

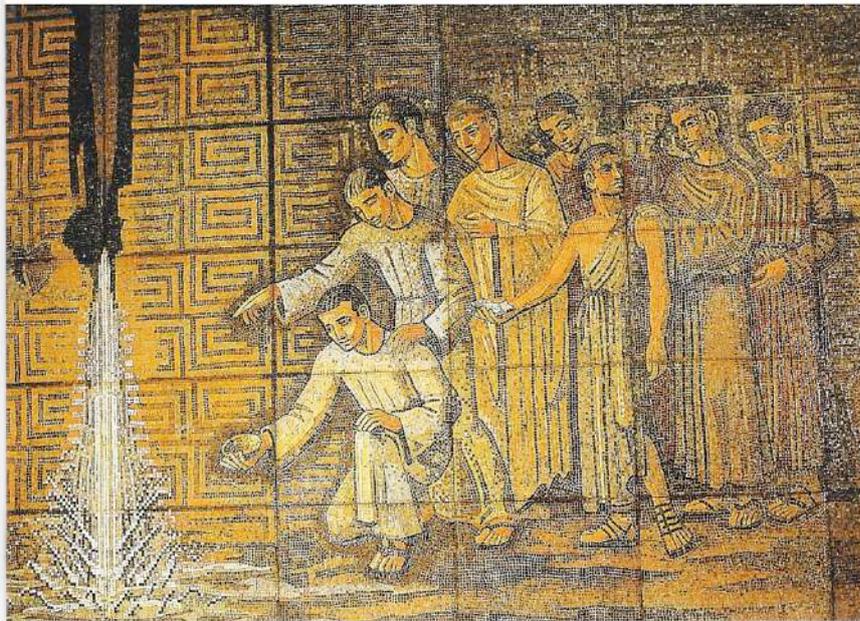
Association française des Historiens des Idées Politiques

Collection d'Histoire des Idées Politiques
dirigée par Michel Ganzin

XXIV

Actes du Colloque international de Dijon
(21-22 mai 2015 – Université de Bourgogne)

PENSÉE POLITIQUE ET FAMILLE



Presses Universitaires
d'Aix-Marseille  puam

FAMILLE ET *PERSONULA*

Par

Jacques BOUINEAU
Professeur à l'Université de la Rochelle

« L'Occident chrétien, nous le savons, a toujours vu dans la sexualité une source d'angoisse morale et un terrain d'affrontement éthique, le point de départ d'un dualisme, qui persiste encore de nos jours, entre l'esprit et la chair, entre l'âme et la chair... »¹.

La famille constitue en effet le lieu de rencontre entre une norme juridique, qui définit des rôles (père, mère, enfant, oncle, tante, etc.) et l'exercice normé d'une sexualité, imposée ou interdite à ces rôles. Afin de cerner ces relations et d'en mener l'analyse, nous qualifions chacun de ces rôles par le terme *personula*². Ainsi, un citoyen (*persona*) possède également une dimension privée (*personula*) qui lui permet d'agir au sein de la famille. Pour compléter la vision d'Hannah Arendt, nous disons qu'il existe bien un espace public dans lequel se meut la *persona* et un espace privé, lieu d'expression de la *personula*. Toutefois, nous n'établissons pas de différence de nature entre les deux, et pour le dire autrement : l'espace privé ne constitue pas dans notre analyse le lieu de l'intime³, mais celui d'un lien de relations normées qui ne dépassent pas le cercle familial, sauf si celui qui en est nanti ne peut se définir autrement⁴.

¹ J. Weeks, *Sexualité*, Lyon, PU, 2014 (trad.), p. 39.

² Ce néologisme, qui est de notre fait, a été forgé sur le terme de *persona* auquel nous réfléchissons depuis notre thèse (1789-1799 : *Les Toges du Pouvoir ou la Révolution de Droit Antique*, Toulouse, Association des Publications de l'Université de Toulouse-le-Mirail et éditions Eché, 1986, XLVII + 556 p.), jusqu'à notre dernier article publié : « La solidarité chez Campanella », in B. Kasparian (dir.), *Les espaces de solidarité. La famille, l'État, l'Europe et le monde*, Rennes, PUR, 2015, p. 97-115. Le suffixe - *ula* étant un diminutif classique en latin.

³ Nous le définirons autre part, grâce aux notions de *personula intima* et d'*egomet*, que nous avons commencé à cerner dans l'article fait en collaboration avec Loïc Charpentier et qui paraîtra bientôt dans la collection « Méditerranées » : « Les ambiguïtés de l'an officiel au XVI^e siècle : l'exemple de la *Sainte Anne* de Léonard de Vinci ».

⁴ Tel serait le cas de l'individu qui ne pourrait pas se définir au monde autrement qu'en tant que père de famille, que femme mariée, etc.

C'est bien dans *persona* et *personula* que s'exprime le dualisme⁵ que Jeffrey Weeks mettait en avant. Dans ces deux niveaux, la sexualité interfère car ils sont tous deux marqués par le phénomène d'autorité, quelque consistance qu'on lui accorde⁶.

Dans les débats contemporains, et notamment ceux qui ont entouré le vote de la loi sur le mariage de personnes du même sexe, singulièrement en raison des modèles issus du communautarisme anglo-saxon, on a tendance à considérer que l'on est entré dans un nouvel état de société, libéré du dualisme et des modèles traditionnels. Est-ce certain ? Est-il même certain que les réseaux sociaux soient des espaces où l'on étale son intimité ? Ne se trouverait-on pas plutôt en présence d'un nouveau comportement codifié, non pas par l'individu lui-même – contrairement à ce qu'il croit souvent –, mais par l'esprit du temps ? Si l'on suit Hannah Arendt⁷, une fois encore, on dira que la modélisation contemporaine au lieu d'être majoritairement verticale, contrairement à ce qu'elle a été pendant longtemps, est devenue une modélisation horizontale. En d'autres termes, au lieu de se conformer à un modèle (religieux, national, mythologique...), les hommes du XXI^e siècle s'inspirent de leurs congénères, ce qui assure au demeurant le triomphe des émissions de télé-réalité ; l'*exemplum* cher aux hommes du Moyen Âge étant devenu un autre, vivant et contemporain.

La présente contribution vise donc à cerner le concept de *personula*. C'est-à-dire à montrer qu'au sein de l'espace familial le comportement de chaque membre est analogue à celui que ces mêmes membres possèdent dans l'espace public. Pour comprendre ce point de départ, il suffit de se souvenir de la manière dont les Grecs anciens percevaient les trois niveaux de l'action humaine : dans la cité, dans la famille, avec soi-même. À chacun de ces niveaux, la philosophie était la même : il s'agissait de faire triompher la raison et de combattre l'*hybris*.

Pour étayer notre réflexion, nous nous sommes entouré d'outils en provenance de l'histoire du droit, de la philosophie, de l'histoire, de l'ethnologie, du droit civil, voire à la marge de la psychanalyse... Notre but est en effet d'expérimenter une théorie dans des champs où d'autres réflexions ont déjà été menées. Il va donc falloir évoquer des débats brûlants d'actualité, comme celui sur le genre⁸, sans tomber dans les

⁵ Seul l'*egomoi* permet de s'en extraire, parce qu'il permet d'appréhender le monde non pas par des critères objectifs et rationnels, mais par la sensibilité doublée de l'empathie, qui met l'être en relation avec son milieu et les autres, de la même manière, pour prendre une image, que la grenouille respire par la peau et non pas par un système pulmonaire. Cette manière de sentir l'autre peut peut-être permettre de quitter le dualisme, car l'être ne se définit plus par un couple corps-esprit, mais par un tout indivisible constitué du corps et de l'esprit.

