

Le mariage à l'épreuve : les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse

Isabelle Engeli et Marta Roca i Escoda

Volume 31, numéro 2, 2012

Sexualité et politique en francophonie

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1014351ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1014351ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (imprimé)

1703-8480 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Engeli, I. & Roca i Escoda, M. (2012). Le mariage à l'épreuve : les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse. *Politique et Sociétés*, 31(2), 51–66. <https://doi.org/10.7202/1014351ar>

Résumé de l'article

Afin de rendre compte des luttes définitionnelles qui visent à transformer ou à préserver le sens du mariage en tant qu'institution de l'hétérosexualité, cet article examine deux débats clés qui ont récemment mis à l'épreuve l'institution du mariage en Suisse : l'institutionnalisation juridique des couples de même sexe avec l'adoption de la loi fédérale sur le partenariat et la préservation du schéma familial hétérosexuel avec la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée. Ce texte défend que pour saisir l'évolution du sens politique accordé au mariage et à la famille dans les débats sur le partenariat homosexuel, il convient d'étudier le processus d'institutionnalisation des couples homosexuels dans une temporalité longue prenant place sur différentes scènes législatives.

Le mariage à l'épreuve : les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse¹

Isabelle Engeli

Université d'Ottawa
isabelle.engeli@uottawa.ca

Marta Roca i Escoda

Université de Lausanne
marta.roca@unil.ch

Afin de rendre compte des luttes définitionnelles qui visent à transformer ou à préserver le sens du mariage en tant qu'institution de l'hétérosexualité, cet article examine deux débats clés qui ont récemment mis à l'épreuve l'institution du mariage en Suisse : l'institutionnalisation juridique des couples de même sexe avec l'adoption de la loi fédérale sur le partenariat et la préservation du schéma familial hétérosexuel avec la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée. Ce texte défend que pour saisir l'évolution du sens politique accordé au mariage et à la famille dans les débats sur le partenariat homosexuel, il convient d'étudier le processus d'institutionnalisation des couples homosexuels dans une temporalité longue prenant place sur différentes scènes législatives.

This article examines how the heteronormative norm embedded in the institution of marriage has been put into question through the legal recognition of same sex couples and the access to assisted reproductive technologies in Switzerland. The paper shows that assessing the transformation of the meaning scheme attributed to the marriage and the family in the ongoing political debates on same-sex couples is enhanced by a diachronic analytical perspective focused on the different regulatory scenes, where the debate has taken place.

1. Les auteurs remercient Olivier Fillieule, David Paternotte, Bruno Perreau, Véronique Mottier ainsi que les deux évaluateurs anonymes de leurs précieux commentaires et suggestions.

Le mariage constitue une institution sociale, culturelle et juridique en perpétuelle transformation depuis des siècles au rythme des évolutions de la société (Coontz, 2004). Le mariage est aussi le résultat d'un travail d'institution qui vise à lui assurer son existence et son maintien. Dans ce travail, le droit contribue de manière conséquente à l'élaboration des définitions et des démarcations par lesquelles le législateur s'efforce de distinguer entre les liens affectifs, sexuels, familiaux et de considérer leurs propriétés respectives et constitutives. Fixant le couple hétérosexuel comme seul espace légitime de la sexualité, de la procréation et de l'éducation, la construction du mariage où sexualité, procréation, engendrement et filiation se superposent a traditionnellement marqué d'une manière très profonde la forme familiale institutionnalisée (Moller Okin, 1989). Ce travail s'est récemment buté à une réalité familiale changeante. Si une norme référentielle tend à subsister, celle de la famille nucléaire hétérosexuelle et biparentale, il n'y a cependant plus de modèle familial unique. Depuis une trentaine d'années, de nouvelles formes familiales sont en effet apparues, allant des familles concubines, recomposées, adoptives, aux familles faisant appel à la procréation médicalement assistée et aux familles homoparentales. Face à cette réalité changeante, l'encadrement institutionnel dans des nombreux contextes nationaux a été adapté. Si, en réponse aux revendications – notamment homosexuelles –, le mariage et, dans une moindre mesure, la filiation sont devenus accessibles aux couples de même sexe dans un nombre croissant de pays, d'autres ont réagi de manière conservatrice en adaptant le droit de la famille dans le but principal de préserver l'exclusivité hétérosexuelle de la norme du mariage².

