

« Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ?

Irène Théry

Sociologue, directrice d'Études à l'EHESS, membre du Haut Conseil à la Famille

Seule une analyse prenant en compte non seulement le droit positif actuel, mais l'histoire longue qui lui donne son sens, permet de comprendre pourquoi il allait de soi, il y a deux siècles, que le mariage civil fût par définition l'union d'un homme et d'une femme, et pourquoi aujourd'hui cette évidence a cessé d'en être une. C'est parce que le mariage a d'ores et déjà changé. Alors que naguère encore le coeur de cette institution était la présomption de paternité, aujourd'hui ce n'est plus le cas : le coeur du mariage contemporain n'est plus la présomption de paternité, c'est le couple.

Rappel historique

On a invoqué parfois l'absence de définition du mariage dans le code civil français pour affirmer qu'il ne serait pas acquis juridiquement que le mariage républicain soit l'union d'un homme et d'une femme. Cette hypothèse fut même à l'origine de ce qu'on a nommé le « mariage de Bègles ». Pourtant, les raisons de cette absence sont parfaitement connues des historiens, et il se trouve que c'est très exactement le contraire qui est vrai. On trouvait autrefois à ce point évident que le mariage fût « l'union de l'homme et de la femme » qu'on aurait trouvé risible de le préciser. Reconnaître ce fait est le point de départ de toute réflexion sur l'institution matrimoniale, car ce dont il nous faut rendre compte aujourd'hui est l'histoire d'un long et profond changement social : celle de l'abandon progressif d'un ancien système de représentations et de valeurs —dans lequel nous ne nous reconnaissons plus— et de l'émergence d'un autre.

« *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* » : l'article 7 de la Constitution de 1791 met fin à deux siècles de guerre de religion, et place la famille sous l'égide des valeurs nouvelles : liberté de conscience, égalité de tous devant la loi. Mais ce mariage nouveau, laïque, commun à tous, comment le définir ? En avril 1792, l'Assemblée législative met la question à l'ordre du jour. Une cascade de propositions sont faites, mais on ne peut s'accorder tant les divergences sont grandes sur un point capital : la dissolubilité du contrat, et donc la possibilité du divorce.

S'efforçant d'en dire le moins possible sur ce sujet conflictuel, le député Lequinio propose finalement une formule minimale : « *Le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent.* » L'Assemblée part d'un éclat de rire général et décide que si on en est à dire de telles évidences, il vaut mieux se passer de définition, « *chacun étant censé savoir ce qu'est le mariage* ». Voilà pourquoi il n'y a pas de définition du mariage dans notre code civil. Cet épisode important rappelle qu'à l'époque, le fait que le mariage soit « l'union d'un homme et d'une femme » *allait tellement de soi* qu'il paraissait risible de le préciser. Oui, mais pour quelle raison en était-il ainsi ?

Si le mariage civil a, depuis sa création en 1792, été considéré comme étant « par définition » l'union d'un homme et d'une femme, ce n'est pas en référence à des considérations sur le désir, la sexualité et le péché originel (comme dans le droit canon) et encore moins à l'orientation sexuelle des personnes (n'oublions pas que c'est la *scientia sexualis* de la fin du

XIXe siècle qui a inventé les catégories « homosexuel » et « hétérosexuel » et en a fait des « identités » psychiques).

C'est en référence à l'asymétrie entre les sexes au plan de la procréation. La différence entre celle qui « engendre en soi » et celui qui « engendre hors de soi » ne produisant chez les humains aucune sorte de socialité naturelle, et ce qu'on nommait le « mystère de la paternité » ayant semblé pendant des millénaires devoir être à jamais insondable, les échanges permettant la procréation sont dans toutes les sociétés soumis à des règles, et référés à des significations et des valeurs.