⁶ Traditionnellement, et pendant longtemps, le pouvoir a, en Occident, été assumé par l'homme, le père, comme le rappelle Pierre Legendre : « En éliminant la Mère par rapport à la descendance du pouvoir assumée es qualités par la linéarité masculine, un système juridique s'engage dans une certaine voie, dont les effets, dans l'ordre de la civilisation du social, sont visibles. L'Occident – bien d'autres civilisations avec lui – aura inévitablement le plus grand mal à déssexualiser la problématique du pouvoir », *L'Inestimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985, p. 150.

⁷ V. *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, « Folio », 2010 (rééd.), p. 253-288.

⁸ « On considère, depuis l'époque moderne, qu'il existe un lien inhérent entre le genre biologique... et les pratiques érotiques 'appropriées' », J. Weeks, *op. cit.*, p. 14.

polémiques politiciennes, ou reprendre des dossiers qui ont ouvert en leur temps des pistes nouvelles⁹ pour y apporter notre contribution¹⁰.

Car comme « il existe dans le monde un éventail très large d'attitudes à l'égard de la sexualité »¹¹, les différents modèles familiaux vont accueillir des comportements très divers, mais qui tous expriment une même réalité : la *personula*. Afin d'organiser notre propos, et pour faciliter la lecture, nous réfléchirons en deux temps : d'abord à partir de modèles familiaux collectifs, dans lesquels la *personula* s'inscrit à l'intérieur d'une fratrie (I), ensuite à l'intérieur de couples familiaux (II), où la *personula* de chacun se définit par rapport au couple qui en constitue la base.

I. FRATRIE

« Nos émotions, nos désirs et nos relations sont liés par un système de causalité riche et complexe à la société dans laquelle nous vivons »¹². La famille élargie, si éloignée des schémas occidentaux contemporains, déroute souvent ces derniers tant par son étendue que par la nature des liens qui s'y tissent. Afin d'approcher prudemment des réalités complexes, nous proposons d'observer, dans un premier temps, la fratrie en Europe et dans un second temps, la fratrie hors d'Europe.

- En Europe

L'histoire européenne est riche de fratries aux noms variés¹³. Nous ne ferons ici allusion qu'à deux types, qui se trouvent à la base des deux grandes cultures européennes : la famille antique, source des cultures de droit civil, et la famille scandinave, expression des cultures du nord de l'Europe.

- Famille antique (oïkos et gens)

En Grèce, le mariage consiste dans le transfert de puissance du père de la fille au mari et la remise de la fille à ce dernier ; ce n'est pas un acte politique, mais privé. Parallèlement, à Rome dans les premiers temps, ce n'est pas un acte juridique, mais une situation de fait. En revanche, à l'époque hellénistique, le mariage devient un acte religieux et civique. On passe ainsi du privé au public. Le même passage a lieu à Rome, où la *lex de adulteriis* transfère à l'autorité publique la connaissance de

⁹ « Gagnon et Simon, tous deux chercheurs en sociologie et en psychologie sociale, ont suggéré que le rôle central de la sexualité avait dû être inventé à un moment de notre histoire, peut-être pour combattre un risque de dépopulation ou pour résister à une culture étrangère expansionniste » ; J. Weeks fait ici référence (*op. cit.*, p. 33), sans citer la page, à J. H. Gagnon et Simon William, *Sexual Conduct : The Social Sources of Human Sexuality*, Londres, Hutchinson, 1973.

¹⁰ À ce titre-là, on peut avancer l'idée que le Décalogue, promulgué avant la conquête de Canaan, met à l'évidence l'accent sur une « normalité sexuelle » nécessaire pour garder la cohésion du groupe, prévenir les conflits et accroître le volume des conquérants – les Hébreux – dans une situation extrêmement périlleuse.

¹¹ J. Weeks, *op. cit.*, p. 38.

¹² S. Cartledge et J. Ryan (dir.), *Sex and Love : New Thoughts on Old Contradictions*, Londres, The Women's Press, 1983, p. 1, cité par J. Weeks, *op. cit.*, p. 35.

¹³ Les frêches paysannes, ou les pangos ou frêrages robiliaires, notamment la *Ganerbschaft* du Saint Empire (v. Jacques Bouineau, *Traité d'histoire européenne des institutions (I^{er}-XV^e siècles)*, Paris, Litec, 2004, p. 538), pour ne pas parler d'expériences ponctuelles, comme la communauté de biens et la polygamie du « Nouveau Royaume de Sion » de Jan Mathys à Münster en 1534.

l'adultère, qui relevait jusqu'alors de la justice privée. Dès l'Antiquité, les normes qui encadrent le mariage passent donc du privé au public, tout comme aujourd'hui le mariage apparaît bien plus comme un élément de droit public que de droit privé¹⁴. La direction de l'*oikos* n'est pas différente du pouvoir qu'on exerce dans la sphère publique¹⁵. Les individus qui s'y trouvent liés participent donc d'un rapport public, privé de sa dimension politique¹⁶; dit autrement, ce sont des *personae* amputées, ou, si l'on préfère, des *personulae*.

Concrètement donc, le père de la famille grecque archaïque dirige une maisonnée¹⁷ dans laquelle se retrouvent à la fois les enfants biologiques, même mariés, les esclaves... ; à ce titre-là, le père est le maître des biens. Homère compare son autorité à celle du roi ; les philosophes grecs tardifs en font l'échelon intermédiaire entre l'individu seul et le citoyen. La direction de l'*oikos* repose sur le charisme du chef, qui commande hommes et biens, et qui est un chef militaire ; il est secondé par sa femme pour l'intendance domestique et par son amant¹⁸ pour les affaires politiques. En cas de décès du père, le fils aîné se substitue à lui dans la direction de la famille. Un mariage monogame officialise cette structure, même si les concubines et les amants sont nombreux. L'*oikos* englobe la maison, les champs et tous les biens où qu'ils soient ; il définit une sphère d'activités et une éthique.

Mais déjà dans le cadre de l'*oikos*, la femme mariée doit être fidèle, ce qui n'est pas imposé à l'homme, « car si la femme appartient bien au mari, le mari n'appartient qu'à lui-même »¹⁹. Le mari exerce un pouvoir au sein de l'*oikos* et c'est donc au nom de la maîtrise de lui-même qu'il doit restreindre ses plaisirs à l'extérieur (la femme, quant à elle, le doit aussi, mais parce qu'elle est sous la puissance de son mari) ; et si le mari est cependant fidèle à son épouse, son pouvoir sur elle est évidemment total.

De son côté, la *gens* remonte aux temps archaïques, qui précèdent la fondation de Rome. Elle se présente comme un agrégat de familles liées par un ancêtre commun mythique. Le *pater* ou *princeps* (c'est-à-dire le chef) jouit de prérogatives judiciaires, militaires, religieuses et économiques. Des clients se placent sous le patronage d'un membre de la *gens* et en deviennent l'obligé et le protégé ; ils doivent des services économiques et militaires et le patron les protège. Ce lien est héréditaire.

Dans les deux cas (*oikos* et *gens*), il n'y a donc pas de différence entre une famille qui serait de droit privé et une structure sociale qui serait de droit public : les individus sont définis par un statut et non pas par une réalité intime²⁰. Les liens ne sont pas d'affection, ils sont politiques.

