

**Congrès de l'Association Française de Science Politique
Grenoble 7-9.09.2009**

Section thématique 16

Science politique et sexualité en francophonie : un état des lieux

Marta Roca i Escoda,

Université de Genève et Université Libre de Bruxelles,

marta.roca@unige.ch

Isabelle Engeli,

Max Weber Fellow, European University Institute, Florence

isabelle.engeli@eui.eu

LA MARIAGE A L'EPREUVE :

**UNE ANALYSE DES POLITIQUES SUISSES EN MATIERE DE PARTENARIAT ET DE
PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE**

INTRODUCTION

Le mariage représente une institution culturelle, sociale, et juridique en perpétuelle transformation au rythme des évolutions sociétales (Coontz 2005). La littérature a montré comment l'accroissement du concubinage et des naissances hors-mariage a pesé sur la reconceptualisation juridique du mariage qui s'est mise en place ces dernières décennies à travers les modifications du droit du divorce et de la filiation (Coontz 2005). Plus récemment, une nouvelle série de défis sociaux a poursuivi cette mise à l'épreuve du mariage en mettant en cause un de ses fondements traditionnels dans nos sociétés occidentales : le lien hétérosexuel. Cette mise en cause est très

visible dans les pays où il y a eu une volonté de la part du législateur¹ d'ouvrir le mariage et l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels.² En Suisse, en revanche, si l'ordre « hétéronormatif » a été mis à l'épreuve à travers les demandes de reconnaissance des couples homosexuels, il semble que les réponses du législateur face à ces demandes ont visé au contraire à renforcer ce caractère hétéronormatif du mariage, en ré-inscrivant dans les lois la composante hétérosexuelle du mariage.³ Face aux demandes de reconnaissance des couples homosexuels, la Suisse a fait preuve d'une certaine timidité et ne s'est pas rendue à une solution législative réalisant une pleine reconnaissance de ces unions, puisqu'elle a maintenu et ré-établi, avec la loi sur le partenariat (LPart) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, une nette démarcation entre le mariage hétérosexuel et couples homosexuels (Roca i Escoda, 2004).⁴ De même, le fécond développement technologique en matière de reproduction, lancé par l'invention de la fécondation in vitro en 1978, a constitué un défi d'un type nouveau quant à la prééminence de la conception traditionnelle de la famille : un homme et une femme, parents biologiques, sociaux et légaux de leur enfant. La procréation médicalement assistée en permettant la dissociation de la reproduction et de l'acte hétérosexuel charnel « [introduit] potentiellement le désordre dans la définition même des rôles procréatifs » (Dhavernas 1999 : 175). Le développement technologique a ouvert la voie à des parentalités différentes et les catégories de mères, de pères et de parents sont entrées en renégociation. Par le biais d'une mère porteuse, des hommes peuvent accéder à la paternité sans s'inscrire dans un schéma traditionnel de famille hétérosexuelle. Des femmes grâce au don de sperme

¹ Ce que nous appelons législateur fait référence aux instances législatives suisses (et à ses divers membres) qui ont participé à la confection des lois relatives au mariage et à la famille : Conseil fédéral, les chambres du Parlement fédéral, le Conseil national et le Conseil des Etats ainsi que l'Office fédéral de justice et police.

² Notamment les pays européens tels que l'Espagne, la Belgique, les Pays Bas, la Suède, et la Norvège.

³ Dans le sens où la « norme », ou le modèle normalisé, est de nature hétérosexuelle. L'hétérosexualité est ainsi entendue comme un système normatif et non strictement comme une pratique sexuelle (St-Hilaire, 1998 ; Pateman, 1987, 1989, 2000 ; Perrot, 1998 ; Phillips, 2000, Moller Okin, 1979, 1989, 2000).

⁴ De son côté, la Belgique a accordé, le 30 janvier 2003, l'accès au mariage aux couples homosexuels, mais en leur barrant toutefois l'accès à la filiation (Paternotte, 2004). Cependant, trois ans plus tard, une nouvelle loi belge institue la filiation homosexuelle (loi du 18 mai 2006). L'Espagne se montrera plus radicale, en instituant, au mois de juin 2005, l'accès au mariage pour les personnes homosexuelles et en ouvrant d'emblée à celles-ci tous les droits afférents au mariage, incluant donc

peuvent devenir mères sans avoir de compagnon. Une femme peut assurer la gestion pour une autre. Avec ces changements « technologiques » c'est le bastion même de la maternité qui est remis en cause. La fonction maternelle est désormais dissociable en trois entités : une fonction sociale avec l'éducation de l'enfant, une fonction biologique avec la production de l'ovule menant à la création de l'embryon et une fonction gestatrice. Ainsi que le souligne Michelle (2006), ce bouleversement de la parentalité ouvre la porte à de nouveaux sujets parentaux qui ne sont plus nécessairement tributaires de leur âge, de leur capacité reproductive ou de leur orientation sexuelle. Les techniques de PMA balayent les obstacles à la maternité et à la parentalité en général : la ménopause, la stérilité, le non-engagement dans des rapports hétérosexuels ne constituent plus des barrières naturelles à la reproduction.

