de l'objet aimé, un sexe n'est plus rien pour l'autre* » :

« Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre appartient uniquement à l'ordre physique de la nature : mais le choix, la préférence, l'amour, qui détermine ce désir, et le fixe sur un seul objet, ou qui, du moins, lui donne sur l'objet préféré un plus grand degré d'énergie ; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles ; tout cela appartient au droit naturel. » La famille moderne achevée conserve cet héritage et liquide l'idée d'une institution nécessaire à la reproduction de la famille et de la société : désormais, ce n'est plus la famille qui doit servir l'État mais l'État qui doit servir la famille, et, à travers elle, l'individu. La reconnaissance du couple homosexuel se fonde sur le triomphe du couple, cette union libre de deux individus qui s'élisent réciproquement. La légitimité de la revendication en faveur du mariage homosexuel dans l'opinion doit beaucoup à l'idée commune selon laquelle il est naturel que deux personnes qui s'aiment puissent contracter un engagement réciproque qui soit solennel et public. L'idée selon laquelle l'amour prime sur l'orientation sexuelle s'impose dans les esprits quand la procréation n'est plus conçue comme le principe et la finalité ultime de la vie conjugale, mais simplement comme l'un de ses effets possibles.

### ***L'égalité des conditions***

Là encore, il s'agit d'un thème bien connu : l'irrésistible déclin de la puissance paternelle et la fin du modèle de la femme au foyer ont précipité l'avènement de la famille démocratique. La division et la hiérarchisation sexuées des rôles ont laissé place à une configuration familiale où, dans le cadre de l'égalité des sexes, les rôles ne sont plus figés : s'ils ne se répartissent pas équitablement entre l'homme et la femme, il existe cependant une forme de mixité ou diversification qui relativise le clivage entre les genres. L'émergence de la notion de parentalité est à cet égard significative : la distinction entre les rôles maternel et paternel subsiste dans les représentations mais ceux-ci sont considérés comme étant dans une certaine mesure interchangeables : il existe désormais des fonctions parentales que l'homme ou la femme tendent indifféremment à remplir.

Une telle transformation n'est pas sans conséquences sur la manière dont l'homoparentalité est perçue dans l'opinion : l'idée fait son chemin que les fonctions parentales peuvent être accomplies sans dommages par deux personnes de même sexe. L'égalité des sexes au sein de la famille constitue un terrain favorable pour la reconnaissance de l'homofamille.

### ***L'artificialisme, ou le triomphe de la volonté sur la nature***

L'artificialisme se manifeste par deux aspects : la dissociation de la sexualité et de la procréation ; la valorisation de la volonté dans le lien de filiation. L'enfant, dont l'arrivée, du fait de la maîtrise de la fécondité, peut désormais être programmée, est désormais doublement un enfant du désir : en tant qu'il est le fruit de l'amour au sein du couple et dans la mesure où sa naissance suppose le choix de le faire advenir. La maîtrise de la fécondité fait obstacle à l'arrivée de l'enfant non voulu et qu'impose la nature. Le recours à la procréation médicalement assistée (PMA) rend possible l'arrivée d'un enfant voulu à laquelle la nature fait obstacle. L'effet du progrès scientifique et technique n'est pas simplement ici la conquête d'une liberté nouvelle sur le destin que la nature nous assigne : il renforce le poids de la volonté, qui se lit notamment à travers la notion de « projet parental », dans la représentation du lien de filiation. Désormais les individus s'investissent eux-mêmes délibérément de la charge que représentent la protection et l'éducation des enfants : faire un enfant n'est plus un destin mais un engagement.

Cet artificialisme favorise également le processus de légitimation de l'homoparentalité. Le principal obstacle à la volonté des couples homosexuels d'accéder à la filiation est constitué par la conception du mariage et de la famille qui, inscrite dans notre droit, reste encore largement celle du sens commun : le mariage consacre l'union d'un homme et d'une femme, articulant sexualité, amour et procréation, conjugalité et filiation ; l'adoption et la PMA sont destinées à pallier l'éventuelle infécondité pathologique de couples dont la vocation naturelle, à la différence des couples composés de personnes de même sexe, est de procréer ; l'enfant, né d'un homme et d'une femme, a vocation à être

élevé par son père et sa mère – l'État se devant de lui fournir un père et une mère de substitution lorsque cela s'avère impossible. Le recours à l'artificialisme – techniques de procréation et engagement volontaire par voie d'adoption – n'est, dans ce cadre, destiné qu'à se substituer par imitation à la nature défaillante. Il n'empêche qu'une radicalisation de cet artificialisme est une perspective désormais crédible : dans la mesure où l'on conçoit le couple comme le sujet-auteur du projet parental, et où l'instrumentalisation du processus biologique est devenue chose banale, l'idée que des couples de même sexe puissent vouloir un enfant cesse d'être par elle-même choquante.