Dans cette perspective, le mariage civil créé en 1792 a été conçu avant tout comme l'institution qui donne un père aux enfants qu'une femme met au monde, selon la formule héritée du droit romain : « *Le père est celui que les noces désignent.* » Autrement dit, le mariage était avant tout l'institution fondatrice de la paternité (et par ricochet de la maternité), ce que résume parfaitement la célèbre formule du doyen Carbonnier, « Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité¹. »

Ordre matrimonial et principe de complémentarité hiérarchique des sexes

Mais la présomption de paternité, pivot du Code Napoléon de 1804, avait un sens social très différent de celui qu'elle a aujourd'hui. Grâce à elle, seul le mariage civil produisait une filiation pleine et entière : la filiation légitime. Hors du mariage, non seulement les enfants étaient des « bâtards » qui n'entraient pas dans la famille de leurs auteurs et ne pouvaient hériter, mais ils avaient très rarement un père ne serait-ce que pour subvenir à leurs besoins, puisque les hommes étaient protégés de toute responsabilité à l'égard des enfants qu'ils avaient conçus hors mariage par *l'interdiction de recherche en paternité* (1789-1912). L'ordre matrimonial de l'époque ne se comprend que par contraste avec ce qu'il rejette et stigmatise, le non-mariage : c'est le drame social immense des filles-mères et des abandons d'enfants du XIXe siècle.

Cet ordre matrimonial plaçait donc par principe les deux sexes dans des situations radicalement différentes face à la dimension potentiellement procréatrice des relations sexuelles (relations que l'on nomme aujourd'hui hétérosexuelles, mais la formule est réductrice et anachronique : n'oublions pas qu'autrefois les homosexuels se mariaient et avaient des enfants, tout en vivant par ailleurs leur vie homosexuelle dans la clandestinité).

- Premièrement, dans l'éventualité d'un enfant hors mariage la faute et le déshonneur étaient entièrement portés par les femmes, et le sexe féminin était le seul qui soit ainsi moralement et socialement divisé en deux par le mariage : d'un côté les dignes épouses et les honorables mères de famille, et de l'autre les filles perdues et femmes de petite vertu, filles-mères, cocottes et prostituées.

- Deuxièmement, le mariage lui-même était organisé selon un principe de complémentarité hiérarchique des sexes, au sens que l'anthropologue Louis Dumont a donné à la notion de hiérarchie pour la distinguer de l'inégalité : englobement de la valeur contraire².

² Dumont L., 1979, *Homo hierarchicus*, Paris, Gallimard, coll. Tel (1re éd. 1976). Voir en

¹ Cette formule était au centre de la conférence inaugurale sur le mariage donnée par Jean Carbonnier à l'École nationale de la magistrature, à Paris, lors d'une session de formation continue que j'avais organisée. Je n'en ai, hélas, pas gardé d'enregistrement.

particulier le passage où l'englobement de la future Ève dans le corps d'Adam est présenté comme l'image la plus remarquable du concept d'englobement hiérarchique, p. 397

Seul l'époux représentait le couple et même la famille conjugale dans son entier (c'est pourquoi l'homme avait seul le droit de vote). Il devait à son épouse « protection », elle lui devait « obéissance ». L'homme était l'unique chef de la famille, à travers le double mécanisme de la puissance maritale et de la puissance paternelle. En un mot, le mariage civil institué par le Code Napoléon, premier code civil des Français, était l'institution sociale majeure organisant la complémentarité hiérarchique des sexes.

C'est dire que la sujétion des femmes n'était pas accidentelle, mais bel et bien constitutive de ce système : le couple marié était ce qui faisait lien entre deux grands mondes sociaux, organisés par des valeurs opposées, le *monde masculin* du public, du politique, de l'entreprise, de l'art, de la science, de la politique, de la guerre, en un mot de la rivalité des talents et de la recherche individuelle de la gloire ; le *monde féminin* du privé, de la maison, du domestique, de la famille, de la complémentarité des besoins, de l'éducation, des soins aux enfants, aux personnes âgées et aux malades, en un mot, de la recherche commune de la sécurité et du bonheur.

Égalité des sexes et transformation du mariage

On ne peut pas évoquer aujourd'hui « le mariage civil » en mettant de côté aussi bien son organisation interne que sa fonction dans l'organisation sociale tout entière. C'est parce que nous avons remis en question la complémentarité hiérarchique des sexes que nos ancêtres valorisaient dans leur immense majorité (à l'exception des premières féministes suffragistes) et que nous avons fait de l'égalité de sexe une valeur cardinale de la démocratie que peu à peu nous avons remis en question l'ancien « ordre matrimonial » du couple, de la famille et de la sexualité. Dans ce mouvement, le mariage n'a pas seulement changé radicalement de contenu, par l'abolition de la puissance maritale, puis de la puissance paternelle, il a changé de fonction dans l'organisation sociale tout entière.

