

Le mariage sans limites

Article rédigé par *Thibaud Collin*, le 15 février 2013

Sénat, 14 février 2013. Devant les membres de la Commission des lois, le philosophe Thibaud Collin s'est interrogé sur les principes éthiques du projet de loi ouvrant le mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe. "Quel est le fondement du juste ?" Si le projet de loi répond au sens de l'histoire par l'émancipation du principe d'égalité, argument de Mme Taubira, le législateur n'a plus d'autre référence pour fixer les conditions juridiques du mariage que la volonté des individus. Le droit de la procréation et de la filiation s'expose ainsi à tous les arbitraires...

M. le président,
M. le rapporteur,
Mmes et MM. les sénateurs,

Je tenais tout d'abord à vous exprimer la gratitude et l'honneur que j'éprouve à présenter, à votre invitation, mon point de vue sur le projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe, objet de votre réflexion.

Ce projet est porté par le gouvernement au nom de l'égalité. Et ce, à double titre. Au nom de l'égalité de tous les citoyens libres d'accéder au mariage ; au nom de l'égalité de tous les enfants de bénéficier des mêmes droits notamment du droit à la sécurité.

L'égalité étant une des valeurs essentielles de notre République, il apparaît légitime de répondre favorablement à une telle revendication et de réparer la situation actuelle considérée dès lors comme injuste.

C'est, en effet, en prenant la justice comme critère que le législateur délibère. Comme le dit Montesquieu, « une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste [\[1\]](#). »

La logique de l'émancipation

Mme Taubira, dans son discours du 29 janvier 2013, s'est employée à retracer l'histoire du mariage civil depuis sa création en 1792 jusqu'à aujourd'hui, pour souligner à quel point les conditions du mariage avaient évolué.

L'axe de son argumentation est que cette évolution n'est pas aléatoire mais qu'elle répond à une logique ; il y a bien un sens de l'histoire du mariage : la progressive actualisation d'un germe inscrit en lui dès sa création, les valeurs de liberté et d'égalité. En rompant avec les règles du mariage canonique, la République permettait à des gens jusque-là exclus du mariage de se marier ; quel que soit son métier ou sa religion, tout citoyen devrait pouvoir librement se marier.

De même, l'inégalité de statut constitutive de l'ordre familial tel que le Code Napoléon le définissait, a laissé

très progressivement place à une mise en cohérence du droit de la famille avec les valeurs de la démocratie. Le projet de loi soumis à votre délibération est ainsi présenté comme l'accomplissement de cette logique d'intégration de ceux qui jusqu'alors étaient exclus du mariage. Celui-ci deviendrait alors une institution véritablement universelle réalisant les promesses d'émancipation contenue dans la Déclaration *universelle* des droits de l'homme.

La critique de la laïcité est-elle possible ?

Est-il possible de critiquer une telle présentation ? Et surtout à l'aune de quel critère ? Il paraît difficile à un citoyen normalement constitué de remettre en cause une loi se présentant comme l'application nécessaire des principes républicains.

Toute critique d'une telle relecture historique risque d'être soupçonnée de transiger plus ou moins consciemment avec le principe de laïcité. En effet, seul, semble-t-il, celui qui conserverait une conception sacrale du mariage, d'inspiration religieuse, pourrait impunément persévérer à en interdire l'accès à certains citoyens. Le sacré est compris ici comme ce qui est soustrait à la délibération politique. Invoquer une norme sacrée dans une délibération démocratique se déployant dans le champ de l'autonomie semble être une attitude contradictoire. Comme le dit clairement le sociologue Eric Fassin :

"

« L'enjeu des controverses actuelles, c'est le statut des normes dans les sociétés démocratiques. Aujourd'hui, les normes sont-elles jamais définies d'une manière qui transcende l'histoire, sur un principe tel que Dieu ou la Tradition, la Nature ou la Culture, voire la Science – ou bien sont-elles toujours immanentes à l'histoire, définies par la délibération démocratique et la négociation politique ? Les normes sont-elles jamais naturelles – ou bien est-ce toujours la société qui s'autodéfinit ? Bref, dans des sociétés démocratiques, les normes peuvent-elles encore ne pas être appréhendées comme des normes sociales [2] ? »

"

La loi démocratique est-elle une norme morale ?