### ***Sécularisation de la famille***

Quand les hommes cessent de recevoir leur loi de Dieu ou de la tradition, il n'existe plus d'ordre naturel pérenne à respecter, et tous les aspects du lien conjugal ou du lien de filiation peuvent devenir l'objet de conventions interindividuelles et de délibération politique. Il apparaît alors possible et légitime de refonder l'ordre légal sur des bases purement humaines, constituées par le sentiment, l'engagement volontaire, le contrat, de manière à faire abstraction de la nature. Le fait que des institutions aussi intangibles que le mariage et la filiation tombent désormais dans le domaine des questions qui font l'objet d'une délibération démocratique est à cet égard une conséquence du processus de sécularisation. Que l'idée d'un mariage homosexuel, inédite dans l'histoire – celle en tout cas des sociétés de tradition chrétienne – surgisse aujourd'hui, alors que le phénomène de la décroyance s'accélère, ne doit donc pas nous surprendre. Certains arguments, dès lors, perdent leur crédibilité. Lorsque le système de représentations qui fondait l'ancien droit naturel s'estompe, il devient par exemple absurde de maintenir l'argument selon lequel, puisque les homosexuels sont incapables de procréer, ils ne peuvent participer à la reproduction de l'espèce et de la société et ne doivent en conséquence pas accéder à l'institution du mariage : comment peut-on à la fois considérer que les couples homosexuels sont inaptes à la reproduction de la société et justifier l'entrave des moyens qui leur permettraient d'éduquer des enfants ?

## L'alternative : réforme ou révolution ?

Accéder à la demande de reconnaissance de l'homofamille est donc inévitable. Est-ce à dire qu'une révolution juridique est pour cela nécessaire, afin d'abattre la conception multiséculaire du mariage dont l'essence est de consacrer l'union d'un homme et d'une femme ? Si l'on veut tenter de présenter les principes d'une réforme possible qui conduise à garantir réellement l'égalité des droits en matière de vie conjugale et familiale sans nécessairement faire table rase du passé, c'est-à-dire sans abandonner la définition traditionnelle du mariage, il faut peut-être dépasser la dramatisation voulue par les protagonistes actuels du débat. Ceux-ci font en effet du mariage homosexuel un enjeu symbolique. Pour les uns, accorder aux couples homosexuels le droit au mariage et le droit à l'enfant permettrait de mettre un terme définitif à « l'hétéronormativité » (ou « hétérocentrisme »). Définir le mariage comme une union de deux individus quel que soit leur sexe aurait une portée symbolique, une valeur de reconnaissance symbolique susceptible de remédier à l'humiliation multiséculaire subie par les homosexuels ainsi qu'à l'homophobie encore trop présente dans la société. Pour les autres, le droit doit respecter et garantir l'ordre symbolique fondé sur la différence des sexes, lequel distingue le couple hétérosexuel du couple homosexuel pour lui reconnaître une légitimité spécifique, principalement parce qu'il permet d'affilier l'enfant à une mère et à un père. Dans cette perspective, il convient non seulement de conserver la conception du mariage qui signifie cet ordre symbolique mais aussi d'empêcher qu'il ne soit troublé par une reconnaissance juridique de l'homoparenté qui autoriserait l'affiliation d'un l'enfant à un couple parental homosexuel.

Par-delà la volonté de précipiter « la fin d'un monde » en révolutionnant le droit de la famille et celle de conserver l'ordre symbolique établi pour éviter la « fin du monde »<sup>27</sup>, il est sans doute possible de

---

27. Ces formules sont d'Éric Fassin qui milite pour le droit des homosexuels au mariage et à l'enfant.

dédramatiser le débat en s'interrogeant sur les arbitrages qu'il convient de faire – en prenant comme seul critère les droits individuels – pour assurer l'égalité des droits, ceux des adultes aussi bien que ceux des enfants. La question de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels doit ainsi être examinée non dans la perspective du choix entre conservation ou renversement d'un ordre symbolique mais uniquement sous l'angle des idéaux du droit démocratique, la liberté et l'égalité des individus. Dans cette perspective, trois problèmes, qu'il importe de distinguer pour mieux les résoudre, sont aujourd'hui posés : celui de la reconnaissance du couple homosexuel, qui n'est pas achevée ; le problème des droits de l'enfant, plus précisément de l'égalité des enfants devant le droit de la filiation ; la question, enfin, centrale et polémique, du droit des couples homosexuels à fonder une famille.

## Parachever la reconnaissance du couple homosexuel

L'enjeu pratique et théorique est sur ce point celui de l'égalité entre les couples. Le PACS a eu le grand mérite d'instaurer la reconnaissance juridique du couple homosexuel. Il a cependant maintenu une inégalité en droits fondée sur l'orientation sexuelle en dépit de l'universalisme affiché. Il eût été préférable, plutôt que de jouer la comédie du statut identique pour tous les couples (homosexuels ou hétérosexuels) de concevoir, à côté de l'union libre, une union civile spécifique pour les couples homosexuels mais qui établisse une véritable égalité en ouvrant aux droits et aux devoirs qui sont ceux des couples mariés – abstraction faite, bien évidemment, de ceux tenants à la différence des sexes, laquelle seule justifie la différence de statuts.

L'égalité en droits n'implique pas nécessairement, contrairement à ce que prétend établir l'argumentation qui a prévalu dans les pays qui ont changé leur définition du mariage, l'accès pour les couples homosexuels à celui-ci. L'argument qui consiste à revendiquer pour les homosexuels le droit de pouvoir choisir de se marier ou non est purement

rhétorique : la question essentielle du point de vue de l'idéal démocratique n'est pas de savoir si les personnes homosexuelles ont ou non la possibilité de se marier ; ce qui importe, c'est qu'elles disposent de droits identiques à celles des personnes hétérosexuelles, ce qui inclut certes les droits et les obligations auxquels le mariage donne accès, mais seulement dans la mesure où ceux-ci leur sont applicables. L'impossibilité de se marier ne résulte pas, à cet égard, d'une discrimination, mais simplement du fait que le mariage se conçoit comme une union juridique entre un homme et une femme dans la perspective qui est celle de la constitution d'une famille par la voie de la procréation naturelle. Ce qui fait de la présomption de paternité – l'automatisme par lequel l'homme reconnaît par avance les enfants que sa femme portera – l'un des effets essentiels du mariage.