Dans cette communication, nous nous proposons de rendre compte des luttes définitionnelles qui visent à transformer ou à préserver le sens du mariage en tant qu'institution de l'hétérosexualité en Suisse, celle-ci basée sur la composante hétérosexuelle du couple et de la filiation. Pour ce faire, nous nous pencherons sur deux débats législatifs-clés qui ont récemment mis à l'épreuve l'institution du mariage : l'institutionnalisation juridique des couples de même sexe à travers la loi fédérale sur le partenariat et la préservation du schéma familial hétérosexuel à travers la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée. Ces deux processus législatifs représentent deux facettes opposées du complexe processus de reconnaissance des couples de même sexe qui permettent de mieux saisir les luttes de sens actuelles autour de l'institution du mariage. L'enjeu est de montrer que pour saisir l'évolution en cours du sens politique accordé au mariage et à la famille, il convient d'étudier le processus d'institutionnalisation des couples homosexuels dans une temporalité longue et qui prend place dans différentes scènes législatives. Alors que la loi sur le partenariat a favorisé l'institutionnalisation des couples de même sexe en proclamant une certaine égalité des couples homosexuels et hétérosexuels, la loi sur la procréation médicalement assistée a, en revanche, strictement délimité cette institutionnalisation en restreignant l'accès à la reproduction aux seuls couples hétérosexuels. Si la

l'adoption et la filiation (c'est-à-dire en offrant pleine et entière reconnaissance de l'« homoparentalité »).

législation relative aux couples homosexuels est désormais de plus en plus étudiée, la régulation des nouvelles technologies reproductives est encore trop souvent négligée par la recherche en sciences sociales. Or, loin d'être à la périphérie des préoccupations publiques, le contrôle de reproduction constitue l'un des fondements de l'organisation sociétale dans le sens où il détermine qui a le droit (et le devoir) de se reproduire et légitimise certaines formes de parentalité au détriment d'autres.

Nous montrerons comment, face aux revendications des mouvements homosexuels et au développement technologiques en matière de reproduction qui a ouvert la voie à de nouvelles formes de parentalité, le législateur suisse a sécurisé la définition juridique du mariage et de la parentalité en renforçant son « essence » hétérosexuelle. Nous nous attacherons à montrer de quelle manière le législateur a visé de restreindre l'espace des possibles en tenant à distance une solution en termes d'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles et en restreignant le potentiel de nouvelles formes de parentalité offert par le développement de la procréation médicalement assistée, tout en ignorant, dans une large mesure, les critiques visant le caractère discriminatoire et hétérosexué de l'institution du mariage.

LA PRIMAUTE DU MARIAGE SUR LE CONCUBINAGE

A travers quelques discours du Conseil fédéral autour de certains changements des lois sur la famille, nous visons dans un premier temps à esquisser les bases normatives de la « famille » en Suisse telle qu'elle est réglée juridiquement. Nous nous attacherons particulièrement à souligner les enjeux définitionnels liés aux composantes de la structure familiale afin de montrer l'existence d'une volonté politique de privilégier le modèle de famille conjugal et hétérosexuel face à la demande de reconnaissance d'autres formes de famille.

Le modèle de famille institué par le droit suisse

Malgré de nombreux efforts pour remanier le Code civil de 1907, il a fallu attendre les revendications sociales des années septante pour que le Gouvernement suisse conçoive comme datées quelques lois du Code civil de 1907 et prépare une révision

du droit de la famille en quatre étapes : droit d'adoption (1973), le reste du droit de filiation (1978), effets du mariage (1988) et droit du divorce (2000). Malgré ces renouvellements juridiques, l'architecture du modèle de la famille conjugale et hétérosexuelle n'a pas été remise en question. Dans l'artefact des lois qui règlent et définissent la famille persiste encore une vision exclusive de l'hétéronormativité des liens de reproduction et de filiation, institués à travers du mariage⁵. L'Etat a continuellement attaché une importance particulière à l'institution du mariage et s'est fortement préoccupé de sa durabilité et sa stabilité.⁶ L'architecture juridique contient, d'une part, la description explicite des conditions d'accès et de non accès au mariage: l'âge nubile des partenaires⁷, la prohibition de l'inceste et de l'union entre parenté proche, le principe de l'union monogamique, ainsi que la condition de l'alliance et filiation hétérosexuelle. D'autre part, les conceptions normatives de la nature du lien familial, notamment la différence des sexes, occupent également une place centrale de l'institution matrimoniale. La condition du lien hétérosexuel pour la fondation de la famille est omniprésente dans les appuis et référents au corpus des lois qui la définissent, comme nous allons le montrer dans les pages qui suivent.

Au milieu des années 90, se concrétise l'aboutissement de la révision du droit de la famille. Dans ce cadre, le Conseil fédéral (CF) accorde une importance accrue au mariage et résume la réglementation dans le sens suivant :

« Les empêchements à mariage (art. 100 CC) reposent sur le tabou traditionnel de l'inceste, le principe de l'exogamie et des motifs eugéniques. Ils tendent à ce que les mariages ne soient pas célébrés entre membres d'une même famille (...) Le mariage ne peut être reconnu juridiquement valable que s'il a été célébré devant un officier de l'état civil. Le mariage civil est la seule possibilité d'unir un homme et une

⁵ Dans le sens que la norme est de nature hétérosexuelle. En se référant par là à la dimension sexuelle (imprégnée dans le symbolique) du lien qui la définit socialement comme seul acceptable à la fondation d'une famille. Le couple sera donc un lien sexué au sens où il s'inscrit dans cet ordre symbolique de la différence des sexes (Théry : 1997). Selon Irène Théry il y a là une confusion de ce qui est sexué et sexuel et cette confusion fait de la sexualité une catégorie politique (Théry : 1999).

⁶ Selon Françoise Héritier, la famille « est la cellule de base dont on n'imagine pas qu'elle puisse ne pas exister et dont on pense, implicitement, qu'elle correspond au mode d'organisation de toute l'humanité passée et présente, car on la perçoit comme biologiquement et psychologiquement fondée et nécessaire » (Héritier, 1975 : 152).

femme en une communauté de vie officiellement reconnue (...) par la procédure de publication, la réglementation actuelle assure la publicité du mariage et permet l'exercice d'un certain contrôle par la population (art. 108 CC) » (Message Conseil fédéral (FF 148 / 1996 I : 11-12).