¹⁴ Cette dimension publique du mariage se rencontre au demeurant de manière très ancienne, par exemple dans le fait qu'en Attique les *oikoi* sont groupés en douze phratries, qui forment elles-mêmes quatre tribus.

¹⁵ M. Foucault, *Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984 (réimpr. 2012), p. 199-200.

¹⁶ Tel était d'ailleurs le sens du mot « privé » dans l'Antiquité.

¹⁷ À la différence du clan, dans lequel les liens se tissent en fonction de la parenté, l'*oikos* se structure autour de familiaux, qui incluent parents et non parents.

¹⁸ Par exemple, Patrocle se trouve dans l'*oikos* d'Achille ; v. W. Clarke, « Achilles and Patroclus in Love », *Hermes*, 106, 1978, p. 381-396.

¹⁹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité II*, op. cit., p. 192.

²⁰ Car, comme l'écrit J. Weeks : « ... l'intime n'est pas nécessairement sexuel et la sexualité n'est pas toujours intime », op. cit., p. 29 ; reprenant un mot de Kenneth Plummer, sans en citer la provenance, il parle, pour le cybersexe contemporain de « *smögåsbord* cybersexuel » – le *smögåsbord* est un buffet suédois mélangeant des nourritures variées et dont le rapprochement, en dehors de la Suède, surprend.

Cependant, sous l'Empire romain, le couple marié devient une réalité sociologique. Chez Pline le Jeune, apparaît nettement la notion d'amour conjugal, au-delà de l'autorité statutaire du mari et du gouvernement de la maison. On passe de la *gens* à une relation duelle²¹. Mais toutefois, au moment du mariage, le mari a environ un âge double de celui de sa femme, et donc un des aspects du mariage est pédagogique²². Au demeurant, Plutarque utilise toutes les caractéristiques de l'amour pédérastique (qui était un rapport politique avant tout) pour l'appliquer à l'amour conjugal²³; et tout naturellement, avec le Digeste²⁴, rien ne change : le mariage est toujours un acte politique, régi par des comportements conventionnels ; comme écrivait Ronsard : « La matière demeure, [mais] la forme se perd ». Quels que soient le modèle et l'organisation juridique qui encadrent les unions, il convient bien de distinguer au sein du groupe familial un comportement normé qui structure la *personula* et un rapport d'un autre type²⁵, qui se structure grâce à une perception, celle qui met en scène l'*egomet*.

- Famille scandinave

Dans le monde viking, l'individu isolé se trouve sans protection ; il est donc indispensable ici d'appartenir à un lignage. Du reste les colons (en Islande, par ex.) continuent à être protégés par leur lignage. Celui-ci est fort étendu, puisque, d'après le *Grágás*, les bénéficiaires des compensations pécuniaires s'étendent jusqu'au second degré²⁶, aux collatéraux jusqu'au sixième degré et à la belle-famille²⁷ immédiate (beau-père, beau-frère, gendre) – y compris illégitime²⁸ – de la victime²⁹. Le mariage est en effet monogame, mais un chef de famille peut entretenir des concubines sous son toit : les droits des enfants ne sont pas les mêmes, et de toute façon c'est le père qui choisit lequel de ses enfants lui succédera.

Le chef de lignage, dont la qualité est généralement héréditaire, commande aux siens, qui incluent ceux de son sang et les enfants élevés dans le cadre du *fóstri*³⁰, ainsi que les esclaves. Cette autorité qu'il exerce porte un nom : il s'agit de la *höfðingsskapr*. Elle englobe à la fois des prérogatives privées à nos yeux (mariage, succession, procès, etc.) et politiques, tout comme cela se rencontrait dans les familles élargies de l'Antiquité méditerranéenne.

Tout comme en Grèce et à Rome, les liens sont politiques et ne doivent rien³¹ à l'affection. Une même *hamingja*³² protège tous les *venzlammn*.

²¹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité III. Le souci de soi*, Paris Gallimard, 1984 (réimpr. 2012), p. 102-110.

²² M. Foucault, *Histoire de la sexualité II*, op. cit., p. 201-202.

²³ M. Foucault, *Histoire de la sexualité III*, op. cit., p. 272.

²⁴ « Tout comme l'obligation que comporte le lien à Dieu : nous devons obéir aux parents et à la patrie » (D.1.1.2.), cité par Pierre Legendre, *L'investimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985, p. 114.

²⁵ Cf. *supra*, n. 3.

²⁶ Générations des grands-parents, des parents et des enfants.

²⁷ Le parent naturel est désigné sous le nom de *frandi*, alors que le parent par alliance se nomme *mágr* ; un mot spécifique (*venzlammn*) recouvrant les uns et les autres ensemble.

²⁸ Le terme *mágr* englobe la parenté légitime, les concubines et les enfants de ces dernières.

²⁹ R. Boyer, *Mœurs et psychologie des anciens Islandais*, Paris, Éditions du Porte-glaive, 1986, p. 95-96.

³⁰ Les *fóstribræðr*.

³¹ Vraiment rien ? Telle est la question que l'on posera *in fine* à propos du mariage contemporain.

³² Terme difficile à traduire : on utilise souvent le mot « chance » ; disons que c'est la fortune qui entoure cette famille.

- Hors d'Europe

Marylène Patou-Mathis³³ a fort bien mis en lumière le regard porté par les Occidentaux sur les autres cultures, que l'on retrouve par exemple chez Malinowski, quand il écrit : « Les sauvages éprouvent cette crainte et cette honte caractéristiques, toutes les fois qu'ils font des choses qu'il ne faut pas ou, qui plus est, lorsqu'ils font des choses qui constituent les attributs intrinsèques de l'autre sexe ou d'une autre classe sociale »³⁴. Oublions le terme de « sauvage » et essayons pareillement de dépasser le stade du pittoresque pour essayer de voir si, dans ces cultures radicalement différentes de la nôtre, on trouve trace de comportements communs à toutes les cultures, avant de s'attarder sur quelques particularismes.

- Universaux ?

Partons du plus général : existe-t-il une « quintessence de la famille », selon le mot de Pierre Legendre³⁵ ? Une quintessence dans laquelle un chef de famille, le père, structure un ensemble qui se définit par rapport à lui et faisant naître un complexe d'Œdipe. Malinowski écrit en effet : « L'institution de la famille individuelle est ainsi basée sur un puissant sentiment de la nécessité du père, entièrement compatible avec une totale ignorance de la connaissance de ses fondements biologiques »³⁶. De fait, le père que rencontre l'ethnologue est un père juridique, mais pas nécessairement biologique. Ce constat pousse certains auteurs vers une nuance en prenant acte du fait que l'expérience de Malinowski « oblige la psychanalyse à relativiser un de ses dogmes, l'universalité du complexe d'Œdipe... Là où les formes de la famille, ses structures, varient suivant les types de société, les formes des complexes devaient, elles aussi, varier... [chez les Trobriandais] seul le père de la mère assure la charge de l'éducation et de la protection des jeunes ». Le matriarcat fait que la mère s'occupe plus des enfants ; l'enfant « idéalise l'oncle maternel, comme nos enfants idéalissent le père »³⁷. D'autres vont encore plus loin. Pour Deleuze et Guattari, par exemple, « il n'y a pas plus d'Œdipe individuel que de fantasme individuel. Œdipe est un moyen d'intégration au groupe, aussi bien sous la forme adaptative de sa propre reproduction qui le fait passer d'une génération à une autre, que dans ses strates névrotiques inadaptées qui bloquent le désir sur des impasses aménagées... ce n'est pas le père qui se projette dans le chef, mais le chef qui s'applique au père... »³⁸.