L'institution du mariage est un héritage historique que l'on peut bien entendu toujours envisager d'abolir ou de changer <sup>28</sup>. Quoique l'on pense du mariage tel qu'il se conçoit aujourd'hui, force est cependant d'admettre qu'il n'est pas en tant que tel discriminatoire au motif qu'il exclurait les couples homosexuels. La discrimination dont les personnes homosexuelles peuvent légitimement s'estimer victimes ne tient pas au fait de ne pouvoir accéder à la présomption de paternité instituée par le mariage ; elle résulte de l'inégalité devant les seuls droits susceptibles de pouvoir être attribués indifféremment à tous les couples, abstraction faite de leur orientation sexuelle. Peu importe, dans cette perspective, les différences de statuts <sup>29</sup> permettant d'accéder à ces droits. Il n'y a aucune raison objective, par exemple, pour que le couple formé par une personne homosexuelle avec une personne étrangère ne puisse être aussi

---

28. Un groupe de militants de la cause homosexuelle, qui revendique l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, par exemple, souhaiterait que le mariage soit en outre réformé afin de « *supprimer l'obligation de fidélité, l'obligation de communauté de vie, la séparation de corps ainsi que la présomption de paternité (ou de parentalité).* » La démarche est emblématique de la contradiction qui consiste à revendiquer l'accès à un statut que l'on entend à cette fin vider de sa substance. *Homosexualité, mariage et filiation, op. cit.*, p. 118.

29. La différence de statut n'est en l'occurrence justifiée que si et seulement si elle ne repose sur aucun autre motif que la prise en compte de la différence de situation objective relative au fait que les membres du couple sont de même sexe ou de sexes différents. Une telle prise en compte n'est pas requise si l'on considère simplement le couple en tant que couple mais elle s'impose dès lors que l'on se place du point de vue du droit de la filiation.

bien protégé juridiquement que le couple composé d'un homme et d'une femme dans le cadre du mariage. Il importe donc d'établir non seulement l'égalité des droits, mais aussi l'égalité symbolique qu'instaurerait la possibilité pour les couples homosexuels de sceller leur union par une cérémonie devant monsieur ou madame le maire. L'enjeu symbolique doit être circonscrit à cette question du cérémonial : si l'on veut parachever la reconnaissance de l'égalité en dignité des couples homosexuels et hétérosexuels, il est impératif d'instituer une cérémonie d'union civile pour les couples homosexuels.

## Garantir l'égalité des droits entre les enfants, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple parental

La volonté de prohiber les discriminations n'implique pas seulement le souci de l'égalité des droits et des devoirs auxquels les statuts conjugaux donnent accès : elle doit aussi conduire à se préoccuper de l'égalité des enfants devant le droit de la filiation. Deux débats sont en cours à ce sujet : le premier est relatif au droit de l'enfant d'avoir un père et une mère ; le second porte sur la situation de fait des enfants élevés par un couple d'homosexuels qui ne peuvent avoir qu'un seul parent légal.

Le principe de l'égalité des enfants devant le droit peut d'abord être mobilisé contre le projet de permettre l'affiliation d'un enfant à un couple d'homosexuels. L'idée est qu'il existerait un droit universellement reconnu des enfants d'avoir pour parents un père et une mère, droit dont seraient privés les enfants dont on autoriserait la filiation à deux pères ou à deux mères. Si l'on peut raisonnablement plaider en faveur d'un droit de l'enfant à connaître ses origines, à vivre dans la mesure du possible avec son père et sa mère naturels, à ne pas être séparé de ses parents ni de ses frères et sœurs, on peut cependant contester le droit d'avoir pour parents un père et une mère : en effet, celui-ci, considéré comme une créance, impliquerait que l'État ne puisse attribuer les enfants orphelins qu'à des couples composés d'un homme et d'une femme, à l'exclusion,

donc, non seulement des couples de même sexe, mais aussi des célibataires. Dans l'état actuel du droit, les célibataires étant susceptibles d'adopter, ce supposé droit ne serait par conséquent pas respecté. Il convient en outre de faire observer que c'est la volonté de trouver des parents à tous les enfants adoptables qui est à l'origine de la tolérance accordée aux célibataires : ce qui est une manière de reconnaître que le droit de l'enfant d'avoir au moins un parent est fondamental et l'emporte sur le besoin d'avoir un père et une mère.

Une variante de l'argument consiste à faire valoir « l'intérêt de l'enfant », et d'opposer ainsi le besoin d'être élevé par un père et une mère à la volonté des couples de même sexe d'avoir des enfants. L'argument de l'intérêt de l'enfant, bien que fréquemment mobilisé pour justifier une restriction de la liberté des adultes, est cependant le moins convaincant qui soit. Non pas bien sûr qu'il soit certain, en dépit des arguments scientistes contestables invoqués par les militants de la cause homosexuelle, que le fait d'être élevé par des parents de même sexe n'ait pas de conséquences que l'on pourrait juger dommageables pour l'épanouissement de l'enfant<sup>30</sup>. Mais l'usage du principe de précaution, ici comme ailleurs, est absurde. Compte tenu de la diversité des facteurs (non seulement psychologiques mais aussi sociaux, économiques et culturels) qui peuvent nuire à l'épanouissement futur d'une personne durant la période initiale de son existence, le principe de précaution devrait conduire à interdire à quiconque de procréer. Il est du reste difficile de définir avec précision en quoi consiste le bonheur et l'équilibre