Dans une autre scène législative, celle de l'élaboration de la nouvelle Constitution, le législateur passe également en revue la question de la « famille » et relève des points d'importance quant au mariage. Dans son message relatif à la nouvelle Constitution, le CF prend acte que le « terme famille » ne se limite pas à la famille traditionnelle, soit au couple marié ayant des enfants. Toutefois, il spécifie les « éléments constitutifs » en vertu de quoi la famille « *est une notion qui a été précisée en particulier par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Ses éléments constitutifs sont la consanguinité, la vie commune, l'assistance mutuelle et la dépendance financière ainsi que d'autres liens substantiels ou affectifs. Plusieurs de ces éléments, mais pas tous, doivent être réunis pour que l'on puisse parler de famille* » (FF 1997 I : 155). Selon le CF, le terme élargi de « famille » inclut donc des nouvelles formes de vie commune, comme les couples non mariés ou les couples du même sexe. Mais, bien vite, posant un important contre-feux, il établit que le droit fondamental n'oblige pas le législateur à devoir traiter de la même manière des unions fixes différentes. Selon une ligne qui ne sera par la suite pas démentie, le CF accorde une prépondérance au mariage lorsqu'il souligne que « *Le droit au mariage garantit l'existence du mariage en tant qu'institution, à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun* ». La notion de « famille » ici définie semble être rapportée au mariage, celui-ci étant le seul modèle promu et institué.

Le rejet de la légitimation juridique du concubinage

Déjà, lors des différentes situations où il y a eu une demande d'institutionnaliser les couples de fait avant les revendications homosexuelles, montrent que le législateur a

⁷

L'âge à pouvoir se marier est fixé à 18 ans en accord avec la majorité civile.

voulu exclure l'application des règles de droit à toute autre forme de vie commune. Ainsi, en Suisse, la reconnaissance du concubinage est très faible en comparaison à d'autres pays européens. C'est pourquoi on ne trouve pas de mention directe du concubinage dans le Code civil.⁸ Le législateur suisse ne prévoit comme seule forme institutionnalisée de vie en couple que le mariage, et les différentes situations où il y a eu des demandes d'institutionnaliser le concubinage qui ont précédé les revendications homosexuelles, montrent que celui-là a voulu exclure l'application des règles de droit à toute autre forme de vie commune. Ainsi par exemple, en 1997, lors de la révision du droit du divorce, le Conseil national, la chambre basse du Parlement fédéral, a repoussé deux propositions tendant à mentionner expressis verbis les « *communautés de vie assimilables au mariage* » tout en prévoyant de fait cette situation dans la révision (BO 1997 N2696 ss et 2702 ss). Dans la nouvelle Constitution fédérale, il n'a pas été introduit d'un nouveau droit fondamental qui garantit « *la liberté de choisir une autre forme de vie en commun* » malgré certaines demandes. Le Conseil fédéral a également rejeté l'idée d'instaurer une réglementation globale du concubinage dans le cadre de la révision du droit de la famille. C'est par le biais d'une demande de reconnaissance des couples homosexuels, en 1994, la dernière fois que la question de reconnaître le couple en dehors du mariage a été prise en compte par le législateur.⁹

La protection du mariage, garantie par l'article 14 de la Constitution fédérale, n'exclut pas de prévoir une autre institution à côté celle du mariage. Le législateur aurait donc la possibilité d'organiser d'autres unions de fait comme institution du droit de la famille. Mais le Tribunal fédéral, la plus haute cour constitutionnelle de Suisse, ainsi que la majorité de la doctrine ont maintes fois refusé toute application par analogie des règles du droit matrimonial aux couples de fait. Le droit au mariage et à la famille

⁸ Le législateur a renoncé à plusieurs reprises de prévoir la situation de concubinage dans la loi : une première fois dans le cadre de la révision du droit de la filiation (BO 1975 N 1783) et une seconde fois en 1983 en refusant une proposition du Conseiller national Leuenberger de régler le régime des biens des concubins lors de la révision du droit matrimonial (BO 1983 N711 ss). Le concubinage a été mentionné dans les lois cantonales mais de manière négative : interdiction dans une série de droits pénaux cantonaux. L'interdiction cantonale du concubinage était encore en vigueur en 1984 dans huit cantons. Elle a été abolie depuis. Le dernier canton à l'avoir fait est le Valais en 1995.

est garanti constitutionnellement et la notion de mariage est comprise par le législateur suisse dans le sens traditionnel de lien monogame entre un homme et une femme. Cette disposition ne constitue pas seulement un droit fondamental, mais surtout une garantie de l'institution aux yeux du législateur (Roca i Escoda, 2004).

Lors de la procédure de consultation relative à la révision de la Constitution, certains participants ont souhaité étendre cette garantie à d'autres formes de vie commune. Cependant, dans son message, le Conseil fédéral a entériné la compréhension traditionnelle du mariage. La commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats a certes fait remarquer que d'autres modes de vie pouvaient être librement choisis et étaient soumis au principe de non-discrimination statué à l'art. 8 Cst., mais ne pouvaient pas jouir d'une protection constitutionnelle particulière comme pour le mariage. La commission de la révision constitutionnelle du Conseil national n'a pas donné suite à la proposition de compléter l'art. 14 par un deuxième alinéa garantissant expressément le libre choix d'un autre mode de vie en commun, sans mettre pour autant celui-ci sur un pied d'égalité avec le mariage. Par contre, le mode de vie a été mentionné en toutes lettres à l'art. 8, al. 2, Cst. Comme le souligne B. Pulver (1999), ce refus est fondé sur deux arguments. D'une part, l'application par analogie de règles de droit prévues pour une autre situation n'est possible que quand il y a lacune de la loi et que le juge est appelé à combler (art. 1er al. 2 CCS). Or, comme le législateur a volontairement refusé de régler le concubinage dans le code civil, il ne s'agit pas d'une lacune. D'autre part, la volonté des parties est très souvent de ne pas être soumises aux règles du droit matrimonial, une application de ces règles par la « petite porte de l'analogie » serait donc contraire à leur volonté.