Le seul universel qu'on peut retenir à ce niveau est minimal : structure juridiquement organisée, la famille connaît une direction, assumée de manière diverse et

³³ Dans son ouvrage *Le sauvage et le préhistorique, miroir de l'homme occidental*, Paris, Odile Jacob, 2012, 403 p.

³⁴ B. Malinowski, *La vie sexuelle des sauvages du nord-ouest de la Mélanésie. Description ethnographique des démarches amoureuses, du mariage et de la vie de famille des indigènes des Îles Trobriand (Nouvelle-Guinée)*, Paris, Payot, 2000 (rééd.), p. 30.

³⁵ Quand Enée quitte Troie, il porte, dit Virgile, son père Anchise sur son dos, son fils Ascagne lui donne la main, sa femme le suit de loin. « La quintessence de la famille est ici présentée avec une grande exactitude : une énigmatique mise à distance de la femme, épouse et mère... trois générations figurées en ligne masculine, l'incarnation de la référence religieuse dans des objets sacrés [que tient Anchise] », P. Legendre, *op. cit.*, p. 148.

³⁶ B. Malinowski, *La paternité dans la psychologie primitive*, Paris, à l'écluse d'aval, 2006 (rééd.), p. 69.

³⁷ J. Duvignaud, *La langue perdue. Essai sur la différence anthropologique*, Paris, PUF, 1973, p. 200-201.

³⁸ G. Deleuze et F. Guattari, *Capitalisme et schizophrénie. L'Anti-Œdipe*, Paris, Les éditions de Minuit, 1972, p. 123.

faisant naître des comportements éminemment différents. En tout cas, le complexe d'Édipe ne saurait être considéré comme un universel.

L'inceste constitue-t-il alors un tabou universel³⁹ ? Le sujet a fait couler beaucoup d'encre et nous ne prétendons pas indiquer une bibliographie qui dépasserait le cadre de ce travail. On sait qu'il est pratiqué en Égypte pharaonique entre pharaon et sa sœur, voire sa fille. Mais, d'après les observations de Malinowski, le tabou de l'inceste entre frère et sœur est total dans les communautés qu'il observe⁴⁰. Par ailleurs, parmi les sourates médinoises, on relève des interdictions au mariage très classiques : celles qui concernent la femme d'une autre religion⁴¹, la femme de son père⁴², et plus généralement de sa famille⁴³, ou les « préservées »⁴⁴. « Aujourd'hui, l'inceste entre père ou beau-père et fille est un des tabous les plus puissants. L'existence de tabous tels que l'inceste nous montre que tous les groupes sociaux éprouvent le besoin de réguler la sexualité ; cependant leurs méthodes pour ce faire sont variables. La définition même des "relations de parenté" est spécifique à chaque culture. C'est qu'en réalité, les liens de parenté ne sont pas des liens de sang naturels, mais des relations sociales entre des groupes... »⁴⁵.

Sauf à considérer les pratiques de l'inceste comme des exceptions qui viennent confirmer une règle universelle, on ne peut pas parler d'universel. Tout au plus peut-on constater que, selon les époques et les cultures, les relations entre les *personulae* doivent obéir à des interdits sanctionnés juridiquement.

Dernier exemple observé : la polygamie. Aujourd'hui, cette pratique fait, chez les Occidentaux, immédiatement penser à l'islam. De fait, la polygamie est, dans l'islam comme ailleurs, soumise à des règles⁴⁶. Mais la polygamie existait chez les Arabes avant l'islam⁴⁷. Elle est permise jusqu'à quatre femmes, mais les juristes

³⁹ « Cet épingle de la sexualité et du dispositif d'alliance et du dispositif de sexualité dans la forme de la famille permet de comprendre... que la sexualité ait pour point privilégié d'éclosion la famille ; que pour cette raison elle naisse "incestueuse"... L'inceste... apparaît comme ce qui est hautement interdit dans la famille pour autant qu'elle joue comme dispositif d'alliance ; mais il est aussi ce qui est continuellement requis pour que la famille soit bien un foyer d'incitation permanente de la sexualité », M. Foucault, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 (réimpr. 2012), p. 143-144.

⁴⁰ B. Malinowski, *La paternité...*, op. cit., p. 63.

⁴¹ « N'épousez les associatrices que lorsqu'elles croiront. Une servante croyante vaut mieux qu'une associatrice, même si elle vous enchanterait... » (*Coran*, II, 221). Nous utilisons la version bilingue arabe-française, éditée par S. A. Aldeeb Abu-Salih, Vevey, éd. de l'Aire, 2008, p. 400.

⁴² « N'épousez pas les femmes que vos pères ont épousées, à l'exception de ce qui fut fait dans le passé. C'est une turpitude, une exécution. Quelle mauvaise voie ! » (*Coran*, IV, 22) ; *ibid.*, p. 453.

⁴³ « Vous sont interdites vos mères, filles, sœurs, tantes paternelles et tantes maternelles, filles d'un frère et filles d'une sœur, mères qui vont ont allaités, sœurs de lait, mères de vos femmes, belles-filles dans vos clôtures issues des femmes dans lesquelles vous êtes entrés – mais si vous n'y êtes pas entrés, nul grief sur vous –, femmes de vos fils qui sont de vos lombes ; de même que deux sœurs ensemble, à l'exception de ce qui fut fait dans le passé. Dieu est pardonneur et très miséricordieux » (*Coran*, IV, 23) ; op. loc. cit.

⁴⁴ En arabe, le terme désigne les « personnes qui sont restées chastes ou qui sont mariées » (S. A. Aldeeb Abu-Salih, *Le Coran*, op. cit., p. 453, n. 6) : « ... les préservées parmi les femmes... » (*Coran*, IV, 24) ; op. loc. cit.

⁴⁵ J. Weeks, op. cit., p. 43.

⁴⁶ « ... Épousez les femmes qui vous plaisent : une deuxième, une troisième et une quatrième. Mais si vous craignez de n'être pas justes, alors une seule... » (*Coran*, IV, 3) – op. cit., p. 450 ; la polygamie est donc autorisée, mais déconseillée : « Vous ne pourrez jamais être justes parmi vos femmes, même si vous y veillez. Ne vous inclinez pas une entière inclination [vers l'une], au point de laisser [l'autre] comme suspendue... » (*Coran*, IV, 129) ; op. cit., p. 465.

⁴⁷ I. Tounalbi-Thalibi, *Introduction historique au droit musulman. De la Révélation Coranique à la formalisation juridique*, Beyrouth, Dar Albouraq, 2013, p. 114.

préfèrent la monogamie⁴⁸. On sait qu'en Occident, les « mariages à la danoise », c'est-à-dire polygames, ont eu cours jusqu'au IX^e siècle. Le harem des rois hébreux était une institution de droit public... Ici encore, les exemples sont innombrables, mais comme dans les deux premiers cas, on ne peut pas parler d'universel et, dans notre civilisation, la polygamie est contraire aux droits de l'Homme.

En revanche, tous ces exemples corroborent l'hypothèse de départ : la place de chacun dans la famille renvoie à une *personna*, un rôle juridiquement défini et absolument divers en fonction des systèmes sociaux et politiques. Le seul universel que l'on peut à la rigueur relever est constitué par le but poursuivi : réguler la sexualité en la soumettant à la norme politique.