---

30. Les objections sont multiples, que l'on pourrait opposer aux prétendues démonstrations de l'innocuité de l'homoparentalité : contradiction des résultats des études empiriques – enquêtes sociologique ou clinique des psychanalystes ; partialité des enquêtes conduites par des auteurs militants, caractère excessivement restreint des populations de référence ; absence de recul historique. Ajoutons que, pour la cause de la liberté des couples homosexuels d'accéder à une famille, l'argumentation scientiste est contreproductive : la reconnaissance d'une liberté fondamentale ne saurait en effet être suspendue aux résultats d'une enquête empirique, laquelle demeure toujours exposée au risque d'être contredite par une enquête ultérieure. Les homosexuels éprouvant un désir d'enfant, et dont il n'y a aucune raison de mettre en doute le souci de l'intérêt de l'enfant, manifestent en outre eux-mêmes qu'ils sont sensibles à la question de la différence des sexes : selon l'APGL, l'écrasante majorité des gays et un bon tiers des lesbiennes qui ont un enfant l'ont obtenu par la voie de la « coparentalité », c'est-à-dire l'union d'un gay et d'une lesbienne ; si la difficulté de recourir aux autres moyens entre en ligne de compte dans un tel choix (pour les gays, c'est une évidence), les intéressés motivent néanmoins souvent celui-ci par la volonté délibérée de donner à leur enfant un père et une mère.

d'un enfant : le droit positif, fort heureusement, définit sur le mode minimaliste les obligations parentales, lesquelles se réduisent, pour l'essentiel, au devoir de subvenir économiquement aux besoins de l'enfant, de ne pas le maltraiter et de l'envoyer à l'école.

Surtout, et quelle que soit notre conviction à ce sujet, il faut convenir que l'intérêt de l'enfant ne saurait se constituer en droit opposable à une liberté reconnue. On peut remarquer qu'il n'est pas considéré dans notre droit comme un critère suffisamment objectif pour justifier la négation de la liberté individuelle de l'adulte. Il n'a par exemple pas permis de faire obstacle à la loi établissant le divorce par consentement mutuel. Le fait est que le droit familial subordonne la considération de l'intérêt des enfants issus d'un couple à la liberté reconnue des adultes de s'engager et de se désengager au gré des aléas de leur vie amoureuse : il est pourtant plus que douteux, en dépit de l'argument selon lequel le bonheur de l'enfant dépend de la paix du ménage, que la séparation de ses parents génère moins de conséquences néfastes pour le développement d'un enfant que la simple incompatibilité d'humeur qui a pu s'établir entre eux.

L'argument de l'intérêt de l'enfant est en outre parfaitement réversible. S'agissant de la liberté d'adopter, il faut rappeler qu'elle suppose l'institution d'une procédure, l'adoption, dont la finalité n'est pas de donner un enfant à une famille qui n'en a pas mais de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. La liberté d'adopter, qui permet bien entendu de satisfaire un désir d'enfant, est en même temps toujours aussi au service de la cause de l'enfance.

Quand bien même l'on admettrait qu'il est préférable pour un enfant d'avoir deux parents de sexes différents plutôt que deux parents de même sexe, force est cependant de reconnaître qu'il est aussi de son intérêt d'avoir deux parents plutôt qu'un seul. Ceci nous conduit à l'examen du second problème, qui réside dans l'injustice faite aux enfants qui, parce qu'ils ont été adoptés ou conçus dans un « contexte homoparental » ne peuvent avoir qu'un seul parent légal. De même que l'idéal égalitaire du droit démocratique a conduit à mettre un terme à la discrimination entre

enfants légitimes et enfants naturels (nés en dehors des liens du mariage), il apparaît ici nécessaire de remédier à la discrimination de fait entre enfants issus d'un couple bisexué et enfants issus d'un couple de même sexe.

Il convient de rappeler la diversité des situations dans lesquelles se trouvent placés les enfants élevés par un couple d'homosexuels. La première configuration est celle d'enfants nés dans un « contexte hétéro-parental », c'est-à-dire d'une union hétérosexuelle antérieure, et dont l'un des parents a reconstruit une vie de couple en assumant son homosexualité. Ces enfants peuvent rencontrer un problème spécifique non négligeable : la difficulté pour le père ou la mère homosexuel de faire valoir son droit de garde. Il est discriminatoire que l'orientation sexuelle du parent soit considérée comme un critère absolument déterminant dans la représentation de l'intérêt de l'enfant. Il est contraire à l'intérêt de l'enfant qu'un tel critère prévale sur la nécessité de favoriser l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Deuxième situation possible : conçus par un père gay et une mère lesbienne qui ont fait le choix de la « coparentalité » mais qui vivent chacun séparément leur vie de couple, les enfants ont donc deux parents légaux et deux beaux-parents. Le schéma est en ce cas analogue à celui d'une famille recomposée puisque couple parental et couple conjugal sont d'emblée dissociés. En dépit de la revendication d'une reconnaissance par le droit de la multiparentalité, on ne peut considérer que les enfants subissent ici une discrimination. Ceux-ci bénéficient en effet de la même protection que les autres enfants puisqu'ils ont deux parents qui exercent sur eux une autorité parentale conjointe. Le problème qui se pose, comme dans le cas des familles recomposées, est celui du statut des beaux-parents, dont il faut reconnaître le rôle dans l'exercice des fonctions parentales sans aller jusqu'à les confondre avec les parents auxquels l'enfant est affilié. La spécificité de la situation de la coparentalité tient au fait que les beaux-parents, présents dès le départ, peuvent légitimement se considérer comme des parents de fait. L'important reste cependant, comme dans le cas des familles recomposées, que les parents sociaux ne soient pas gênés dans l'exercice quotidien de leurs fonctions parentales

et que, par ailleurs, l'enfant soit protégé des aléas de la vie conjugale par l'existence d'un couple parental légal. Il n'est pas pour cela nécessaire d'aller jusqu'à inscrire la multiparentalité dans le droit. Le droit existant, s'il néglige sans doute le désir des compagnons ou compagnes de parents homosexuels de se voir reconnus comme parents à part entière, satisfait à tout le moins sur ce point au critère de non-discrimination entre les enfants.