Ces quelques courts passages soulignent à quel point le législateur suisse porte une volonté accrue à protéger le mariage comportant une définition traditionnelle en tant qu'union composée d'un lien hétérosexuel et comme seule institution légitime à fonder une famille, de par le fait d'être le seul cadre où le couple a une pleine reconnaissance et où la filiation est encadrée et reconnue juridiquement. Cette volonté nous allons

⁹ En 1994, une question ordinaire au Conseil de Etats a eu pour effet que le Conseil fédéral a annoncé une étude approfondie sur la situation juridique des couples du même sexe (Question ordinaire

l'analyser à travers la définition et garanties que le législateur attribue au couple (ainsi que la reconnaissance juridique de celui-ci) qui vont de pair avec la restriction des formes possibles d'accès à la filiation, uniquement possibles qu'au sein du mariage. Pour ce faire nous allons nous pencher sur deux scènes où le législateur a créé les bases définitionnelles de ces deux composantes de la famille instituée par le droit (couple et filiation). Ces scènes ont été constituées par des demandes diverses de changement de la définition (i.e. encadrement institutionnel) du couple et de la filiation.

LES ENJEUX DEFINITIONNELS DU COUPLE : LA LOI SUR LE PARTENARIAT HOMOSEXUEL

Comme nous l'avons avancé, le législateur suisse prévoyait le mariage comme seule forme institutionnalisée de vie en couple jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat homosexuel enregistré en 2007. Le contexte des réformes législatives relatif à l'institutionnalisation des couples homosexuels nous fournit une autre scène où le législateur a été amené à se positionner ouvertement sur le sens accordé au mariage. Cette scène, à la différence de la question du concubinage, a vu le législateur spécifier et renforcer la composante hétérosexuelle, comme étant à ses yeux la base « naturelle » de l'institution du mariage. En ce sens, ces deux scènes – la possible institutionnalisation du concubinage et les demandes de reconnaissance des couples homosexuels -, sont deux facettes d'un cadre juridico-politique qui consacre une double sécurisation quant au sens définitionnel de la famille instituée : le mariage et sa composante hétérosexuelle.

Cette double position du législateur est rendue explicite lors de la procédure de consultation relative au projet de loi fédéral sur les couples homosexuels où quelques voix isolées ont demandé que la loi soit également ouverte aux concubins hétérosexuels. Face à cette possibilité, le législateur a argué que :

« (...) les couples hétérosexuels peuvent se marier, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de leur proposer une institution spéciale qui serait un mariage

de deuxième ordre. De plus, cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage. Le nouveau droit du mariage, contrairement à l'ancien, donne aux époux une grande marge de manœuvre pour aménager leurs rapports juridiques. Si certaines solutions s'avèrent peu satisfaisantes, il faut modifier les dispositions correspondantes du droit matrimonial, et non créer une nouvelle institution juridique. Les effets du partenariat enregistré sont par ailleurs beaucoup trop proches du droit du mariage pour pouvoir constituer une alternative à celui-ci. Dans quantité de domaines (notamment le droit successoral, le droit des assurances sociales, la prévoyance professionnelle, le droit pénal), les partenaires enregistrés sont mis sur un pied d'égalité avec les époux. La communauté de vie entre un homme et une femme, dont peuvent naître des enfants communs, doit donc être soumise à une institution juridique uniforme » (Message CF 2002, p. 21).

Lors du processus de régulation du partenariat des couples homosexuels (LPart) au début des années 2000, la démarcation, dans le droit et dans les faits, entre le partenariat et le mariage serait très nettement établie. Le second étant défini comme « *une institution particulièrement protégée par la Constitution* », définition qui « *a été particulièrement appréciée* » (Message du CF, 2002, p. 20) par la majorité des instances qui furent appelées à se prononcer. Le CF, dans ce message, fonde cette distinction dans la réglementation, distinction n'autorisant pas les couples homosexuels à adopter un enfant ou à recourir à la procréation médicalement assistée, en s'appuyant sur le message relatif à la nouvelle Constitution. A l'issue de cette consultation, le CF insiste sur le fait que la LPart constitue une loi spéciale destinée aux couples homosexuels. Dans un même mouvement, l'accès des couples hétérosexuels à la LPart est refusé. L'argument avancé pose que les couples hétérosexuels peuvent se marier « *de sorte qu'il n'est pas nécessaire de leur proposer une institution spéciale qui serait un mariage de deuxième ordre* » (Ibid). Cette sécurisation du mariage, le CF estime que c'est la Constitution elle-même qui le réclame. Et si le partenariat était ouvert aux couples hétérosexuels le CF estime que « *cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage*