- Particularismes

Dans l'entreprise normative qui soumet les membres de la famille, tout part du genre, pour prendre un mot qui fait débat aujourd'hui en Occident. Du sexe biologique, ou pas, on déduit un rôle politique ; ici se trouve la *personna*. Toutefois, pas plus que dans notre première recherche concernant d'éventuels universaux, on ne rencontre de genre univoque. Le plus souvent, la femme est soumise au mari. Cependant, on connaît des cas de matriarcat, voire des unions entre personnes du même sexe. La différence essentielle ne résiderait-elle pas dans l'assimilation ou non du sexe et du Mal ?

Le droit chiite connaît, par exemple, le mariage à durée déterminée⁴⁹, qui existait chez les Arabes avant l'islam sous le nom de *nikâh al-mut'â*⁵⁰. Le monde arabe préislamique connaît aussi le *nikâh al-istibdâl*, par lequel, pour ne pas payer la dot, deux hommes peuvent échanger leurs épouses, le mariage hérité dans lequel le fils aîné du défunt hérite de l'épouse de son père et le *nikâh al-mudâ'ama*, qui est la prostitution temporaire des femmes, mariées ou non, sur les marchés ; de plus, certains chefs de tribus arabes ont le droit de déflorer n'importe quelle mariée et les nomades prêtent leurs femmes aux étrangers⁵¹. En raison de son sexe biologique, la femme apparaît ici soumise à la loi des hommes. Les exemples analogues sont légion, et on ne citera que ce cas rapporté par un voyageur du XVI^e siècle : « Tous [les Indiens de l'île de Malhado] ont l'usage de quitter leurs femmes lorsqu'ils ne s'accordent pas, et ils épousent aussitôt qui ils veulent. Cela a lieu lorsqu'ils n'ont pas d'enfants, mais dans le cas contraire ils ne se séparent jamais »⁵².

Une relative autonomie accordée à la femme est plus rare. On la trouve dans la communauté de Quimichtepec, au milieu des montagnes du Veracruz, où certes l'homme doit pourvoir aux besoins de la famille, mais où le rôle de la femme est essentiel, et où la disposition qu'elle peut faire de son corps étonne. Elle peut aller jusqu'à la rémunération de services sexuels, sur lesquels se mettent d'accord un homme et une femme par ailleurs mariés à un autre conjoint. « *Este comportamiento está socialmente tolerado en la comunidad y existen testimonios de que es 'el*

⁴⁸ B. Dupret, *La charia. Des sources à la pratique, un concept pluriel*, Paris, La Découverte, 2014, p. 89.

⁴⁹ B. Dupret, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁰ I. Toualbi-Thaâlibi, *op. cit.*, p. 51.

⁵¹ *Ibid.*, p. 52.

⁵² Alvar Nuñez Cabeza de Vaca, *Naufrages et relation du voyage fait en Floride. Commentaires de l'adelantado et gouverneur du Rio de la Plata*, introduction, notes et traduction revue par Patrick Menget, Paris, Fayard, 1980, p. 143.

costumbre' por lo menos desde principios del siglo, sin que su ejercicio se marbete como prostitución. » La pratique est soumise à un certain nombre de conditions : la femme doit avoir des enfants à aider, elle doit être dans un état de nécessité⁵⁵, il ne doit pas s'agir de n'importe quel homme, la femme doit trouver d'autres financements par ailleurs pour ses enfants, si la « ayuda » (c'est le terme officiel) ne suffit pas une fois, la femme peut recourir à un autre homme, autant qu'elle le pense nécessaire. Abnégation maternelle et sacrifice féminin sont les causes qui ouvrent la voie à l'« ayuda ». Mais ce ne sont pas les seules : « *dado que el placer erótico es también una 'necesidad que pide el cuerpo', indispensable para la estabilidad emocional de cualquier sujeto, sea hombre o mujer, según su temperamento individual, la búsqueda de satisfacción en este terreno está, asimismo, plenamente justificada* ». Par conséquent, si un mari ne peut pas apporter le nécessaire au foyer (par manque de rentrées ou parce qu'il « aide » d'autres femmes), sa femme est légitime à se faire « aider » par un autre homme. Mais évidemment, l'homme qui ne peut pas remplir ses devoirs est diminué socialement, il ne faut donc pas qu'il soit officiellement au courant des « aides » recherchées par sa femme. S'il le sait, c'est un « cachetón », ce qui est infamant pour lui et pour sa femme. Et si un mari ne contente pas sexuellement sa femme, elle est fondée à prendre un amant. En principe, les femmes préfèrent les hommes mûrs, qui ont de l'expérience et qui vont leur procurer du plaisir. Si un enfant naît de l'amant, le mari doit le reconnaître. La différence entre l'« ayuda » et la prostitution vient du fait qu'on ne peut pas demander n'importe quel service sexuel à celle qui demande l'aide. La prostituée peut faire « *el amore canino* » et le coït anal, mais pas celle qui demande la « ayuda »⁵⁴.

De son côté, Malinowski cite le cas d'une femme qui quitte son mari, au moment où il perd sa situation d'interprète auprès du résident : « aux Îles Trobriand aussi bien qu'ailleurs, le pouvoir exerce sur le sexe faible une grande attraction »⁵⁵. Nous laissons à Malinowski la responsabilité de son « sexe faible » qui semble ici bien déplacé, mais constatons donc des situations où les femmes peuvent dissoudre le lien qui les a unies à leur mari. Le cas n'est évidemment pas unique.

Plus encore, dans la relation de Hernando de Ribera (3 mars 1545), lorsqu'il précise qu'après le pays des Xarayes (qui est au Brésil), à trois jours de marche se trouvent les Urtues, il note « qu'à dix journées de là, dans la direction du nord-ouest, il existait des femmes qui possédaient de grands villages, qu'elles avaient une quantité considérable de métal blanc et jaune, que leurs sièges et leurs ustensiles de ménage étaient tous de ce dernier métal. Leur chef est une femme de la même nation ; elles sont guerrières et redoutées des Indiens... À certaine époque de l'année elles se réunissent aux Indiens, leurs voisins, et cohabitent avec eux ; si les enfants qui résultent de ces rapports sont des filles, elles les gardent avec elles ; elles nourrissent les garçons jusqu'à ce qu'ils cessent de têter ; puis elles les renvoient à leurs pères »⁵⁶. Matriarcat, donc, comme l'histoire en a enregistré plusieurs.

⁵³ Manque d'argent pour commencer l'année scolaire, manque de nourriture quotidienne, maladie onéreuse d'un enfant.

⁵⁴ Rosío Córdova Plaza, « De por qué los hombres soportan los « cuernos » : género y moral sexual en familias campesinas », in David Robichaux (compilador), *El Matrimonio en Mesoamérica ayer y hoy. Unas miradas antropológicas*, Mexico, Universidad Iberoamericana, 2003, p. 293-304.

⁵⁵ B. Malinowski, *La vie sexuelle...*, op. cit., p. 113.

⁵⁶ A. Nuñez Cabeza de Vaca, op. cit., p. 372-374.

Dans tous ces cas, le plus fréquemment l'homme dirige et la femme obéit ; parfois on rencontre l'inverse. Plus rares sont les cas d'unions entre personnes du même sexe.