Le mariage n'est plus ce qui fait « alliance » entre un monde masculin et un monde féminin, car nous avons promu, avec l'égalité des droits, la valeur de mixité de la vie sociale : c'est pour nous une valeur indiscutable désormais que les femmes puissent, comme les hommes, apprendre et exercer leurs talents dans toutes les sphères de la vie sociale, travail, politique, art, science... Symétriquement, nous voulons que les hommes partagent les responsabilités familiales.

Le mariage n'est plus ce qui sépare la sexualité permise de la sexualité disqualifiée ou prohibée, et le changement de perspective de notre temps à l'égard de l'homosexualité participe directement de la remise en cause de l'ancien ordre sexuel matrimonial. Le mariage enfin n'est plus ce qui fonde la seule vraie famille, car la paternité et la transmission sont désormais assurées et instituées indépendamment du fait que l'homme soit marié ou que le couple reste uni.

Là est le cœur, souvent inaperçu, à partir duquel l'idée d'un mariage de même sexe — autrefois considérée comme « impossible » ou « absurde » y compris par les homosexuels eux-mêmes — a pu se développer. Là est ce qui donne à une revendication récente ses racines historiques profondes.

Le mariage, institution d'un lien de couple

En effet, la fonction juridique du mariage a profondément changé au cours du xxe siècle : *d'institution fondatrice de la paternité (et partant de la famille), il est devenu avant tout l'institution d'un lien de couple*. Ce changement est la conséquence de l'autonomisation progressive de la filiation par rapport au mariage qui a été promue dans les années 1970 et achevée tout récemment, en référence à la valeur majeure d'égalité entre tous les enfants. Mais il est clair que l'égalité entre enfants relaie ici l'égalité des sexes, en supprimant le principe d'opposition morale entre les femmes elles-mêmes, selon qu'elles étaient mariées ou ne l'étaient pas. Rappelons-en les grandes étapes :

- *Egalisation des droits des enfants, que leurs parents soient mariés ou non mariés* (**1912** : fin de l'interdiction de recherche en paternité pour les enfants nés hors mariage ; **1972** : réforme de la filiation par une grande loi sur l'égalité des enfants légitimes et naturels). La notion de famille se détache ici de celle de mariage. Alors qu'auparavant un couple marié sans enfants était une « famille » mais qu'une mère non mariée avec son enfant n'en était pas une, à partir de la loi de 1972 la famille hors mariage (dite aussi « naturelle ») existe juridiquement et l'enfant naturel s'inscrit dans la transmission entre les générations : il hérite de ses grands-parents ;

- *Egalisation des droits des enfants, que leurs parents soient unis ou séparés* (1978 : création de l'autorité parentale conjointe post-divorce ; **2002** : inscription dans le droit du principe de coparentalité post-divorce). Cela est central pour détacher la paternité du mariage ou même de l'union. Alors qu'auparavant la mise en pointillé du père était considérée comme une « fatalité » du divorce, la coparentalité remet en cause l'asymétrie des sexes au profit d'une responsabilisation accrue et de droits mieux assurés aux pères divorcés ou séparés ; enfin, en **2005**, effacement pur et simple dans notre droit civil de la distinction qui organisait tout l'univers de la famille du Code Napoléon : la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle.

Désormais, la filiation ne repose plus sur le socle du mariage. Elle a été refondée sur son propre socle, elle est commune à tous et indépendante du fait que les parents soient mariés ou non mariés, unis ou séparés.

Sans disparaître, la présomption de paternité a changé de sens. Elle n'est plus « le coeur du mariage » parce qu'elle n'est plus ce qui sépare l'univers des *vraies familles* de l'univers des *nonfamilles*.

Elle demeure comme un simple effet du mariage. Cette présomption, aujourd'hui comme hier, est une présomption de procréation qui peut être contestée par tous moyens —y compris les tests génétiques— à certaines conditions procédurales. Désormais, il s'agit simplement d'une *reconnaissance anticipée de ses enfants par l'homme marié*, qui trouve son sens dans le fait que l'engagement de vie commune est assorti d'un devoir de fidélité (alors que l'homme non marié devra reconnaître chacun de ses enfants l'un après l'autre). C'est pourquoi on peut dire que le mariage a changé de sens, qu'il est devenu fondamentalement l'institution d'un lien de couple.