Cet article vise à montrer comment la Suisse a répondu de manière restrictive à une nouvelle série de défis sociaux qui ont mis à l'épreuve le lien hétérosexuel du mariage : les demandes relatives à la reconnaissance juridique des couples de même sexe et à l'accès à la filiation grâce à la procréation médicalement assistée. Toutes ces demandes visaient au démantèlement de l'ordre « hétéronormatif », qui s'exprime ici à travers le fondement juridique des relations de couples et au sein de la famille sur le modèle du couple hétérosexuel³. Les réponses du législateur suisse à ces demandes ont contribué, au contraire, à renforcer la nature hétérosexuelle du mariage. La Suisse a fait preuve d'une timidité certaine et ne s'est pas rendue à une solution législative réalisant la pleine reconnaissance de ces unions. Elle a, d'une part,

2. Pour une comparaison européenne, se référer notamment, pour les unions de même sexe, à Festy, 2006; Waaldijk, 2006; et Banens, 2010; ainsi que, pour la procréation médicalement assistée, à Bleiklie *et al.*, 2004; et Engeli, 2009.

3. Dans la conception de l'ordre hétéronormatif, l'hétérosexualité est entendue comme un système normatif et non strictement comme une pratique sexuelle. La dimension (hétéro) sexuelle constitue le lien qui définit le couple et la famille et s'inscrit plus généralement dans l'ordre symbolique de la différence des sexes, dont le caractère genre se concrétise par une division du travail de reproduction entre les hommes et les femmes. Se référer notamment à St-Hilaire, 1998; Pateman, 1989; et Moller Okin, 1989.

maintenu et même renforcé, par l'instauration d'un partenariat enregistré réservé uniquement aux couples de même sexe, une nette démarcation entre le mariage hétérosexuel et les couples homosexuels (Roca i Escoda, 2004)⁴. D'autre part, la Suisse a élaboré une des législations les plus restrictives d'Europe en matière de procréation médicalement assistée en ne la réservant qu'aux couples de sexe opposé et en exigeant de ces derniers, pour la plupart des actes, qu'ils soient de surcroît mariés (Engeli, 2009).

Dans cet article, nous nous proposons de rendre compte des prises de position politiques qui ont forgé l'esprit de ces lois visant à préserver le sens du mariage en tant qu'institution centrale de l'ordre hétéronormatif en Suisse. En se situant au niveau des prises de position et des arguments avancés dans les processus de décisions législatives par les hautes instances politiques suisses, l'enjeu n'est pas d'analyser uniquement le produit juridique fini, mais surtout les enjeux autour de celui-ci, notamment les justifications à la base des prises de position normatives autour de l'élaboration de ces lois⁵. Ces justifications comportent un ensemble d'arguments qui se réfèrent à différentes valeurs morales que nous allons repérer en choisissant quelques exemples issus de différentes temporalités et arènes politiques. Pour ce faire, nous nous pencherons sur deux débats législatifs majeurs qui ont récemment mis à l'épreuve l'institution du mariage : l'institutionnalisation juridique des couples de même sexe par le biais de la *Loi fédérale sur le partenariat entre personnes de même sexe* et la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*. Ces processus législatifs, en représentant deux facettes opposées du complexe processus de reconnaissance des couples de même sexe, permettent de mieux saisir les luttes de sens actuelles autour de l'institution du mariage. L'objectif est de montrer que pour saisir l'évolution 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 prenant place sur différentes scènes législatives. Or, si la législation relative aux couples homosexuels reçoit désormais une attention accrue, la régulation des nouvelles technologies reproductives est encore trop souvent négligée par la recherche en sciences sociales (entre autres : Hull, 2006 ; Mucciaroni, 2008 ; Smith, 2008 ; Kollman, 2009 ; Rimmerman et Wilcox, 2009 ; Paternotte, 2011). Loin d'être à la périphérie des préoccupations publiques, le contrôle de la reproduction constitue l'un des fondements

4. La *Loi fédérale sur le Partenariat (LPart)* a été approuvée par le peuple suisse en juin 2005 et est entrée en vigueur en janvier 2007. Cette loi reconnaît les formes d'union et de vie commune homosexuelles en intégrant plusieurs des effets juridiques du mariage sans pour autant accorder aux bénéficiaires le statut de famille. En ce sens, l'adoption et la procréation médicalement assistée sont interdites.

5. Par législateur, nous entendons les principales instances législatives suisses : le gouvernement, le Conseil fédéral, ainsi que le Parlement par l'intermédiaire de ses deux chambres, le Conseil national (chambre basse) et le Conseil des États (chambre haute).

de l'organisation sociale, dans le sens où il détermine qui a le droit (et le devoir) de se reproduire et rend certaines formes de parentalité légitimes au détriment d'autres. En effet, en Suisse, alors que la loi sur le partenariat a favorisé l'institutionnalisation des couples de même sexe en attribuant à ceux-ci un statut juridique particulier, 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.