(...) » (*Ibid*). On le voit, ce que craint le CF, c'est la perte de prééminence du mariage. Le risque qu'il entend contenir se présente comme une concurrence. Et c'est pour éviter cette éventuelle concurrence que la LPart est soustraite aux couples hétérosexuels. Ainsi, en limitant le partenariat aux seuls couples homosexuels, le CF évacue tout risque d'une possible concurrence.¹⁰ Cette double limitation, la fermeture du mariage pour les couples homosexuels et le nonaccès des couples hétérosexuels à la LPart, ancre législativement une différence forte entre la LPart et le mariage et boucle la question d'une possible reconnaissance des couples de fait et d'autres formes de famille en deçà du mariage. Plus concrètement, face à la position égalitaire, d'où se lance une critique qui ne manque pas de relever le caractère foncièrement asymétrique de la qualification de la LPart comme d'un « sous mariage », le CF en appelle à la Constitution. « *La constitution actuelle garantit l'existence du mariage en tant qu'institution juridique qui doit répondre à certains principes (p.ex. pas d'introduction légale de la polygamie, respect du principe selon lequel le mariage est une communauté de vie d'êtres humains de sexes opposés)* » (*Ibid*). Les instances législatives comprennent donc le mariage comme étant une institution « traditionnelle » de nature hétérosexuelle et elles s'appuient pour cela sur une certaine interprétation institutionnelle du mariage.

Cette interprétation du mariage est basée sur le principe d'incommensurabilité entre les unions hétérosexuelles et homosexuelles, dont la valeur du mariage doit rester hétérosexuelle (Roca i Escoda, 2004). L'on trouve cette définition dans le rapport de l'Office Fédéral de la Justice (OFJ) concernant la situation juridique des couples homosexuels, édité en 1999, où il est justifié la forme et le fond de la législation concernant le mariage en s'appuyant à nouveau sur la Constitution fédérale:

« Selon la doctrine et la pratique dominantes, la constitution part d'une conception traditionnelle du mariage, en tant que communauté de vie durable et globale entre deux êtres humains de sexe opposé. La disposition n'inclut donc pas les partenariats homosexuels. Un droit à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne peut donc être déduit

¹⁰ Cette vision concurrentielle entre deux institutions a été activée par la position conservatrice.

de l'article 54, alinéa 1, cst. Il en va de même du "droit au mariage" aux termes de l'article 14 ncst. Selon la conception actuellement dominante, l'article 54, alinéa 1, cst., ou l'article 14 ncst., garantit, au surplus, l'existence du mariage en tant qu'institution. L'institution juridique du mariage jouit ainsi d'une protection constitutionnelle particulière (...) A l'heure actuelle, il faut également compter au nombre des principes que le législateur se doit de respecter que le mariage représente une communauté de vie d'êtres humains de sexe opposé.

Cette conception du mariage était déjà bien posé dans le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle constitution fédérale:

« Le droit au mariage garantit l'existence du mariage en tant qu'institution, à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun. (...) Conformément à une interprétation historique de l'article 54 cst. (...) le droit au mariage garantit l'union entre un homme et une femme. Le droit au mariage ainsi garanti ne s'étend donc pas aux mariages de transsexuels, ni aux mariages d'homosexuels. (...) L'institution du mariage a toujours visé les couples traditionnels. En l'état actuel, un élargissement à toutes les autres formes de vie en commun dénaturerait l'institution du mariage » (FF 1997 I 156 s).

Les instances législatives comprennent donc le mariage comme étant une institution « traditionnelle » de nature hétérosexuelle. Ce réquisit hétérosexuel est souligné à plusieurs reprises dans le texte : « couple de sexe opposé », « couples traditionnels ». En tant qu'institution fondée sur un lien hétérosexuel, il mérite une protection et promotion étatique. Cette attention de l'Etat se base sur le fait que la nature et la raison du mariage est de consacrer le lien hétérosexuel. En ce sens, le projet d'une loi sur le partenariat enregistré pour les couples homosexuels doit être conçu comme une institution fondamentalement différente du mariage. Pour ce faire, le législateur se fonde sur une vision naturaliste du couple marié, vision bénéficiant d'une couverture constitutionnelle. En outre, pour le législateur, l'institutionnalisation d'un partenariat enregistré n'engage pas une « dépréciation ou exclusion d'un groupe » (les

homosexuels), puisqu'il est confectionné dans le but de supprimer un certain nombre des « désavantages existant et a pour effet d'améliorer sensiblement la situation des couples homosexuels ». Néanmoins, le législateur entend préserver l'éminence singulière (c'est-à-dire sans comparaison avec « d'autres formes de communauté de vie ») de l'institution du mariage, ainsi qu'énoncé dans la Constitution.

LES ENJEUX DEFINITIONNELS DE LA FILIATION: L'ACCES A LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE¹¹

Le contexte des débats sur l'accès à la procréation médicalement assistée en Suisse offre l'opportunité de saisir de quelle manière la légitimité du lien de filiation a été maintenue comme relevant exclusivement du mariage et du couple hétérosexuel stable. Cette primauté du mariage comme garant du lien de filiation a encore renforcé l'importance de la filiation biologique sur d'autres formes de relations filiales. En effet, le processus de régulation de l'accès à la procréation médicalement assistée en Suisse a consacré une politique restrictive centrée sur la méfiance envers les pratiques médicales et sur une *naturalisation* des nouvelles technologies reproductives fondée sur la différenciation des rôles maternel et paternel (Iacub 2002). Ainsi que l'argumente Michelle (2006), la régulation politique de la procréation assistée permet des stratégies discursives de cloisonnement. Par le biais du redimensionnement des possibilités de maternité et de parentalité, des identités spécifiques sont attribuées aux individus et des critères normatifs d'évaluation des comportements de reproduction sont légitimés. Des nouvelles catégorisations se mettent en place entre les individus qui ont légitimement, "naturellement" accès aux nouvelles technologies reproductives et les autres (Michelle 2006). La *naturalisation* a neutralisé la renégociation des modes de procréation et a créé des catégories de bonnes mères, de bons parents. Les "mères sans pères", les mères âgées alors que le père peut avoir l'âge que bon lui semble, les couples homosexuels ont été exclus de ce nouveau mode de procréation.