La loi démocratique apparaît ainsi comme l'objectivation de l'état social et mental à un moment de l'histoire ; c'est pour cette raison que la législation évolue. L'histoire et les sciences sociales deviennent dans cette optique les grandes auxiliaires du travail législatif.

Ici même, Irène Théry vous a d'ailleurs exposé en quoi cette ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe épousait une logique historique de fond et que ce qui était impensable il y a encore quelques années était devenu aujourd'hui pensable. À la suite d'Éric Fassin, elle considère donc comme synonymes *normes démocratiques* et *normes construites*.

Mais dire qu'une norme est construite signifie-t-il qu'elle est immédiatement démocratique ? Il est clair qu'une loi est le fruit d'un acte de la volonté du législateur qui se détermine. Sous ce rapport-là, toute norme démocratique est trivialement construite. Mais la question est alors : sur quoi le législateur s'appuie-t-il pour construire, établir telle ou telle norme sur tel sujet ?

Éric Fassin considère qu'une norme ne peut être démocratique que si elle est le reflet de l'état social et non pas l'application d'un principe externe à la société. La mesure guidant le discernement devient alors ce que l'on estime être le degré d'acceptation d'une loi par la majorité du corps social. Une telle conception ne réduit-elle pas le travail du législateur à être la chambre d'enregistrement de revendications ayant acquis une audience suffisante pour apparaître comme pensables et donc légitimes ?

Dans ce type d'approche, il semble que la chose juste ne soit plus vue comme l'objet d'une quête rationnelle, contrairement à ce que soutient Montesquieu dans la phrase citée plus haut.

Le principe d'égalité

On pourrait objecter à ma critique que justement Mme Taubira, loin de suivre une voie disons sociologique et « immanentiste » a, au contraire, privilégié la voie des principes de justice. C'est bien au nom de l'égalité et de la liberté de tous les citoyens que ce projet de loi est soumis à votre approbation.

Dans ce cas, il faut examiner l'usage qui est fait du principe d'égalité. Mme Taubira a suggéré qu'il était possible de faire une analogie entre la situation des protestants ou des juifs face au mariage canonique avant la révolution, et les homosexuels face au mariage civil jusqu'à aujourd'hui. Cette analogie est-elle recevable ?

Avant la Révolution, l'Église étant en charge de l'état-civil, les règles constitutives du sacrement de mariage ont des effets civils excluant par-là certaines catégories de personnes du droit de fonder une famille. La création du mariage civil remédie à un tel dysfonctionnement au titre que le mariage a une consistance propre indépendamment de sa dimension sacramentelle qui ne concerne pas la République naissante.

Le présupposé des révolutionnaires, puis de Portalis, fortement inspirés de Rousseau est donc que le mariage est une réalité inhérente à l'humanité de l'homme quelle que soit sa croyance religieuse. En effet, le consentement réciproque, essence du contrat, est le fruit de la liberté individuelle et la naissance des enfants relève de l'ordre naturel de la transmission de la vie. Le mariage civil ne s'adosse donc pas à un ordre surnaturel mais à un ordre humain perçu comme antérieur aux coutumes et aux conventions humaines. Alors que les convictions religieuses sont particulières, l'ordre humain est universel puisqu'il est fondé sur le partage d'une commune nature humaine. C'est ce que rappelle dans son liminaire la Déclaration des droits de 1789 : « Les représentants du peuple français [...] ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs. »

La religion et le métier ne sont donc pas des critères pertinents au regard de l'essence du mariage et aux biens qui y sont engagés de manière constitutive.

« Se marie-t-on en tant qu'hétérosexuel ? »

Peut-on considérer, comme le soutient Mme Taubira, que les homosexuels sont aujourd'hui exclus du mariage civil de la même manière que les comédiens et les protestants ou juifs avant la Révolution ? Pour soutenir une telle proposition, il faut manifester que le mariage civil est réservé aux hétérosexuels, comme le mariage canonique était réservé aux catholiques. Bref, la question est : se marie-t-on en tant qu'hétérosexuel ? L'hétérosexualité est-elle une règle constitutive du mariage ?