Dans la suite de cet article, nous présenterons d'abord la conception du mariage en tant que norme dominante de l'union des couples en Suisse pour ensuite souligner comment, face aux revendications des mouvements homosexuels et au développement technologique en matière de reproduction, le législateur suisse a développé les définitions juridiques du mariage et de la parentalité en renforçant leur « essence » hétérosexuelle. Nous nous attachons à montrer de quelle manière le législateur a restreint l'espace des possibles en tenant à distance une solution en termes d'ouverture du mariage aux couples de même sexe 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 hétérosexué discriminatoire de l'institution du mariage.

La primauté du mariage en Suisse

En Suisse, la modernisation des lois relative à la famille, qui dataient de l'élaboration du Code civil fédéral de 1907, a été tardive et n'a commencé que dans les années 1970 avec la révision du droit d'adoption et de filiation pour s'achever à la fin des années 1990 avec celle du droit du mariage et du divorce. Au fil de cette révision, l'importance de l'institution maritale a reçu une attention toute particulière de la part de l'État qui s'est principalement manifestée autour des questions de l'accès au mariage et de sa durabilité (Baddeley, 2009). Malgré d'importants changements législatifs, une vision exclusive des liens de reproduction et de filiation, pensés comme strictement hétérosexuels et institués par le mariage, a persisté dans les lois qui règlent et définissent la famille⁶. En effet, les conditions explicites d'accès au mariage n'ont pas été modifiées en ce qui concerne son caractère purement hétérosexuel, tant en matière d'union que de filiation, et la référence au couple en tant que lien hétérosexuel définissant la famille reste omniprésente dans l'argumentation déployée lors de la révision du droit de la famille.

6. Irène Théry (1996; 1997), est d'avis que le couple a été institué en tant que lien sexué, dans le sens où il s'inscrit dans l'ordre symbolique de la différence des sexes. Selon cette dernière, il y a là une confusion de ce qui est sexué et sexuel et cette confusion fait de la sexualité une catégorie politique.

Lors de la révision de la Constitution fédérale au cours des années 1990, le Conseil fédéral – l'exécutif suisse – a reconnu l'évolution des formes familiales et n'a plus limité sa définition de la famille à sa forme traditionnelle, soit au couple marié ayant des enfants, en précisant ses «éléments constitutifs»: «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 famille⁷.» Selon le Conseil fédéral, le terme élargi de «famille» inclut donc des nouvelles formes de vie commune, comme les couples non mariés ou les couples de même sexe. Il a, néanmoins, posé une importante nuance en précisant que le droit fondamental n'oblige pas le législateur à traiter de la même manière des unions différentes. Cette forte limitation à la reconnaissance formelle des différentes formes familiales a été consacrée lors de la révision du droit du mariage, lorsque le Conseil fédéral a souligné 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 [...] 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 mariage⁸.

Cette position concevant le mariage comme étant un lien monogame et «naturalisé» entre une femme et un homme a constitué la ligne d'argumentation pour traiter les demandes de reconnaissance des couples de même sexe et l'accès à la reproduction, comme nous le verrons par la suite. Elle dépasse néanmoins la seule question de la reconnaissance des couples de même sexe pour s'appliquer à toute forme d'union de fait, quelle que soit l'orientation sexuelle des partenaires⁹. En effet, la reconnaissance des couples de fait est très faible en Suisse en comparaison de la plupart des pays européens¹⁰: il n'y a pas de mention du concubinage (c.-à-d. couples de fait) dans le Code civil au niveau fédéral et celui-ci était encore interdit dans plusieurs cantons jusqu'au début des années 1990¹¹. À plusieurs reprises, le gouvernement et le

7. Feuille fédérale (FF) 1997 I: 155 ss.

8. FF 1997 I: 155.

9. Elle a été appliquée, de manière relativement uniforme, par le tribunal fédéral, la plus haute instance juridique suisse, qui a jusqu'à présent refusé toute application par analogie du droit matrimonial aux couples de fait.

10. Pour une comparaison européenne, se référer à Waaldijk, 2006; et Banens, 2010.

11. Le Valais est le dernier canton à avoir supprimé l'interdiction du concubinage, en 1995.

Parlement ont refusé de considérer la possibilité d'introduire une reconnaissance juridique du concubinage. Par exemple, en 1997, lors de la révision du droit du divorce, le Parlement a repoussé deux propositions parlementaires tendant à mentionner les « communautés de vie assimilables au mariage¹² ». De même, lors de la révision de la Constitution fédérale, il a refusé d'inclure un nouveau droit fondamental qui garantit « la liberté de choisir une autre forme de vie en commun ».