Les plus connus des changements de rôles sont les berdaches, dont le nom vient du français qui a adapté l'arabe *bardaj* ou *barah* qui signifiait « prostitué mâle », et qui a été utilisé au XVIII^e siècle par les voyageurs français pour désigner les passifs dans les relations entre hommes. Puis, simplement ceux qui, appartenant à un sexe biologique, jouent le rôle social de l'autre sexe. Aujourd'hui, on parle de « *gender mixing* »⁵⁷. Le terme de berdache ne peut cependant pas être utilisé pour les femmes qui adoptent un rôle d'homme⁵⁸.

En règle générale les *women-men* (hommes-femmes) recherchent un partenaire mâle et les *men-women* (femmes-hommes) un partenaire femelle ; ce n'est pas de l'homosexualité, mais une complémentarité fonctionnelle⁵⁹. On est ici très proche de la sexualité antique ; ce qui compte en tout cas, c'est qu'il y ait une différence marquée, quelle qu'elle soit. Ce qui s'oppose bien, à notre avis, à l'*egomet*, où la question de la complémentarité fonctionnelle n'a pas lieu d'être – seule compte la complémentarité empathique. Cependant, chez les Paiute, Shoshoni et Ute, certains hommes-femmes vivent avec des hommes, d'autres avec des femmes, d'autres enfin restent seuls. Les femmes-hommes ont rarement des relations stables, pourtant certaines vivent avec un homme, et l'une vit avec deux, mais jamais elles ne vivent avec une femme⁶⁰. Les femmes-hommes ne peuvent pas être assimilées à des homosexuelles ; et d'ailleurs les berdaches non plus⁶¹. Ceci dit, dans d'autres tribus, on a bien des femmes-hommes qui vivent avec des femmes de manière durable⁶². En tout cas, quand ces unions d'hommes-femmes avec des hommes et de femmes-hommes avec des femmes se nouent durablement, ce sont des mariages, acceptés en tant que tels par la communauté⁶³. Souvent les mariages sont polygames et le *shupan* est alors une femme parmi d'autres⁶⁴, mais dans de très nombreuses tribus sont attestés des mariages entre un homme et un homme-femme⁶⁵.

En revanche si des relations entre deux hommes, deux femmes, deux hommes-femmes ou deux femmes-hommes existent, et sont parfois tolérées, elles ne donnent en général pas lieu à des formes d'union institutionnelles⁶⁶, ou alors lorsque c'est le cas comme chez les Nuer chacune des deux femmes possède un rôle. Cette précision est fondamentale pour comprendre l'ensemble : dans tous les cas de figures, nous sommes bien en présence d'unions de fonctions, dans lesquelles les protagonistes sont des *personnae*, quel que soit par ailleurs leur sexe biologique.

⁵⁷ S. Lang, *Men as women, women as men: Changing gender in Native American cultures*, Austin, University of Texas Press, 1998, p. 6-7.

⁵⁸ L'auteur dit que, pour ne pas commettre avec l'étymologie du mot berdache et pour ne pas retenir celui d'amazone pour les femmes, elle se contentera de parler de « *women-men* » et de « *men-women* » et qu'elle utilisera aussi les mots indiens - S. Lang, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁹ S. Lang, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰ Toutefois, « Chez les Nuer [population d'Afrique de l'Est de la haute vallée du Nil], les femmes d'un certain âge peuvent "épouser" des femmes plus jeunes », J. Weeks, *op. cit.*, p. 40.

⁶¹ S. Lang, *op. cit.*, p. 185 - En fait, les Indiens ne font pas la différence homo-hétérosexuel (S. Lang, *op. cit.*, p. 349).

⁶² *Ibid. loc.*, p. 186.

⁶³ *Ibid. loc.*, p. 188.

⁶⁴ *Ibid. loc.*, p. 198.

⁶⁵ *Ibid. loc.*, p. 200.

⁶⁶ *Ibid. loc.*, p. 211.

Ceci dit, tous les styles de vie existent pour les hommes-femmes : depuis la vie solitaire, jusqu'à la vie en couple avec enfants adoptifs, ou la vie à demeure dans leur famille de naissance, quand ils ne trouvent pas de partenaire⁶⁷. Quant aux femmes-hommes, elles sont en définitive assez rares⁶⁸. De plus, si les hommes-femmes sont souvent considérés comme supérieurs aux femmes, ils ne sont jamais considérés comme supérieurs aux hommes ; les femmes-hommes, quant à elles, n'ont jamais été considérées comme supérieures aux hommes et même pas comme d'excellents quasi-hommes⁶⁹.

Le rejet du « mariage pour tous » (une fois que l'on a mis de côté son aspect politicien) qui a pris tant d'ampleur en France au moment de la préparation de la loi qui allait l'autoriser, vient donc d'une condamnation du corps en tant qu'objet de plaisir et de la soumission de chacun à un ordre politique en vérité dénué de toute sexualité, hormis fonctionnelle, c'est-à-dire reproductrice à la base. Dans la civilisation chrétienne (et si l'on s'abstient de toute référence vétérotestamentaire), l'identification du sexe au Mal remonte aux premiers temps du christianisme⁷⁰. De plus, depuis le Concile de Trente, il faut se confesser et tout dire : la chair devient la racine de tous les péchés⁷¹.

Si l'on veut bien y réfléchir, dans tous les cas que nous venons de rencontrer : *persona* et *personula* sont confondues ; *l'egomet* n'est pas concerné. C'est-à-dire qu'on parle moins du sexe que du genre et moins d'êtres humains que de fonctions sociales.

II. COUPLE

« La famille bourgeoise du XIX^e est bien monogamique, mais d'apparence ; en fait c'est un groupe (avec les domestiques, les enfants...) dans lequel chacun joue son rôle »⁷². On peut faire remonter cette famille bourgeoise monogamique au moment où, d'un côté, se structure l'État (qui renforce le rôle de *persona* joué par chacun) et, de l'autre, se développe la famille centrée sur le couple (qui renforce le rôle de *personula* joué par chacun) ; cela a lieu au XVII^e, au moment où, dans le sillage du Concile de Trente, serait né le silence autour du sexe, que Foucault dénonce par son expression d'« explosion discursive »⁷³ : certes, il y a des endroits ou des personnes entre lesquelles on ne parle pas du sexe (parents/enfants) ; mais partout ailleurs le

⁶⁷ *Ibid. loc.*, p. 213-214.

⁶⁸ *Ibid. loc.*, p. 346.

⁶⁹ *Ibid. loc.*, p. 352.

⁷⁰ « Le premier grand texte chrétien consacré à la pratique sexuelle dans la vie de mariage – c'est le chapitre X du livre II du *Pédagogue* de Clément d'Alexandrie – prend appui sur un certain nombre de pratiques scripturaires, mais également sur un ensemble de principes et de préceptes directement empruntés à la philosophie païenne. On y voit déjà une certaine association de l'activité sexuelle et du mal, la règle d'une monogamie procréatrice, la condamnation des rapports de même sexe, l'exaltation de la continence », M. Foucault, *Histoire de la sexualité II, op. cit.*, p. 23.

⁷¹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité I, op. cit.*, p. 25-28. On peut rajouter que la confession obligatoire remonte même au IV^e Concile de Latran (1215).

⁷² *Ibid. loc.*, p. 63.

⁷³ *Ibid. loc.*, p. 25.

discours prolifère⁷⁴. Au siècle suivant, la rencontre entre cette évolution et le silence qui s'est fait autour du sexe assure le triomphe de la notion de genre⁷⁵.