La notion de « multiparentalité » est du reste ambiguë. Elle peut signifier qu'il existe plusieurs adultes qui, autour de l'enfant, remplissent des fonctions parentales et nouent des liens d'affection avec lui ; elle peut par ailleurs être assimilée à la multiparenté, ce qui impliquerait, en cas de reconnaissance légale, la mise en cause non seulement du principe du couple parental bisexué mais aussi celle de la double filiation. Une telle réforme, demandée par certains militants de la cause homosexuelle, ébranlerait fortement le système généalogique ainsi que l'exercice de l'autorité parentale conjointe en cas de séparation des couples conjugaux<sup>31</sup> : l'on peut légitimement considérer qu'elle introduirait une rupture d'égalité entre les enfants. De même que la reconnaissance du couple homosexuel n'implique pas celle du mariage à trois, il faudrait ériger, dans l'hypothèse où l'on s'orienterait vers la reconnaissance de l'homofamille par le droit, le principe de la double filiation en norme intangible.

Il existe une troisième configuration où le droit existant est à juste raison mis en accusation. Lorsque l'enfant a été adopté par un célibataire homosexuel ou mis au monde par une mère lesbienne ayant eu recours à une IAD (insémination avec donneur) réalisée à l'étranger (puisque cette pratique est interdite en France), il se trouve de fait placé dans une situation où, élevé par un couple de « parents sociaux », il ne peut néanmoins être affilié à ses deux parents. Le droit de la filiation apparaît à cet égard

31. La raison d'être de l'autorité parentale n'est pas, en effet, de satisfaire le droit à l'enfant des adultes mais le droit des enfants d'être convenablement protégés et éduqués. L'écartèlement de l'enfant entre quatre familles recomposées peut difficilement apparaître, à cet égard, comme favorisant ces fonctions de protection et d'éducation.

inégalitaire, puisque ces enfants n'ont pas droit à la protection que leur assurerait une double filiation, notamment dans l'hypothèse tragique du décès du parent légal. Cette difficulté explique l'évolution récente de la jurisprudence concernant le recours à la procédure de l'adoption simple par des compagnes de mères lesbiennes.

L'adoption simple, à la différence de l'adoption plénière, n'opère pas de substitution du lien de filiation : le « second parent » peut donc y recourir sans que le parent légal abandonne son statut, ce qui permet ainsi d'établir pour l'enfant un second lien de filiation. Cette procédure n'est cependant pas exempte d'inconvénients puisqu'elle oblige le parent légal à renoncer à l'exercice de son autorité parentale. Il n'existe qu'une exception à l'obligation faite au parent d'origine de transférer son autorité parentale : lorsque l'adoptant est marié à celui-ci ; dans ce cas, l'autorité parentale est partagée. La solution pourrait donc résider dans l'octroi de cette prérogative aux couples de même sexe dans le cadre d'une union civile rénovée. Faciliter l'adoption simple peut apparaître comme une solution acceptable à ceux qui refusent aux couples homosexuels l'accès à l'adoption plénière afin de préserver le principe suivant lequel, l'enfant devant être affilié à un père et à une mère, il faut exclure la filiation d'un enfant à deux pères ou à deux mères. La nuance est subtile : l'adoption simple, à la différence de l'adoption plénière, n'établit pas d'équivalence entre filiation naturelle et filiation adoptive.

## Faut-il reconnaître le droit des couples homosexuels à fonder une famille ?

Si le couple homosexuel fait désormais l'objet, depuis la loi sur le PACS, d'une reconnaissance juridique, si l'exigence de protection des enfants évoluant dans un contexte homoparental commence à être prise en compte, notre droit fait encore fermement obstacle à l'idée qu'un couple homosexuel puisse être considéré comme fondateur d'une famille. À travers l'accès au mariage, les couples homosexuels accèderaient à

l'adoption conjointe, qui leur permettrait de s'affilier un enfant en tant que couple, par conséquent de fonder une famille.

Or, l'instauration du PACS répondait au double objectif de reconnaître légalement le couple homosexuel et de l'exclure radicalement du droit de la famille. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe reviendrait donc sur cette distinction entre droit de former un couple et droit de fonder une famille. Tel est l'enjeu principal de la question du mariage homosexuel : car il va de soi qu'il serait particulièrement absurde et contradictoire de proclamer le droit pour les couples homosexuels de se marier et de leur dénier celui de « faire famille ».