Ces quelques courts passages ont permis de situer l'importance, aux yeux du législateur suisse, d'affirmer une définition traditionnelle du mariage en tant qu'union fondée sur le lien hétérosexuel et de le présenter comme le cadre légitime de la filiation. Dans la suite de cet article, nous allons montrer comment cette volonté de préserver le caractère traditionnel du mariage a été doublement mise à l'épreuve par les demandes de reconnaissance des couples de même sexe ainsi que par le développement de la procréation médicalement assistée.

Les enjeux définitionnels du couple : la loi sur le partenariat homosexuel

Comme nous l'avons souligné, le législateur suisse avait prévu le mariage comme seule forme institutionnalisée de vie en couple jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi sur le partenariat entre personnes du même sexe* en 2007. Le contexte des réformes législatives relatif à l'institutionnalisation des couples homosexuels nous fournit une arène clé où le législateur a été amené à se positionner ouvertement sur le sens accordé au mariage. Il a ainsi spécifié et renforcé l'hétérosexualité comme étant à ses yeux la base « naturelle » de l'institution du mariage. En ce sens, les deux scènes – la possible institutionnalisation du concubinage et les demandes de reconnaissance des couples homosexuels – constituent pour le législateur suisse un cadre juridico-politique qui résulte en une double sécurisation quant au sens définitionnel de la famille instituée : le mariage et sa composante hétérosexuelle.

En Suisse, l'institutionnalisation des couples homosexuels est issue d'un long et difficile processus se cristallisant dans la loi sur le partenariat approuvée par le peuple suisse par voie référendaire en juin 2005. Cette loi reconnaît les formes d'union et de vie commune homosexuelles, en intégrant plusieurs effets juridiques du mariage sans pour autant accorder aux bénéficiaires le statut de famille¹³. Le processus législatif a vu l'affrontement de

12. Auparavant, le législateur avait déjà renoncé à régler la situation du concubinage dans la loi, notamment lors de la révision du droit de la filiation en 1975.

13. Le parcours de la loi s'ouvre institutionnellement en 1994. Il englobe deux procédures de consultation menées par l'administration fédérale auprès des partis politiques, cantons et principaux groupes d'intérêt, deux rapports juridiques sollicités par le gouvernement, deux pétitions et une série d'interventions parlementaires. Approuvée par le Parlement en 2003, la

deux positions antagonistes autour de la reconnaissance juridique des couples de même sexe qui se sont révélées très tôt dans le processus. En 1995, les associations homosexuelles ont déposé une pétition, « Les mêmes droits pour les couples de même sexe », auprès du Parlement. Si les signataires ne réclamaient pas instamment l'accès au mariage pour les couples homosexuels, ils proposaient néanmoins l'introduction d'un partenariat légalement enregistré produisant des effets juridiques identiques au mariage et engageaient ainsi l'entité « mariage » dès le début du débat :

Les soussignés invitent l'Assemblée fédérale à supprimer la discrimination juridique dont les couples de même sexe font l'objet. Les couples de même sexe qui construisent une relation durable doivent pouvoir obtenir fondamentalement les mêmes droits que ceux conférés aux couples hétérosexuels par le mariage. (Office fédéral de Justice et Police, 1999 : 35)

En opposition, un petit parti de la droite conservatrice, l'Union démocratique fédérale, lança peu de temps après une pétition mimétiquement opposée à la précédente. Ses rédacteurs contestaient la portée discriminatoire de la régulation de l'époque et revendiquaient la défense d'un bien substantiel, porté au rang d'une valeur communautaire, la « famille », qualifiée de « saine », ainsi que le titre de la pétition le déclarait explicitement : « Pour une famille saine et contre l'égalité juridique des couples homosexuels. » Les pétitionnaires voyaient en effet dans la possibilité de reconnaître juridiquement les couples de même sexe une concurrence directe à l'institution du mariage. C'est notamment pour cela qu'ils dénonçaient publiquement toute initiative d'institutionnalisation des unions homosexuelles et récusait fortement la reconnaissance d'une égalité juridique. En reliant la portée du principe d'égalité à la nature de l'institution du mariage, ces deux pétitions ont ouvert la voie à un débat politique très polarisé se focalisant uniquement sur la question des couples de même sexe. En effet, les quelques voix isolées qui demandaient que le partenariat soit également ouvert aux concubins hétérosexuels ont été bien vite contrées par le législateur, qui a argumenté que :

[L]es 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 [...] 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

loi a été ensuite soumise à l'approbation populaire en 2005, un petit parti de la droite conservatrice ayant lancé un référendum.

naître des enfants communs, doit donc être soumise à une institution juridique uniforme. (Conseil fédéral, 2002 : 1192)