Pour ne pas être trop long, nous nous tiendrons à quelques exemples, empruntés aux deux périodes chronologiques dans lesquelles se développe la famille fondée sur le couple : du Concile de Trente au Code civil, dans un premier temps et durant la période contemporaine, dans un second temps.

- Du Concile de Trente au Code civil

À l'époque moderne, « en sus d'être une question morale, la sexualité est ainsi devenue une question sociale et politique »⁷⁶. Le couple est à coup sûr une institution publique, dans laquelle les protagonistes sont appelés à jouer le rôle de *personna* que leur assigne leur fonction. Nous ne retiendrons ici que la France car c'est elle qui assure le plus grand triomphe de l'absolutisme, dans un premier temps, puis de la mise en forme de la norme grâce au Code civil, dans un second temps.

- Ancien Régime

« Lentement mais sûrement le mariage passe du contrôle de l'Église à celui de l'État »⁷⁷ en France sous l'Ancien Régime. Les juristes du roi attaquent sur la distinction entre contrat et sacrement. Les humanistes (avec Erasme) et les réformés (Luther et Calvin) attaquent la doctrine canonique du mariage : pour eux le mariage n'est pas un sacrement, mais une institution humaine, qui peut donc être dissoute.

En riposte, le Concile de Trente réaffirme le caractère sacramentel du mariage et son caractère public : le mariage doit être conclu en présence du curé de la paroisse d'un des deux époux et devant deux ou trois témoins. Le mariage n'est plus un simple consentement entre époux. Les Français voulaient de plus un consentement obligatoire des parents, ce que refusent les pères conciliaires. Mais la réception officielle des décrets du Concile n'eut jamais lieu en France.

Ici, l'édit de 1556 exige le consentement des parents jusqu'à 30 ans pour les garçons et 25 ans pour les filles, sous peine de condamnation pour rapt (sanctionné par la peine de mort). L'ordonnance de Blois (1579) va plus loin : elle impose quatre témoins et la tenue de registres de mariage. Mais une fois le calme revenu, les peines sont bien moins violentes : la nullité devient la sanction commune pendant tout l'Ancien Régime.

Par l'édit de 1606 les tribunaux ecclésiastiques sont contraints d'appliquer la législation royale, sous menace d'appel comme d'abus.

Le schéma royal (obéissance des sujets au souverain) est désormais appliqué aux familles (soumission aux parents, en fait au père, qui en vient à commander ses enfants et sa femme) : l'adultère de la femme est désormais bien plus réprimé que par le passé, et la séparation ne peut plus être tolérée, car elle ébranlerait tout l'ordre

⁷⁴ *Ibid. loc.*, p. 26.

⁷⁵ Qui entraîne celle de normalité sexuelle définie « de plus en plus en termes de relations avec le sexe opposé... On passa de l'idée ancienne selon laquelle hommes et femmes constituaient un seul sexe, le corps de la femme n'étant que la forme inversée de celui de l'homme, à celle de deux genres opposés ou complémentaires, qui est caractéristique de la modernité », J. Weeks, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁶ *Ibid. loc.*, p. 60.

⁷⁷ A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 167.

social ; l'État commande à l'Église, mais impose le sacrement de mariage. Ce qui réduit les protestants au concubinage et prépare la sécularisation du mariage. Les concubinages, sur lesquels tout le monde fermait les yeux au Moyen Âge et surtout l'Église, ne sont plus possibles.

Quant au droit de la filiation, il passe lui aussi sous le contrôle de l'État ; enfants naturels ou légitimes relèvent désormais des tribunaux royaux. Or la morale de l'État (sous l'influence du jansénisme) devient de plus en plus rigoriste.

La présomption de paternité s'affirme jusqu'aux « limites de la vraisemblance »⁷⁸. Les légitimations par mariage subséquent ne sont possibles, d'après Pothier, que si les parents étaient en état de contracter mariage au moment de la conception de l'enfant ; les lettres de légitimation d'enfants adultérins deviennent rares au XVIII^e siècle.

Toujours dans la lignée de la déclaration de 1639, la « naturelle révérence » des enfants envers les parents devient le modèle de la déférence envers le souverain. Ce renforcement de l'autorité paternelle s'accompagne du droit de correction⁷⁹.

L'école du droit de la nature et du droit des gens plonge ses racines dans la seconde scolastique et y trouve le thème de l'état de nature et du contrat social. Mais le testament relève aux yeux de tous du droit civil et non du droit naturel : l'obligation de nourrir les enfants est de droit naturel, mais celle d'hériter est de droit civil⁸⁰.

Quant aux enfants naturels, ils sont de plus en plus difficiles à accepter, de même que la sexualité des filles – « De "victime" la mère naturelle se sera à la fin du XVIII^e transformée en "coupable" »⁸¹ – et même que la sexualité en général⁸².

À l'évidence, ici aussi, *persona* et *personae* sont confondues, l'*egomet* n'est pas concerné.

- Code civil

Le Code civil est le code des étroites raisons, dans lequel il est surtout question des rapports patrimoniaux entre époux. Par ailleurs, si l'on considère les dispositions du Titre V (*Du mariage*), telles qu'elles figurent dans l'édition de 1804⁸³, on a une image du rôle de chacun qui mérite que l'on s'y arrête.

L'art. 212⁸⁴ fait du mariage une institution protectrice des deux contractants et l'art. 225⁸⁵ isole une institution particulière au sein l'État : la famille. Plusieurs articles présentent clairement l'homme et la femme comme des *personae*. L'art. 213⁸⁶

⁷⁸ *Ibid. loc.*, p. 302.

⁷⁹ « En tout cas le rapport Raison-Déraison constitue pour la culture occidentale une des dimensions de son originalité... 1657 [sic, en fait c'est 1656], la création de l'Hôpital général, et le "grand renfermement" des pauvres ; 1794, libération des enchaînés de Bicêtre », M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, [Plon, 1961, éd. princeps], 10/18, 1964, p. 10.

⁸⁰ Furgole est un des juristes méridionaux à trouver à la fin de l'Ancien Régime un fondement naturel au testament.

⁸¹ A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 315.

⁸² Au XVIII^e, le sexe devient une affaire de police... Le sexe doit être efficace : il faut qu'il procréé. Le silence sur le sexe, et notamment celui des enfants est aussi un discours, comme le remarque M. Foucault, *Histoire de la sexualité I. op. cit.*, p. 35-38.

⁸³ <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f55.image> (consulté le 2 VII 14).

⁸⁴ « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

⁸⁵ « La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers ».

⁸⁶ « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ».

énonce les rôles : l'homme protège, la femme sert. La femme est en effet soumise aux choix de son époux⁸⁷, qui est en fait évidemment celui du père de famille⁸⁸, elle ne dispose pas de la capacité juridique⁸⁹, les dispositions de l'art. 216⁹⁰ ne contredisent en rien cette philosophie et celles des articles 223⁹¹, 226⁹², 229⁹³ ou 230⁹⁴ la renforcent.

Nantie de cette *personula*, la femme jouit d'une *persona* différente de celle de l'homme, comme cela ressort à la lecture des articles 191⁹⁵, 220⁹⁶, 308⁹⁷ et 309⁹⁸.

Seul le juge, *persona* coiffant les *personulae*, peut modifier le cours des choses comme cela ressort à la lecture des articles 218⁹⁹, 219¹⁰⁰, 221¹⁰¹, 222¹⁰², 224¹⁰³.