Sur quels arguments se fonde le refus de reconnaître la liberté pour les couples de même sexe de s'affilier un enfant ? Indépendamment de l'argument des droits de l'enfant, examiné plus haut, on peut observer que ce refus est pour l'essentiel motivé par deux types d'argumentations : une argumentation traditionaliste, fondée sur la théologie et le droit naturel ; une argumentation moderniste, qui prend appui sur l'apport des sciences humaines (notamment l'anthropologie et la psychanalyse) pour souligner la nécessité culturelle et sociale de conserver aux couples composés d'un homme et d'une femme, sur le plan juridique et symbolique tout au moins, le monopole de la création de liens de filiation. Rappelons le sens de l'argumentation traditionnelle, héritage du droit naturel selon Thomas d'Aquin, auquel l'Église catholique et un certain nombre de juristes continuent de se référer. Dans ce cadre théorique, la complémentarité des sexes et la fécondité appartiennent à la nature même du mariage : l'analogie entre l'union homosexuelle et le mariage est par conséquent rigoureusement inconcevable. L'homosexualité représente un « désordre » qui peut simplement être toléré, au sens strict de la notion de tolérance : supporter et laisser exister un mal, une conduite que l'on réprouve moralement. Cette conception n'implique ni ne présuppose une quelconque homophobie. Elle pose que les homosexuels doivent être respectés en tant que personnes mais que l'État ne doit encourager ni légitimer les unions homosexuelles : il importe à cet égard non seulement de dénier au couple homosexuel toute prétention à faire famille, en accédant au mariage et à la filiation, mais également de refuser l'idée même de « couple » homosexuel.

Dans une perspective moderniste et démocratique, l'argument de « l'ordre symbolique » se substitue à celui de l'ordre naturel en vue de poser des limites objectives à l'évolution des mœurs et du droit de la famille. L'idée est que la famille et le droit de la famille sont structurés par des règles enracinées dans l'histoire et la culture, qui sont pour une part inconscientes et qui échappent, ou doivent échapper, à la délibération démocratique. On peut fournir comme illustration l'interdit de l'inceste. La fondation du mariage et de la filiation sur la différence des sexes ressortirait à cet « ordre symbolique », au point du reste qu'il n'a jamais été besoin de définir explicitement le mariage comme union d'un homme et d'une femme. Dans cette perspective, le droit a pour fonction d'exprimer, de refléter et d'instituer tout à la fois, l'« ordre symbolique » qui dessine les limites de sa plasticité : le droit est « un langage » qui prétend rendre compte de la réalité et on ne peut lui demander de subvertir les représentations communes qui s'inscrivent dans le langage courant. Ce qui se produirait si l'on introduisait dans le droit le mariage homosexuel et l'affiliation d'un enfant à deux pères ou à deux mères : « *De même qu'employer le mot "mariage" pour désigner l'union de deux personnes de même sexe constituerait non pas un simple aménagement technique, mais un renouvellement du sens de ce mot, nommer "filiation" un lien établi entre un enfant et deux personnes de même sexe et affirmer qu'un enfant a deux pères ou deux mères ne serait pas une affirmation anodine mais une révolution langagière dans le contexte de la société occidentale.* »<sup>32</sup>

Cette argumentation correspond à la philosophie implicite de la législation actuelle qui reconnaît l'existence du couple homosexuel mais refuse de concevoir qu'il puisse faire famille. Elle admet, au-delà de la garantie de la liberté sexuelle au nom du respect de la vie privée, le principe d'une égale dignité des formes de conjugalité, l'amour unissant les couples homosexuels n'ayant pas moins de valeur que celui qui unit un homme et une femme. Mais la reconnaissance de l'égale dignité doit s'accompagner, pour être légitime, d'une stricte différenciation des

32. Cyrille Duvert, « Le droit jetable ? À propos des débats sur l'homoparentalité », *Le Débat*, n° 131, septembre-octobre 2004.

statuts, excluant les couples homosexuels de la filiation et du droit de la famille. Le lien entre le couple fondé sur la différence des sexes et le droit de la filiation est jugé consubstantiel au mariage, excluant donc son ouverture aux couples de même sexe. Une forme de reconnaissance de l'homoparentalité, on l'a vu, demeure cependant possible, à condition que celle-ci soit clairement distinguée de l'homoparenté : d'une part l'exercice d'une fonction parentale par un « parent social » peut être reconnu à travers l'instauration d'un statut légal du beau-parent, conçu de manière que l'on évite soigneusement la confusion avec le statut de parent ; d'autre part, le recours à l'adoption simple peut être admis comme dispositif permettant de mieux protéger l'intérêt de l'enfant et celui des parents sociaux sans porter atteinte au principe intangible suivant lequel tout enfant doit être considéré comme issu d'un père et d'une mère. L'adoption plénière, par laquelle un enfant serait réputé « être né » de deux pères ou de deux mères, ne saurait en revanche être légitimée. Soulignons que les lois bioéthiques encadrant la procréation médicalement assistée doivent également s'interpréter à la lumière de l'argument de l'ordre symbolique : la justification par l'idéal thérapeutique (traitement de la stérilité) de l'usage des techniques de PMA présuppose que seul est légitime le projet parental qui émane de couples bisexués, qu'ils soient mariés ou non. Le critère de démarcation est *in fine* constitué par la représentation commune selon laquelle seul un couple composé d'un homme et d'une femme, susceptible de devenir couple parental composé d'un père et d'une mère, a vocation à fonder une famille.

Cet argument de l'ordre symbolique prétend identifier le cran d'arrêt de la dynamique des droits subjectifs : l'ordre symbolique constitue le cadre objectif dans lequel la famille individualiste s'inscrit, définissant les limites de la liberté individuelle ; il implique que la dynamique égalitaire ne puisse aller jusqu'à établir une équivalence symbolique entre le couple de même sexe et le couple composé d'un homme et d'une femme ; il tolère l'artificialisme à la condition qu'il obéisse au principe de l'analogie avec la nature ; enfin, il se soustrait à la délibération démocratique qui ne saurait avoir de prise sur lui. Ce dernier point constitue la force et la faiblesse de l'argument. Car il est difficile, dans un cadre démocratique, de légitimer un

principe de limitation de la liberté individuelle qui s'impose à la fois à la logique des droits subjectifs et à la volonté du peuple souverain.