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 » (*id.*). Cette sécurisation du mariage, le Conseil fédéral a estimé que c'était la Constitution elle-même qui le réclamait. Et si le partenariat était ouvert aux couples hétérosexuels, le gouvernement a estimé que « cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage [...] » (*id.*). On le voit, ce que craignait le Conseil fédéral, c'était la perte de prééminence du mariage. Ainsi, en limitant le partenariat aux seuls couples homosexuels, le Conseil fédéral a évacué tout risque d'une possible concurrence¹⁴. Cette double limitation, la fermeture du mariage pour les couples homosexuels et le nonaccès des couples hétérosexuels à la loi sur le partenariat, a ancré législativement une différence forte entre la loi sur le partenariat et celle sur le mariage et a apporté une réponse définitive à la question d'une possible reconnaissance des couples de fait et d'autres formes de famille.

Face aux critiques relevant le caractère foncièrement asymétrique de la qualification de la loi sur le partenariat comme d'un « sous-mariage », le Conseil fédéral en a appelé à la Constitution, qui, selon lui, « 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) » (Conseil fédéral, 2002). Cette interprétation du mariage est basée sur le principe d'incommensurabilité entre les unions hétérosexuelles et homosexuelles, donc que la valeur du mariage doit rester hétérosexuelle. Cette définition sera réaffirmée à de maintes reprises au cours du processus d'élaboration du partenariat enregistré. Ainsi, pour l'office administratif responsable de la question de la situation juridique des couples de même sexe :

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 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 [...] À l'heure actuelle, il faut également compter au nombre

14. Cette vision concurrentielle entre deux institutions a été activée par la position conservatrice des démocrates chrétiens notamment.

des principes que le législateur se doit de respecter que le mariage représente une communauté de vie d'êtres humains de sexe opposé. (Office fédéral de Justice et Police, 1999 : 53)

En tant qu'institution fondée sur un lien hétérosexuel, le mariage mérite protection et promotion étatiques. Cette attention de l'État se basant sur le fait que la nature et la raison du mariage sont de consacrer le lien hétérosexuel, le projet d'une loi sur le partenariat pour les couples homosexuels se devait, aux yeux du législateur, de concevoir ce partenariat, dans son essence même, comme une institution différente du mariage. Lors de l'élaboration de la législation concernant le partenariat, cette démarcation entre le mariage et toute autre forme d'union de vie, que nous avons soulignée précédemment, a été renforcée davantage. Dans son message relatif au projet de partenariat, le Conseil fédéral a établi une nette distinction, dans le droit et dans les faits, entre le partenariat et le mariage, le second étant défini comme « une institution particulièrement protégée par la Constitution », définition qui « a été particulièrement appréciée » par la majorité des instances appelées à se prononcer (Conseil fédéral, 2002). Le législateur suisse se fonde sur une vision naturaliste du couple marié, vision bénéficiant d'une couverture constitutionnelle. En outre, selon lui, 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 existants et a pour effet d'améliorer sensiblement la situation des couples homosexuels » (Office fédéral de Justice et Police, 2001). Cette démarcation a prévalu durant l'ensemble du processus. D'abord promue par la droite libérale, les partis de gauche s'y sont ensuite ralliés, constatant que ni l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ni l'accès au partenariat par les couples de sexe opposé ne parviendraient à trouver un support suffisamment important pour remporter le référendum qui avait été brandi comme menace par la droite religieuse conservatrice dès le début du processus.

Les enjeux définitionnels de la filiation : L'accès à la procréation médicalement assistée

Le contexte des débats sur l'accès à la procréation médicalement assistée en Suisse offre l'occasion de saisir de quelle manière la légitimité du lien de filiation a été maintenue comme relevant exclusivement du mariage et du couple hétérosexuel stable¹⁵. Cette primauté du mariage comme garant du lien de filiation a encore renforcé l'importance de la filiation biologique par rapport à d'autres formes de relations filiales. Le processus de régulation de

15. 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, 2010 ; 2012.

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 (Iacob, 2002). En effet, 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). Le développement technologique a ouvert la voie à des parentalités différentes et les catégories de mères, de pères et de parents sont en voie de redéfinition. Par le biais d'une mère porteuse, des hommes peuvent accéder à la paternité sans s'inscrire dans un schéma traditionnel de famille hétérosexuelle. Une femme, grâce au don de sperme, peut devenir mère sans avoir de compagnon. Une femme peut assurer la gestation 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 selon 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 de gestation. Ainsi que l'argumente Carolyn 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. De nouvelles catégorisations se mettent en place entre les individus qui ont légitimement, « naturellement », accès aux nouvelles technologies reproductives et les autres. La naturalisation a neutralisé la redéfinition 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 n'importe quel âge et les couples homosexuels ont été exclus de ce nouveau mode de procréation en Suisse.