Si tel est le cas, le principe d'égalité aurait été appliqué depuis deux cents ans de manière biaisée ; il aurait recelé un point aveugle. Là où les révolutionnaires considéraient que le mariage civil était enfin ouvert à tous les citoyens et citoyennes, il faudrait en fait révéler un impensé, et lire en filigrane citoyens et citoyennes *hétérosexuels*. Un peu comme le suffrage universel a d'abord était universel au sein d'une assiette singulièrement rétrécie à la seule gente masculine (universalité divisée par deux) !

L'enjeu est donc de réfléchir sur l'assiette à laquelle le principe d'égalité doit s'appliquer. Sous quel rapport se marie-t-on ? Est-ce en tant qu'homme ou en tant que femme ? Ou bien est-ce en tant qu'hétérosexuel jusqu'à aujourd'hui et enfin demain également en tant qu'homosexuel ?

Certains militants LGBT construisent une continuité dans les luttes contre le racisme, le sexisme et ce qu'ils nomment « l'hétérosexisme ». De même que l'égalité des droits politiques a pu être appliquée aux hommes sous le rapport exclusif de leur appartenance à la race blanche ; ou aux êtres humains sous le rapport exclusif

de leur appartenance au sexe masculin ; de même l'égalité face au mariage a été appliquée selon un schème restrictif par le biais duquel étaient discriminés tous ceux auxquels on refusait d'appliquer ce schème.

Identités de « lutte »

Ainsi, bien que les personnes ayant une orientation homosexuelle aient toujours pu se marier, elles ne le pouvaient pas *en tant qu'homosexuels*. Le degré d'intériorisation d'un tel schème était le pendant et la conséquence impensée d'un système (articulant savoir, pouvoir, pratiques, institutions, vocabulaires, etc.) que ses victimes ont fini par nommer « l'idéologie hétérosexiste » (ou l'hétéronormativité) ; objectivation qui est simultanément désir d'émancipation.

D'où la récurrence des arguments rhétoriques qui sont utilisés pour signifier que « le mariage pour tous » entre en résonance avec l'abolition de l'esclavage, la lutte des Noirs américains pour les droits civiques ou encore la libération des femmes de leur condition assujettie.

Face à une telle lecture tendant à créer une identité essentielle entre diverses luttes (le progressisme comme sens immanent de l'histoire), derechef je repose la question : sous quel rapport se marie-t-on ?

L'assiette du mariage

Il s'agit alors d'identifier ce qui au regard de l'essence du mariage est principe de détermination de son assiette ; il s'agit de saisir ce qui dans l'essence du mariage détermine le rapport sous lequel un individu contracte un mariage.

Comme l'a déclaré Irène Théry au moment des débats sur le PaCS, « le mariage est l'institution qui articule la différence des sexes et la différence des générations ». Une telle approche permet de saisir que le mariage articule conjugalité et filiation.

Quel est le foyer d'un tel nouage ? Sur quoi le législateur a-t-il cherché à étayer la construction juridique qu'est le mariage civil de manière à en déterminer les conditions objectives (âge, consentement, différence des sexes, monogamie, absence de lien de parenté) ? La réponse est bien évidemment que **le référent choisi pour penser cette articulation a été la transmission de la vie humaine par l'union sexuelle d'un homme et d'une femme**, acceptant en amont d'assumer la charge de l'éducation de cette nouvelle personne.

Certains affirment qu'une telle construction juridique de la famille correspond à un idéal situé historiquement qui, dans la pratique, connaît toute sortes de transgressions (et ce de plus en plus) et qui, de plus, est discriminant envers ceux qui n'y ont pas accès, en l'occurrence les homosexuels. À ce titre, une telle construction doit être réformée pour accueillir d'autres possibilités. Quelle serait alors la logique de ce nouvel agencement ?

Remplacer l'«hétéronormativité» par la volonté

Le présupposé que nous avons nommé plus haut est que l'on se mariait jusqu'alors comme hétérosexuel ; c'est donc aussi comme hétérosexuel que l'on pouvait prétendre être parent, alors même que certains étaient en fait homosexuels. Il s'agit dès lors de sortir de l'hypocrisie et pour cela il s'agit de mettre à bas l'hétéronormativité dont la clef de voûte est le Code civil. Pourquoi, nous dit-on, un homosexuel ne pourrait-il pas être parent non pas *malgré* son homosexualité mais *en tant qu'il* est homosexuel ? La réponse évidente (jugée hétérosexiste) est que c'est impossible.