Les partisans de l'ordre symbolique sont du reste contraints, pour justifier leur position, d'emprunter des arguments à la légitimité démocratique. Ils oscillent au gré des circonstances, entre la défense des droits individuels contre l'opinion dominante ou la défense de l'opinion dominante contre la revendication des droits. Il leur est en outre reproché de recourir à l'argument d'autorité inhérent à leur prétention d'être les dépositaires de la bonne interprétation de « l'ordre symbolique ». La critique essentielle que l'on peut cependant adresser à l'argumentation construite à partir de cette notion est qu'elle est affaiblie par la contradiction « performative » qu'elle comporte : l'ordre symbolique devrait en effet se soutenir de lui-même et assigner des limites objectives, et mêmes inconscientes, à la délibération démocratique. Or il n'en est rien : il est contraint de faire valoir ses droits à travers l'intervention de ses avocats dans l'espace public.

La volonté de soustraire le mariage et la filiation à la délibération collective repose, là encore, sur l'usage du principe de précaution face aux risques générés par ce qui se présente comme une révolution symbolique. On peut considérer en effet que « *le renouvellement souhaité par les tenants de la famille homosexuelle des mots "mariages" et "filiation" par le biais du vote d'un texte de loi apparaîtrait, d'une part, comme une décision de portée politique et, d'autre part, comme une rupture aussi importante qu'a pu l'être, en 1791, celle de laïciser le mariage. Elle aurait nécessairement des implications symboliques et anthropologiques, car elle ne consisterait pas en un simple aménagement de technique juridique, mais, plus profondément, en un acte sur le langage commun.* »<sup>33</sup> Le problème est que le principe de précaution, en tant qu'il consiste à prévenir non pas les risques prévisibles mais les conséquences imprévisibles d'un changement possible, constitue un argument d'autorité et

---

33. *Ibidem.*

fonde un conservatisme radical et infalsifiable que l'on peut difficilement justifier, sur la durée, dans l'espace public démocratique.

Peut-être est-il plus sage de s'en tenir à une argumentation fondée sur les principes de liberté et d'égalité. Cette perspective conduit à justifier le droit des couples de même sexe à fonder une famille, tout en lui assignant des limites. Le droit de fonder une famille est en effet un droit-liberté, et non un droit-créance : il n'existe pas, autrement dit, de droit à l'enfant. L'égale liberté de procréer, d'adopter un enfant, et donc de fonder une famille peut être reconnue sans que cela conduise à établir un droit individuel à se voir fournir un enfant et une famille par l'État. Il conviendrait cependant d'admettre l'impossibilité d'établir *a priori* qu'un couple homosexuel n'a pas vocation à fonder une famille. Ni l'incapacité naturelle du couple homosexuel à procréer, ni l'absence de la différence des sexes au sein du couple ne devraient servir d'arguments pour interdire aux couples homosexuels l'accès aux moyens disponibles de satisfaire leur désir d'enfant. Celui-ci, s'il ne suffit pas à fonder un droit à l'enfant, n'est pas, que l'on sache, par lui-même à ce point illégitime qu'il soit nécessaire de faire systématiquement obstacle à la liberté d'avoir un enfant par une voie non naturelle.

La liberté pour les homosexuels consisterait donc à pouvoir accéder à tous les moyens disponibles pour avoir un enfant, sans que le droit n'y fasse obstacle au seul motif de leur orientation sexuelle. Cela permettrait par exemple d'éviter la situation ubuesque de la législation relative à l'adoption, qui consiste à interdire à un couple d'homosexuels en tant que couple, ce qu'il peut obtenir si l'un des membres du couple formule sa demande d'adoption en tant que célibataire, en dissimulant son orientation sexuelle.

L'interdiction d'adopter faite aux couples résulte en effet de la volonté *a priori* de priver les couples homosexuels de la liberté de formuler une demande d'adoption au même titre que les couples hétérosexuels. Sans aller jusqu'à instituer un droit-créance à l'enfant, on ne voit pas quel argument opposer, du strict point de vue du principe de l'égalité formelle, à une réforme qui se proposerait d'établir l'égale liberté pour

tous les couples de formuler une demande d'adoption conjointe. La même argumentation peut être appliquée à la législation bioéthique, étant entendu qu'il existe des raisons d'interdire indépendantes du motif de l'orientation sexuelle : on peut juger, par exemple, que la prohibition de la gestation par autrui (le recours aux mères porteuses) s'impose ; mais elle s'impose en ce cas à l'identique, sans discrimination aucune, à tous les couples, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents.

## Une solution libérale : égalité des droits et pluralisme des statuts

Faut-il conclure à la nécessité, pour atteindre une situation sans discrimination entre les couples, d'instituer un mariage homosexuel ? Si l'on ne peut accorder le mariage aux couples homosexuels sans leur donner le droit d'adopter conjointement, l'inverse est cependant possible : l'accès à l'égalité des droits entre tous les couples, abstraction faite de leur orientation sexuelle, n'implique pas nécessairement l'instauration d'un mariage unique. Il existe non pas une mais deux options politiques possibles pour parvenir à l'égalité des droits : une option révolutionnaire, consistant à faire table rase de l'acceptation commune et traditionnelle du mariage, compris comme union d'un homme et d'une femme ; une option réformatrice que l'on pourrait qualifier de pluraliste, qui viserait à instaurer, à côté du mariage, une union civile réservée spécifiquement aux couples homosexuels et qui comprendrait les mêmes droits et les mêmes devoirs que le mariage.