Ce processus d'exclusion 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 2000¹⁶. L'article constitutionnel ne délimitait que les motivations de recours à la procréation médicalement assistée. Remédier 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 fondamentale quant aux conditions d'accès. Elle énonce explicitement que la procréation assistée est réservée au couple dont les deux membres doivent

16. Article 24 novies 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* (Recueil officiel du droit fédéral 2000 : 3055).

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, qui a été interdit par la loi, 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 Irène Théry, qui instaure la maternité par le lien biologique et la paternité par le mariage¹⁷.

Le lancement du processus d'élaboration 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 humaine¹⁸ ». L'initiative lança non seulement le débat public sur la question de la procréation médicalement assistée, mais fixa également son cadrage, qui marquera profondément le processus de régulation qui en découlera. L'initiative ne thématise pas tant la procréation assistée en elle-même que ses abus. Pour ses promoteurs, le développement technologique ayant fourni les outils pour de futures pratiques eugéniques, il devenait urgent de l'encadrer strictement sur le plan juridique¹⁹. L'article constitutionnel proposé par l'initiative était très restrictif. Érigeant « 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, notamment relatives à la maternité de substitution et aux manipulations génétiques.

En réaction à l'initiative, le Conseil fédéral a chargé une commission d'experts, la Commission 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 à la votation populaire en tant que contre-projet à l'initiative²⁰. Convaincue de l'urgence de l'intervention publique dans le secteur de la procréation médicalement assistée, la

17. Le modèle matrimonial organiciste se réfère à l'ordre matrimonial laïque instauré en France après la Révolution, qui, selon l'interprétation de Théry (2000 : 211), « repose sur une fiction de premier ordre : le père est celui que les noces désignent ».

18. L'initiative a été lancée par un magazine de société très populaire en Suisse alémanique, le *Beobachter* (FF 1985 II 1385 ss). En Suisse, les institutions de démocratie directe permettent à un groupe de citoyens, par le biais d'une initiative populaire visant à modifier la Constitution fédérale, d'initier le processus de décision. Pour qu'une initiative soit validée, les initiateurs doivent récolter 100 000 signatures dans un délai de six mois. Une fois validée, l'initiative est débattue au Parlement qui émet une recommandation de vote et finalement soumise à la décision populaire. Pour une présentation détaillée de la démocratie directe en Suisse, se référer à Kriesi et Trechsel, 2008.

19. À propos de la politique eugénique en Suisse, se référer à la contribution de Véronique Mottier dans le présent volume.

20. Hermann Amstad, médecin, membre de l'Académie suisse des sciences médicales.

commission d'experts s'est prononcée en faveur de l'autorisation des nouvelles technologies de reproduction, valorisant le fait qu'elles permettaient aux couples hétérosexuels stériles d'accéder à la parentalité. Les conditions d'accès fixées par la commission, qui seront reprises durant la suite du processus de régulation, ont marqué la volonté d'assimiler la procréation médicalement assistée au processus naturel de la reproduction biologique et d'exclure ainsi toute possibilité d'ouvrir ces technologies aux couples homosexuels. En ce sens, la procréation médicalement assistée ne devait pas remplacer la nature, mais la compléter. Aux yeux du législateur, l'enjeu crucial était le bien-être de l'enfant qui ne pouvait, selon lui, être assuré que dans le cadre de la famille traditionnelle :

[L]a 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 menacé²¹.

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 certaines interdictions afin de rester au plus près des conditions de la nature (maternité de substitution, manipulation génétique) et la procréation jusqu'alors qualifiée d'« artificielle » ne devint plus qu'« assistée »²². L'article constitutionnel a représenté une première étape de l'intervention publique dans le domaine de la procréation médicalement assistée en fournissant 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

21. FF 1988 III: 1014.

22. 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, 2010).

en suspens qui auront une importance décisive dans l'évolution de la régulation : l'accès des concubins, hétérosexuels et homosexuels, à la procréation hétérologue ainsi que le don d'ovule. Le projet de loi d'application du Conseil fédéral n'a pas trahi l'esprit de l'article constitutionnel : la protection de l'enfant contre les abus de la procréation médicalement assistée a constitué son but affiché²³. Pour ce faire, toute dérogation trop importante aux principes naturels de la reproduction naturelle a été repoussée catégoriquement. L'accès à la procréation assistée a été explicitement limité aux couples mariés souffrant de stérilité en cas de recours à un tiers donneur et le don d'ovule a été, lui, interdit. La démonstration a reposé en grande partie sur la certitude maternelle. En effet, le don d'ovule permet une dissociation de la fonction maternelle que la nature ne connaît pas²⁴. 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, elle, 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 génétique 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. (Conseil fédéral, 1996 : 200)