A contrario, la sociologue Virginie Descoutures déclare :

« La norme hétérosexuelle pose que deux personnes du même sexe ne peuvent faire un enfant, puisque le couple formé est forcément stérile. Donc engendrer en étant homo est perçu comme contre-nature. Cela équivaut à un interdit de maternité pour les lesbiennes et de paternité pour les gays » (*Libération* du 10/10/2012).

"

Si l'on comprend bien cette citation, deux hommes (ou deux femmes) ne peuvent avoir un enfant non pas parce que c'est impossible mais parce que c'est jusqu'à maintenant interdit (discriminatoire). Notons que le présupposé d'un interdit est qu'il a pour objet ce qui est justement possible. On n'interdit jamais ce qui est impossible ! Donc pour que le discours de V. Descoutures ait un sens, il est nécessaire de changer l'acception des expressions « faire un enfant » et « engendrer ». Il faut abandonner l'enracinement charnel et le remplacer par une détermination de la volonté. « Faire un enfant », c'est le concevoir (projet parental), en formuler explicitement la volonté et prendre les moyens pour réaliser cette conception (adoption, PMA, GPA).

C'est bien la procréation naturelle prise comme référence qui permettrait de déduire les conditions objectives du mariage. Or on retrouve, dans la revendication homosexuelle, la confirmation que la conjugalité et la filiation sont liées mais que le principe de cette liaison ne peut plus être le référent de la procréation naturelle.

Une fois que l'on s'en est séparée, par quoi la remplacer ? Les volontés contractuelles des individus quelle que soit leur orientation sexuelle. La volonté était bien sûr auparavant nécessaire mais non pas suffisante puisque elle ne pouvait se réaliser que par la médiation de la sexualité procréatrice (notons que jusqu'à maintenant la PMA et l'adoption sont pensées et organisées selon ce même référent).

Comment limiter la volonté ?

Mais si la volonté devient le principe premier de l'articulation, au nom de quoi garder les autres conditions, elles aussi déduites de l'étayage sur la procréation ? Pourquoi garder la monogamie par exemple ? On pourrait très bien dire que jusqu'à maintenant seuls les monogames ont pu se marier et que les polygames ont donc été discriminés puisqu'ils n'ont pu se marier qu'en niant leur désir polygame.

On voit par là que si la volonté devient le critère, si elle devient à elle-même sa propre boussole, seule une volonté peut limiter une autre volonté. Mais ne serait-ce pas justement le rôle du législateur que de limiter les prétentions des volontés ? Certes, mais sur quel critère va-t-il se tourner pour discerner où fixer la limite ? Si tout référent antérieur a été congédié comme non-démocratique parce que n'étant pas construit par les hommes eux-mêmes (cf. Fassin) mais ayant un statut de norme sacrée, que reste-t-il à considérer par la raison pour déterminer ce qui est juste ?

Rien.

Est juste ce que la volonté du législateur décide de déclarer juste. Est juste toute revendication présentée au titre de l'égalité indépendamment d'un examen du contenu concerné. Si tel est le cas, l'idée même de délibération législative devient vaine et je vous fais perdre votre temps en cherchant à éclairer votre jugement.

Bref, si tel est le cas, il est préférable que le Président lève notre séance de travail !

Thibaud Collin, membre du Conseil éditorial de *Liberté politique*, a publié [*Le Mariage gay, les enjeux d'une revendication*](#) (Eyrolles, 2005) ainsi que [*Les lendemains du mariage gay : Vers la fin du mariage ? Quelle place pour les enfants ?*](#) (Salvator, 2012).

Voir l'[audition de Th. Collin en vidéo](#)

[1] *Mes pensées* (n°1906), *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, “L’Intégrale”, 1964, p.1044.

[2] “La démocratie sexuelle et l’intellectuel démocratique” *L’inversion de la question homosexuelle*, Paris, Amsterdam, 2005, p. 15.