¹¹ Nous n'abordons ici que les points relatifs à l'accès aux nouvelles technologies reproductives. Pour une analyse comparée de l'ensemble du processus de décision, se référer à (Engeli, à paraître).

Ce processus de *naturalisation* s'est fait en deux temps. Un article constitutionnel a d'abord été inséré dans la Constitution fédérale en 1992 et une loi d'application l'a ensuite détaillé et complété en 2000.¹² L'article constitutionnel délimitait clairement les motivations de recours à la procréation médicalement assistée. Pallier à une stérilité ou éviter la transmission d'une maladie grave constituaient les deux seules indications autorisées. La loi sur la procréation médicalement assistée est venue apporter une clarification des conditions d'accès. Elle énonce explicitement que la procréation assistée est réservée au couple, dont les deux membres doivent être vivants et « *qui en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité* ». En outre, en cas de recours à un don de sperme, le couple doit être marié. Le mariage crée le lien entre l'enfant et le père social, selon la loi suisse. L'analogie n'a pas été valable pour le don d'ovule, où le lien du sang semble être primordial. Ainsi que nous allons l'illustrer dans les pages suivantes, la définition de l'accès à la procréation médicalement assistée en Suisse a renforcé le modèle de mariage *organiciste*, défini par Théry (1996, 1999) qui instaure la maternité par le lien biologique tandis que la paternité est consacrée par le mariage.¹³

Le lancement de la régulation de la procréation médicalement assistée en Suisse se fit par le dépôt d'une initiative populaire en 1985 qui visait à inscrire dans la Constitution fédérale un article relatif à « *l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique de l'espèce humaine* ».¹⁴ L'initiative lança non seulement le débat public sur la question de la procréation médicalement assistée mais en fixa également son cadrage qui marquera profondément le processus de régulation. L'initiative ne thématissait pas tant la procréation assistée en elle-même que ses abus. Pour ses promoteurs, le développement technologique avait fourni les

¹² Article 24novies de la Constitution fédérale sur la protection de l'homme et de son environnement contre les abus en matière de techniques de procréation et de génie génétique (actuellement articles 119 et 120) et la loi sur la procréation médicalement assistée RO 2000 3055.

¹³ Le modèle matrimonial organiciste se réfère à l'ordre matrimonial laïque instauré en France après la Révolution. « Ce modèle repose sur une fiction de premier ordre : le père est celui que les noces désignent » (Théry, 2000 : 111). Dans son essence, il est basé sur la naturalisation du lien entre alliance et filiation.

¹⁴ Lancée par un magazine de société très populaire en Suisse alémanique, le *Beobachter*. FF 1985 II 1385 ss.

outils pour de futures pratiques eugéniques, il devenait urgent de l'encadrer strictement au niveau juridique. L'article constitutionnel proposé par l'initiative était très restrictif. Erigeant « *le respect de la dignité humaine* » et « *la protection de la famille* » en principes fondamentaux, il visait l'interdiction de toute une série de pratiques, certaines n'étant même pas encore devenues réalité de nos jours : maternité de substitution, manipulation génétique, ainsi que le développement entier du fœtus en dehors du corps de la femme.

En réaction à l'initiative, le Conseil fédéral chargea une commission d'experts, dite Amstad du nom de son président, d'étudier les questions relatives à la procréation médicalement assistée en Suisse et de proposer une régulation législative qui serait soumise en votation populaire en tant que contre-projet à l'initiative. Convaincue de l'urgence de l'intervention publique dans le secteur de la procréation médicalement assistée, la Commission d'experts se prononça en faveur de l'autorisation des nouvelles technologies de reproduction, car elles permettaient aux couples hétérosexuels stériles d'accéder à la parentalité. Les conditions d'accès par la Commission Amstad, et qui seront reprises durant la suite du processus de régulation, marque la volonté d'assimiler la procréation médicalement assistée au processus naturel de la reproduction biologique, et exclure ainsi toute possibilité d'ouvrir ces technologies aux couples homosexuels. En ce sens, la procréation médicalement assistée ne doit pas remplacer la nature mais la compléter, car aux yeux du législateur ce dont il est question c'est le bien être de l'enfant, qui ne peut qu'être assurée que dans un cadre traditionnel de famille :

« (...) la liberté personnelle comprend aussi la liberté de procréer, de sorte que l'on ne peut pas critiquer, au point de vue moral, le fait que l'on remédie à l'aide de techniques médicales à un défaut de la nature. Le caractère de fatalité que l'on attribue traditionnellement à la stérilité est ainsi aboli ; celle-ci devient une maladie qui justifie l'intervention d'un médecin. Cette argumentation apparaît certes douteuse, si l'on fait valoir un authentique droit individuel à la procréation par des moyens artificiels, un droit équivalant véritablement, aux yeux de certains, à un droit de l'homme dont, dans les cas extrêmes, une personne seule ou un

couple homosexuel pourraient se réclamer. On rétorque généralement à ce genre d'arguments qu'ils vont à l'encontre de la conception traditionnelle de la famille, qu'ils outrepassent celle des mesures thérapeutiques destinées à combattre la stérilité et que le bien-être de l'enfant est menacé » (FF 1988 III : 1014).