L'adoption conjointe réservée aux couples mariés : un anachronisme

C'est dans ce contexte qu'intervient aujourd'hui la loi instituant « le mariage des personnes de même sexe ». Elle parachève le mouvement amorcé en 1999, lorsque la loi sur le Pacs et le concubinage a changé la définition pluriséculaire du mot « couple² » en droit, et assumé que désormais notre société considère que deux hommes ou deux femmes qui s'aiment forment véritablement un couple. Le mariage pour tous, c'est le mariage pour tous les couples.

Qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, tous auront droit à la même alternative : l'union libre (un lien privé, hors du droit), le Pacs (qui sera vécu comme une déclaration publique de concubinage, avec droits sociaux et fiscaux afférents) et enfin l'engagement solennel à une communauté de vie par le mariage civil. Soulignons ici que pour les sociologues et les anthropologues qui défendent une approche relationnelle du genre, les relations de même sexe ne sont ni moins sociales, ni moins significatives, ni moins importantes que les relations de sexe différent.

En instituant un mariage de même sexe, on ne neutralise pas les relations matrimoniales, on ne nie pas la différence des corps et on n'abolit pas la distinction de sexe dans le mariage. Plus simplement, on la redéploie au-delà des seules relations de sexe différent vers les relations de même sexe, dans un mouvement d'intégration sociale profonde des relations homosexuelles.

Cependant, le mariage civil ouvre bien entendu toujours vers la possibilité de la filiation, comme le projet de loi le rappelle. En matière d'adoption et donc de définition du mot « parent » (comme en 1999 à propos du mot « couple »), un pas symbolique majeur sera franchi si la loi est votée : un enfant adopté pourra avoir deux pères ou deux mères. On changera le sens du mot « parent » en droit civil, en abandonnant le principe selon lequel ce mot renverrait toujours au modèle du couple du géniteur et de la génitrice, l'adoption plénière devant nécessairement se calquer sur la procréation en mariage et, comme disait Napoléon, « *singer la nature* ».

Sans traiter ici de cette vaste question, soulignons simplement que réserver l'adoption aux couples mariés est une incongruité de notre droit actuel, eu égard au mouvement puissant qui a mis fin à tout privilège matrimonial en matière de filiation. C'est une disposition héritée du temps où la seule « vraie filiation » était la filiation légitime (l'adoption n'ayant jamais été actualisée depuis 1966). Cette situation anachronique n'a aucune signification particulière, sinon qu'aucun législateur n'a jusqu'ici trouvé prioritaire de s'en occuper.

Mais on ne comprendrait pas qu'on perpétue sciemment celle-ci aujourd'hui, surtout au moment où on reconnaît que le mariage est devenu fondamentalement une institution du lien de couple. La dynamique historique qui a animé l'évolution de notre droit civil de la famille depuis plus d'un siècle voudrait que la nouvelle loi ouvre la possibilité de l'adoption plénière non seulement à tous les couples mariés mais à tous les couples pacsés ou concubins.

L'analyse socio-historique transforme le regard que nous portons sur le mariage civil tel qu'il a déjà changé, tant dans notre droit que dans nos représentations collectives. Elle permet aussi

² En France, la première proposition de changer la définition juridique du couple afin de « *faire entrer les homosexuels dans le droit par la grande porte du code civil* » (Robert Badinter) est présentée dans Théry 1, 1998, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, rapport à Mmes les ministres M. Aubry et E. Guigou, Paris, La Documentation Française/Odile Jacob.

de tourner avec intérêt notre regard vers les pays qui nous ont précédés au plan international, ce que l'Unaf³ ne fait pas, semblant accréditer une image de la France se lançant en quelque sorte isolément, dans une aventure sans exemple. En replaçant le présent dans le temps long de l'histoire, on comprend pourquoi des pays qui se sont parfois beaucoup divisés au moment de voter le mariage des personnes de même sexe ont fait très vite l'expérience que la « grande rupture » redoutée et annoncée par certains ne se produisait pas, et qu'il y avait dans la métamorphose de l'institution matrimoniale non seulement plus de continuité qu'on ne l'avait soupçonné, mais l'affirmation renouvelée de valeurs collectives qui, par-delà l'égalité des sexualités, concernent en profondeur l'égalité des sexes et l'égalité des enfants. Les pays qui ont institué le mariage de même sexe —y compris ceux de grande tradition catholique, comme l'Espagne— sont aujourd'hui unis, par-delà les clivages politiques, pour revendiquer paisiblement leur nouvelle définition du mariage civil commun à tous, et dire qu'ils ne souhaitent pas revenir en arrière.

³ www.unaf.fr