Deux arguments plaident en faveur de cette seconde option. Le premier se fonde sur le principe de la neutralité libérale du droit, qui conduit à prohiber l'usage moral et politique de celui-ci. Le droit, selon sa conception libérale à tout le moins, n'a pas pour vocation d'imposer un modèle de vie aux individus, ni de préserver ou d'instituer un « ordre symbolique » intangible qui limiterait *a priori* l'expansion de la liberté individuelle et de l'égalité démocratique – et dont on ne voit pas très bien comment, s'il existe, il pourrait être ébranlé par quelques modifications

législatives<sup>34</sup>. Mais le droit n'a pas non plus pour fonction de constituer un instrument politique destiné à réparer une injustice historique ou à transformer les mœurs et les consciences. La lutte contre les discriminations implique-t-elle la condamnation morale de ceux qui sont attachés au mariage traditionnel, à l'idée que le mariage scelle l'alliance entre un homme et une femme et non pas simplement l'union entre deux individus ? Sans doute pas et l'on ne voit pas au nom de quel principe la loi devrait établir qu'une union entre deux femmes ou deux hommes est identique à l'union d'un homme et d'une femme. Le droit peut à cet égard respecter la diversité des opinions, pourvu qu'il instaure l'égalité des droits entre les individus. L'avantage de la formule du pluralisme est qu'elle ne contraint pas à brûler sur l'autel de l'égalité l'ensemble des textes de lois qui font malencontreusement référence à la différence des sexes. Il serait alors possible, tout en établissant l'égalité des droits, de conserver l'actuelle législation sur le mariage, laquelle repose sur une définition de celui-ci qui convient à l'écrasante majorité de nos contemporains.

Le second argument en faveur du pluralisme légal repose sur la conception de l'égalité bien comprise. L'idée d'égalité, en effet, n'implique pas nécessairement l'égalité de traitement des individus. Elle requiert l'égal respect et l'égal considération de tous les individus et assigne en conséquence au droit la tâche de servir les intérêts des individus dans le respect de leur liberté et de leur dignité. De ce principe se déduit toutefois aussi bien l'exigence de traiter de façon identique des situations identiques que celle de traiter de façon différente des situations différentes. Dans le cas qui nous occupe, toute la question est de savoir si la différence entre un couple homosexuel et un couple hétérosexuel justifie, à l'examen des problèmes, l'existence d'une différence de statut juridique. La différence des statuts ne saurait être considérée comme discriminatoire si elle n'implique aucune différence des droits mais ne se fonde que sur la différence des situations. Or, on l'a vu à travers l'exemple de la présomption de paternité, qui constitue peut-être

34. On peut en effet raisonnablement prévoir que, quelles que soient les métamorphoses du droit à venir, l'hétérosexualité demeurera dominante et les enfants continueront, dans leur écrasante majorité, à avoir pour parents un père et une mère.

l'effet essentiel du mariage, la différence entre couples de même sexe et couples bisexués justifie l'existence de statuts distincts. Par-delà le cas de l'adoption conjointe, le mode d'affiliation d'un enfant à ses parents diffère nécessairement selon que l'on a affaire à un couple homosexuel ou à un couple hétérosexuel – la diversité des types de projets parentaux chez les homosexuels (projet parental de couple ou projet de couple parental par la voie de la « coparentalité ») constituant une spécificité que le droit doit nécessairement prendre en compte.

Choisir la voie de la réforme plutôt que celle de la révolution, sans pour autant recourir à l'argument démagogique du principe de précaution, est donc non seulement possible mais légitime. Nous ne sommes pas condamnés à choisir entre, d'une part, le refus conservateur de l'égalité des droits au nom de la sauvegarde de l'ordre symbolique fondé sur la différence sexuelle et, d'autre part, l'éradication révolutionnaire de cet ordre symbolique au nom de la lutte contre les discriminations. Il paraît à la fois économique et juste d'épargner au mariage une redéfinition au nom du politiquement correct en instituant une forme d'union civile qui, à la différence du PACS, soit à la fois réservée aux couples homosexuels et considérée comme un véritable « mariage bis »<sup>35</sup>. L'égalité dans la différence des statuts, dans la mesure où celle-ci ne vise pas à masquer une inégalité des droits, est une formule à la fois républicaine (fondée sur le principe de l'égalité universelle des droits) et libérale (respectueuse de la diversité des consciences, des situations et des modèles)<sup>36</sup> qui satisfait à l'exigence démocratique de la non-discrimination.

35. Ce qui implique que soit repris du contenu de la législation relative au mariage, l'ensemble de ce qui se conçoit indépendamment de la différence des sexes. Il va de soi, par exemple, dans cette perspective, que les conditions de la cérémonie d'union civile devraient être identiques à celles du mariage.

36. Seule une interprétation dogmatique de l'universalisme républicain, aveugle aux différences, pourrait voir dans une solution de ce type une forme de communautarisme. Comme l'écrit Irène Théry à propos d'une proposition d'union civile alternative au mariage, sur la base d'une argumentation certes très différente de la nôtre : « Assurant 100 % d'égalité avec le mariage en ce qui concerne la solennité, l'engagement, les droits, la protection juridique du lien institué de couple, on ne voit pas pourquoi une telle union serait un "enfermement communautaire". » Irène Théry, in *Homoparentalités, état des lieux*, ERES 2000, p. 175.