Lorsque le Conseil fédéral soumit au Parlement le contre-projet élaboré par la Commission, il obtint un fort soutien de la part de la grande majorité des parlementaires qui allèrent encore plus loin dans la *naturalisation* de l'accès à la reproduction médicalement assistée. Le Parlement ajouta encore certaines interdictions afin de rester au plus près de condition de la nature (maternité de substitution, manipulation génétique) et la procréation jusqu'alors qualifiée d'« artificielle » ne devint plus qu'« assistée ».¹⁵ L'article constitutionnel représentait une première étape de l'intervention publique dans le domaine de la procréation médicalement assistée. Il avait fourni un cadre général. Les nouvelles technologies de reproduction avaient été autorisées avec méfiance et leur motivation de recours ne pouvait être que thérapeutique. Le Parlement avait modifié le projet gouvernemental de manière restrictive en fixant déjà au niveau constitutionnel des interdictions que le gouvernement voulait réserver à la législation d'application. Le débat parlementaire sur l'article constitutionnel avait cependant laissé certains points en suspens qui auront une importance décisive dans l'évolution de la régulation : l'accès des concubins à la procréation hétérologue et le don d'ovule. Le projet de loi d'application du Conseil fédéral ne trahira pas l'esprit de l'article constitutionnel¹⁶ : la protection de l'enfant contre les abus de la procréation médicalement assistée constituait son but affiché. Pour ce faire, toute dérogation trop importante aux principes naturels de la reproduction naturelle était repoussée catégoriquement. L'accès à la procréation assistée était explicitement limité aux couples mariés souffrant de stérilité en cas de recours à un tiers donneur et le don d'ovule était

¹⁵ En France, le changement de dénomination ira encore plus loin : le terme de procréation artificielle sera transformé durant le débat parlementaire sur les lois de bioéthique de 1994 en « assistance médicale à la procréation » (Engeli à paraître).

¹⁶ Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la médecine de la reproduction humaine et une Commission nationale d'éthique

interdit. C'était sur la certitude maternelle que la démonstration reposait en grande partie. Le don d'ovule permettait une dissociation de la fonction maternelle que la nature ne connaissait pas.¹⁷ Selon le Conseil fédéral, elle était dangereuse pour l'unité de la famille et pour le développement de l'enfant qui avait besoin de connaître sa « véritable » mère. Au contraire, le don de sperme ne remettait pas en question l'unité de la fonction paternelle qui était préservée par l'institution du mariage. Selon l'argumentation du Conseil fédéral, le père social n'avait pas besoin d'être le père biologique, alors que pour la mère cela restait une condition sine qua non :

« la division de la paternité entre un père générique et un père social et juridique en cas d'insémination par le sperme d'un donneur a, en revanche, un parallèle dans la procréation naturelle : on sait que le père génétique n'assume pas toujours la responsabilité juridique de son enfant et que l'époux de la femme qui a donné naissance à l'enfant n'est pas nécessairement le père biologique de cet enfant » (Message du Conseil fédéral de 1996, FF 1996 III 200)

La grande majorité des parlementaires approuva la poursuite de la *naturalisation* de la procréation médicalement assistée et insista sur la nécessité d'inscrire dans la loi des conditions explicites d'accès aux techniques reproductives qui porteraient sur l'orientation sexuelle, l'état civil ainsi que sur l'âge. Du côté des membres des partis Démocrate Chrétien et de l'Union démocratique du peuple, c'était le intérêt de l'enfant qui était martelé sans discontinuité. Le bien-être de ce dernier était menacé par l'autorisation de « *situations familiales contraires à la nature* »¹⁸. Reprenant l'argument du Conseil fédéral, la dissociation de la fonction maternelle était présentée comme étant beaucoup plus dangereuse que celle de la fonction paternelle. Pour assurer la filiation, la mère sociale se devait d'être la mère biologique et l'enfant avait le droit de connaître ses origines. Les embryons in vitro devaient être protégés des dérives de la science que ne manquerait pas d'amener une autorisation du diagnostic préimplantatoire.

¹⁷ Argumentation du Message du Conseil fédéral de 1996, FF 1996 III 197.

¹⁸ BO CN 1998 234.

CONCLUSION

Les deux processus décrits dans cette communication ont mis à l'épreuve le mariage et le couple hétérosexuel comme étant le seul modèle légitime de famille (i.e. parentalité). Face aux demandes de reconnaissance juridique des couples homosexuels et aux nouvelles formes de parentalité permises par le développement de la procréation médicalement assistée, le législateur suisse a été obligé de *justifier* la ligne de son action, ce qu'il a fait en sécurisant la définition juridique du mariage et de la parentalité et en renforçant sa composante hétérosexuelle. Cette communication avait pour intention de rendre compte, avec quelques brefs exemples, des enjeux définitionnels du travail législatif concernant le sens normatif du mariage et de la famille. Si notre entreprise se veut descriptive, elle a toutefois une visée critique. Nous avons essayé de montrer en examinant différentes scènes et temporalités juridico-politiques comment le législateur a restreint l'espace des possibles. Il a tenu à distance l'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles ainsi que les possibilités des nouvelles filiations introduites par le développement de la procréation médicalement assistée – tout en ignorant, dans une large mesure, les critiques adressant le caractère discriminatoire et hétérosexué de l'institution du mariage.

Comme nous l'avons vu, en réponse à ces mises à l'épreuve, le législateur a mobilisé de solides appuis. Ces appuis ont été ancrés dans la Constitution et fomentés en amont du débat effectif sur les formes d'institutionnalisation des unions homosexuelles, sur une autre scène législative relative à la procréation médicalement assistée. Ceux-ci lui ont permis, au moyen d'un bricolage ad hoc et de circonstance, (i) de contenir la force subversive des principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que (ii) de sécuriser la prééminence du mariage en tenant les débats loin de la question du mariage homosexuel et la possibilité de reconnaître des nouvelles filiations.