La grande majorité des parlementaires ont approuvé la poursuite de la naturalisation de la procréation médicalement assistée et insisté sur la nécessité d'inscrire dans la loi des conditions explicites d'accès aux techniques reproductives relatives à l'orientation sexuelle, à l'état civil ainsi qu'à l'âge. Du côté des membres du Parti démocrate chrétien et de l'Union démocratique du peuple, ce sont les intérêts de l'enfant qui étaient martelés sans discontinuité. Le bien-être de ce dernier était menacé par l'autorisation de « situations familiales contraires à la nature²⁵ ». Reprenant l'argument du Conseil fédéral, la dissociation de la fonction maternelle a été présentée comme 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.

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

24. Argumentation du Conseil fédéral dans son message de 1996 (Conseil fédéral, 1996).

25. Bulletin officiel du Conseil national 1998 (p. 234).

Conclusion

Les deux scènes législatives décrites ici ont mis à l'épreuve le mariage et le couple hétérosexuel comme étant le seul modèle légitime de famille (parentalité). Face aux demandes de reconnaissance juridique des couples homosexuels et aux nouvelles formes de parentalité permises par le développement des nouvelles technologies de reproduction, le législateur suisse a été obligé de justifier la ligne de son action et de sécuriser la définition juridique du mariage et de la parentalité qui établit et renforce sa composante hétérosexuelle. Nous avons voulu révéler, avec quelques courts exemples, la teneur normative du travail législatif concernant le sens du mariage et de la famille. Si notre entreprise se veut descriptive, elle a toutefois une visée critique. En effet, nous avons essayé de montrer à l'aide de plusieurs scènes et temporalités juridico-politiques comment le législateur a voulu restreindre l'espace des possibles, tenir à distance une solution en termes d'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles et, de ce fait, ouvrir la possibilité à des nouvelles filiations – mais aussi ignorer, dans une large mesure, les critiques concernant le caractère discriminatoire et hétérosexué de l'institution du mariage.

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 législatifs sont chaînés dans une temporalité longue, surtout dans un dispositif politique de nature « consensuelle » comme celui de la Suisse. En effet, ce processus juridico-politique a interagi fortement avec une autre scène législative : celle où s'est discutée, pensée et arrêtée la réforme de la Constitution fédérale. C'est sur cette scène qu'ont été constitués des ressources et des appuis décisifs (relatifs à la compréhension et à l'extension du principe d'égalité, mais aussi de la nature du mariage), car parés de la légitimité supérieure d'une constitutionnalité. Ces ressources et appuis ont été ensuite mobilisés dans le débat sur la *Loi sur le partenariat pour les couples homosexuels* afin de sécuriser la prééminence institutionnelle et l'exclusivité hétérosexuelle du mariage.

Comme nous l'avons montré, en réponse à ces mises à l'épreuve, le législateur a mobilisé des appuis solides. Ces appuis ont été ancrés dans la Constitution et fomentés en amont du débat effectif sur les formes d'institutionnalisation des unions homosexuelles et sur la scène législative relative à la procréation médicalement assistée. Ces appuis ont permis, au moyen d'un bricolage *ad hoc* et de circonstance, d'abord de contenir la force subversive des principes d'égalité et de non-discrimination et ensuite de sécuriser la prééminence du mariage en tenant les débats loin de la question du mariage homosexuel et de la possibilité de reconnaître de nouvelles filiations. Si nous adoptons un regard comparatif sur ces différentes scènes, il apparaît que l'entrée du problème de la reconnaissance des couples homosexuels et la

possibilité de donner accès à de nouvelles filiations ont été préparées ailleurs et en amont. Nous pensons que cette préparation consistait, entre autres, à canaliser l'incertitude entourant l'issue de l'épreuve législative. Cette canalisation avait pour objet principal de protéger 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 de même sexe. Pour assurer cette canalisation, le législateur élaborait une doctrine constitutionnelle *ad hoc* permettant de restreindre la portée de l'exigence de non-discrimination (l'appui principal pour qui souhaite attaquer le nonaccès à 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 joué avant même qu'elle ne s'ouvre effectivement.