En prenant ces deux scènes législatives, notre souci a été de montrer que le processus juridique est complexe et que les lieux et les scénarios des débats sont chaînés dans une temporalité longue, ceci particulièrement dans un système politique de nature

consensuelle comme celui de la Suisse. Il ne faut donc pas seulement prendre pour objet les seuls débats parlementaires expressément dédiés à la discussion du partenariat enregistré des couples de même sexe. Il convient, en effet, de contextualiser les discussions et de suivre les interactions entre cette scène de débats et d'autres scènes (en amont) dans lesquelles d'autres décisions juridiques ont été prises. Ce processus juridico-politique a interagi fortement avec une autre scène législative : celle où s'est discutée, pensée et arrêtée la révision de la Constitution fédérale. C'est sur cette scène que seront constitués des ressources et des appuis décisifs (relatifs à la compréhension et à l'extension du principe d'égalité), car parés de la légitimité supérieure d'une constitutionnalité, qui seront ensuite engagés dans le débat sur la LPart afin de sécuriser la prééminence institutionnelle et l'exclusive hétérosexuelle du mariage

Lorsque l'on entrelace ces deux scènes, il apparaît que l'entrée, sur la première, du problème de la reconnaissance des couples homosexuels (et donc aussi de la recherche de solutions législatives aux discriminations dont ils font l'objet) a été préparée ailleurs et en amont, sur cette deuxième scène. Nous pensons que cette préparation consistait, entre autres, à canaliser dans une certaine direction l'incertitude entourant l'issue de l'épreuve législative. Une canalisation dont l'objet principal, soit ce qui devait être protégé, semble avoir été l'institution du mariage, le législateur anticipant que cette institution ne manquerait pas d'être ébranlée et mise à l'épreuve dans la discussion des solutions juridiques visant à mettre fin aux discriminations affectant les couples homosexuels. Pour assurer cette canalisation, les parlementaires participant de la Commission élaborèrent une doctrine constitutionnelle ad hoc permettant de restreindre la portée de l'exigence de non-discrimination (l'appui principal pour qui souhaite attaquer la fermeture de cette institution) et de justifier la singularité de l'institution du mariage. D'une certaine façon, des armes sans égales, car pourvues du cachet des normes constitutionnelles, ont été fourbies avant que ne s'engage l'épreuve, de sorte que tout ou partie de celle-ci s'est jouée avant même qu'elle ne s'ouvre effectivement.

REFERENCES

- Coontz, S. (2004). *Marriage, a History : From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*. New York : Viking.
- Dhavernas, M.-J. (1999). “Reproduction médicalisée, temps et différence”, *Les Cahiers du Genre* 25.
- Engeli, I. (à paraître). Les politiques de la reproduction. Paris : L’Harmattan, collection Logiques Politiques.
- Iacob, M. (2002). *Le crime était presque parfait et autres essais de casuistique juridique*. Paris : Flammarion.
- Michelle, C. (2006). “Transgressive Technologies ? Strategies of Discursive Containment in the Representation and Regulation of Assisted Reproductive Technologies in Aotera/New Zealand”, *Women’s Studies International Forum* 29 : 109-124.
- Moller Okin, S. (1979). “Rousseau’s Natural Women”, *The journal of politics*, 41 : 393-416.
- Moller Okin, S. (1989). *Justice, gender, and the family*. EUA: BasicBooks.
- Moller Okin, S. (2000). “Le genre, le public et le privé”, in T.-H. Ballmer-Cao, V. Mottier et L. Sgier (eds). *Genre et politique*. Paris : Gallimard.
- Papaux, M.-L. (2002). *L’influence des droits de l’homme sur l’osmose des modèles familiaux*. Genève : Helbing & Lichtenhahn.
- Pateman, C. (1987). “Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”, in A. Phillips (ed.). *Feminism and equality*. Oxford : Blackwell.
- Pateman, C. (1989). *The sexual contract*. Cambridge : Polity Press.
- Pateman, C. (2000). “Féminisme et démocratie”, in T.-H. Ballmer-Cao, V. Mottier et L. Sgier (eds). *Genre et politique*. Paris : Gallimard.
- Paternotte, D. (2004). *Quinze ans de débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe*. Bruxelles : Centre de recherche et d’information socio-politiques.
- Perrot, M. (1998). “Public, privé et rapports de sexes”, in : *Les femmes ou les silences de l’histoire*. Paris : Flammarion.
- Phillips, A. (2000). “Espaces publics, vies privées”, in T.-H. Ballmer-Cao, V. Mottier et L. Sgier (eds). *Genre et politique*. Paris : Gallimard.

- Pulver, B. (1999), *L'union libre. Droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne : Réalités Sociales.
- Roca i Escoda, M. (2004). "Une épreuve politique inéquitable et biaisée ? Le cas de la reconnaissance législative des couples homosexuels", *Revue Suisse de Sociologie*, 30(2): 249-270.
- St-Hilaire, C. (1998). "Crise et mutation du dispositif de la différence des sexes : regard sociologique sur l'éclatement de la catégorie sexe", in D. Lamoureux (dir.) *Les limites de l'identité sexuelle*. Québec : Les éditions du remue-ménage.
- Théry, I. (1996). "Différence des sexes et différence des générations. Institution familiale en déshérence", *Esprit* Décembre: 65-91.
- Théry, I. (1997). "Le contrat d'union sociale en question", *Esprit* Octobre: 159-211.
- Théry, I. (1999). "Pacs, sexualité et différences des sexes", *Esprit* Octobre: 139-181.
- Théry, I. (2000). "Sur quelques paradoxes du Pacs français", in F. Dermange, François, C. Ehrwein et D. Müller (dir.) *La reconnaissance des couples homosexuels*. Genève : Labor et Fides.