Bibliographie

- Baddeley, Margareta, 2009, « Le droit de la famille, un droit en constante évolution », dans Christine Chappuis, Bénédicte Foëx, Luc Thévenoz (sous la dir. de), *Le législateur et le droit privé*, Zürich, Schulthess, p. 55-68.
- Banens, Maks, 2010, « Mariage et partenariat de même sexe en Europe. Vingt ans d'expérience », *Politiques sociales et familiales*, n° 99, p. 9-20.
- Bleiklie, Ivar, Goggin Malcom et Christine Rothmayr (sous la dir. de), 2004, *Governing Assisted Reproductive Technology: A Cross-Country Comparison*, London, Routledge.
- Conseil fédéral, 1996, Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle » (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) et à la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, FF 1996 III 200.
- Conseil fédéral, 2002, *Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*, consulté sur Internet (<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1192.pdf>) le 1^{er} septembre 2012.
- Coontz, Stephanie, 2004, *Marriage, a History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*, New York, Viking.
- Dhavernas, Marie-Josèphe, 1999, « Reproduction médicalisée, temps et différence », *Les Cahiers du Genre*, n° 25, p. 167-188.
- Engeli, Isabelle, 2009, « The Challenges of Abortion and Assisted Reproductive Technologies in Europe », *Comparative European Politics*, vol. 7, n° 1, p. 217-242.
- Engeli, Isabelle, 2010, *Les politiques de la reproduction*, Paris, L'Harmattan, coll. « logiques politiques ».
- Engeli, Isabelle, 2012, « Policy Struggle on Reproduction: Doctors, Women, and Christians », *Political Research Quarterly*, vol. 65, n° 2, p. 330-345.
- Festy, Patrick, 2006, « Légaliser les unions homosexuelles en Europe : innovations et paradoxes », *Population & sociétés*, n° 424, consulté sur Internet (http://www.ined.fr/fr/publications/pop_soc/bdd/publication/1175/) en octobre 2012.
- Hull, Kathleen, 2006, *Same-Sex Marriage: The Cultural Politics of Love and Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Iacob, Marcela, 2002, *Le crime était presque parfait et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion.
- Kollman, Kelly, 2009, « European Institutions, Transnational Networks and National Same-Sex Union Policy: When Soft Law Hits Harder », *Contemporary Politics*, vol. 15, n° 1, p. 37-53.
- Kriesi, Hanspeter et Alexander H. Trechsel, 2008, *The Politics of Switzerland. Continuity and Change in a Consensus Democracy*, New York, Cambridge University Press.
- Michelle, Carolyn, 2006, « Transgressive Technologies? Strategies of Discursive Containment in the Representation and Regulation of Assisted Reproductive Technologies in Aotearoa/New Zealand », *Women's Studies International Forum*, vol. 29, n° 2, p. 109-124.
- Moller Okin, Susan, 1989, *Justice, Gender, and the Family*, New York, Basic Books.
- Mucciaroni, Gary, 2008, *Same Sex, Different Politics: Success and Failures in the Struggle over Gay Rights*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Office fédéral de Justice et Police, 1999, *La situation juridique des couples homosexuels en Suisse. Problèmes et propositions de solution*, consulté sur Internet (<http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/vn-ber-f.pdf>) le 1^{er} septembre 2012.
- Office fédéral de Justice et Police, 2001, *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe. Rapport explicatif et avant-projet*, consulté sur Internet (<http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/vn-veber-f.pdf>) le 1^{er} septembre 2012.
- Pateman, Carole, 1989, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press.
- Paternotte, David, 2011. *Revendiquer le « mariage gay ». Belgique, France, Espagne*. Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Rimmerman, Craig A. et Clyde Wilcox, 2009, *The Politics of Same-Sex Marriage*, London, The University of Chicago Press.
- Roca i Escoda, Marta, 2004, « Une épreuve politique inéquitable et biaisée? Le cas de la reconnaissance législative des couples homosexuels », *Revue suisse de sociologie*, vol. 30, n° 2, p. 249-270.
- Smith, Miriam, 2008, *Political Institutions and Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada*, London, Routledge.
- St-Hilaire, Colette, 1998, « Crise et mutation du dispositif de la différence des sexes : regard sociologique sur l'éclatement de la catégorie sexe », dans Diane Lamoureux (sous la dir. de), *Les limites de l'identité sexuelle*, Québec, Les éditions du remue-ménage, p. 57-85.
- Théry, Irène, 1996, « Différence des sexes et différence des générations. Institution familiale en déshérence », *Esprit*, n° 227, p. 65-91.
- Théry, Irène, 1997, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, n° 236, p. 159-211.
- Théry, Irène, 2000, « Sur quelques paradoxes du pacs français », dans François Dermange, Christian Ehrwein et Didier Müller (sous la dir. de), *La reconnaissance des couples homosexuels*, Genève, Labor et Fides, p. 25-36.
- Waalwijk, Kees, 2006, « Comparaison entre le mariage, le partenariat enregistré et le concubinage dans neuf États : niveaux de conséquences juridiques », dans Anne Cadoret, Martine Gross, Caroline Mécarry et Bruno Perreau (sous la dir. de), *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*, Paris, Presses universitaires de France, p. 379-389.