Aucune de ces dispositions ne vise la personnalité sensible des époux. Même l'obligation d'amour, qui avait été exigée dans certains discours révolutionnaires, a disparu du Code civil. Le Code civil de 1804 met en scène des rôles préfabriqués destinés à servir une petite institution (la famille), qui s'emboîte à son tour dans une plus grande (l'État). Le statut d'époux est donc un statut de droit public, qui assigne

⁸⁷ Art. 214 : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ».

⁸⁸ Art. 148 : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ».

⁸⁹ Art. 215 : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens » ; art. 217 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ».

⁹⁰ « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police ».

⁹¹ « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ».

⁹² « La femme ne peut tester sans l'autorisation de son mari ».

⁹³ « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme ».

⁹⁴ « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ».

⁹⁵ « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public ».

⁹⁶ « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé ».

⁹⁷ « La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années ».

⁹⁸ « Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme ».

⁹⁹ « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation ».

¹⁰⁰ « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en chambre du conseil ».

¹⁰¹ « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation, sans que le mari ait été entendu ou appelé ».

¹⁰² « Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter ».

¹⁰³ « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter ».

aux êtres une règle de conduite, y compris dans les rapports privés. Nous sommes en présence de *personulae*, l'*egomet* n'est pas concerné.

- Période contemporaine

Avec le triomphe de la bourgeoisie, qui suit la Révolution française et ses conséquences immédiates, le couple est devenu une institution publique à forte charge symbolique de morale sexuelle : les individus sont spontanément envisagés comme formant un couple et ceux qui dérogent à la pratique sont suspectés, voire stigmatisés. L'époque est devenue normative¹⁰⁴. « L'internement représente, sous forme de modèle autoritaire, le mythe d'un bonheur social : une police dont l'ordre serait entièrement transparent aux principes de la religion... La maison d'internement à l'âge classique figure le symbole le plus dense de cette "police" qui se concevait elle-même comme l'équivalent civil de la religion pour l'édification d'une cité parfaite »¹⁰⁵. Le sexe est devenu le symbole de l'*hybris*¹⁰⁶ ; le couple est donc entièrement dominé par la morale sexuelle, les « étrointes raisonnables » du Code civil. La famille constitue donc toujours une valeur morale, non plus politique mais philosophique.

Dans un premier temps, disons de 1804 à 1968, le corps est tabou. Le rapport que l'on entretient avec son corps est donc de nature politique. Foucault poursuit le raisonnement suivant : il se demande s'il ne faut pas attribuer l'ascétisme bourgeois à la Réforme, à l'éthique du travail et à l'essor du capitalisme. Mais il pense que ce n'est ni de l'asservissement des pauvres, ni même de l'ascétisme en vérité, car il y a une « maximisation » du corps, par valorisation de la descendance et glorification de sa domination. La bourgeoisie ne veut pas amputer son corps d'un sexe inutile, mais soigner son corps et l'isoler pour préserver sa domination. C'est la naissance d'un « corps de classe », et il fait le rapprochement avec le sang bleu de la noblesse. « Le 'sang' de la bourgeoisie, ce fut son sexe. » Un corps vigoureux et une sexualité saine assurent la domination sociale¹⁰⁷.

Dès lors, « nous envisageons le monde en fonction de notre conception de la sexualité masculine... [et à travers le] statut privilégié accordé à l'hétérosexualité... le XIX^e siècle n'eut de cesse d'informer les populations que, chez les femmes respectables, la sexualité n'existait tout simplement pas »¹⁰⁸.

Si le genre a triomphé d'abord¹⁰⁹, il se superpose dès lors à la *persona* et à la *personula*. Jusqu'en 1968, le corps est tabou ; après 1968, on ne voit que lui. Tel est un peu le sentiment que l'on éprouve. Ce clivage serait simpliste. En fait, la période contemporaine s'inscrit dans une vision très politique de la famille, comme cela a toujours été, sans que l'*egomet* ne soit pour autant concerné¹¹⁰. Pour préciser ce que

¹⁰⁴ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2015 [1975], 362 p.

¹⁰⁵ M. Foucault, *Histoire de la folie*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁶ *Ibid. loc. cit.*, p. 218, où Foucault rappelle que pour Spurzheim (qui écrit en 1817), le libertinage prédispose à la folie.

¹⁰⁷ M. Foucault, *Histoire de la sexualité I*, op. cit., p. 162-165.

¹⁰⁸ J. Weeks, op. cit., p. 68-69.

¹⁰⁹ Rousseau représente ce moment où le basculement s'est opéré.

¹¹⁰ Là où on pourrait plus aisément le découvrir se trouve dans les « expériences de vie » auxquelles fait allusion J. Weeks, op. cit., p. 173, lorsqu'il écrit : « Les sociologues qui ont pris la mesure de l'importance du phénomène et des profondes modifications qu'il entraîne, emploient le terme de *relationalité* plutôt que celui de *famille*, indiquant par là que l'on ne peut plus (si tant est que l'on ait jamais pu) réduire le besoin

nous avançons, nous allons prendre deux exemples : le premier dans l'Espagne du XX^e siècle, le second en France au XXI^e siècle.

- République et famille en Espagne

Aux yeux d'une partie de la doctrine espagnole, les modifications intervenues dans la législation civile entre 1931¹¹¹ et 1981¹¹² trouvent leur fondement dans l'art. 42 du Code civil de 1889 introduisant un mariage civil¹¹³. Mais l'ébranlement de l'édifice est venu de l'art. 41¹¹⁴ de la Constitution de 1931. Violentement attaqué notamment par un prêtre (Guallar¹¹⁵) et par un laïc (Juarros¹¹⁶), le divorce est cependant adopté par la loi du 28 juin 1932, tandis que celle du 25 mai avait déjà supprimé la distinction entre enfants légitimes et illégitimes.

Ces questions sont donc d'ordre évidemment politique, mais la dimension de *persona* traditionnelle au sein de la famille n'est pas remise en cause. Il en va de même lorsque, après la chute du franquisme, le *Partido del Trabajo de España* – qui est le plus à gauche, mais marxiste – veut la disparition de la famille, l'émancipation de la femme et son égalité absolue avec l'homme, mais ne dit rien par exemple sur l'homosexualité. De manière générale, à l'époque, les arguments qui sont échangés lors de la réintroduction du divorce¹¹⁷ sont très classiques. Les adversaires avancent qu'il est « incompatible con nuestras tradiciones, incompatible con nuestro Derecho »¹¹⁸ (López Rodó) ; les partisans que « la Constitución a nadie va a imponer divorciarse ; que la Constitución no puede entrar ni entra en el ámbito del ordenamiento jurídico propio de la Iglesia, porque son esferas distintas »¹¹⁹ (Arregui) ; Xirinacs ajoute : « sería integristo obligar a todos los ciudadanos a seguir las reglas morales de un grupo religioso determinado »¹²⁰. Au moment du débat parlementaire, le ministre de la Justice, Fernández Ordóñez, oppose famille patriarcale et famille nucléaire, et il décrit la première comme une institution

de relations d'affection partagée, sous diverses formes, à une institution si clairement délimitée ». Mais nous ne sommes plus dans le cadre de la famille et nous sortons donc de notre champ d'analyse.

¹¹¹ Proclamation de la Deuxième République.

¹¹² Echech du putsch militaire de Tejero.

¹¹³ « Innovación revolucionaria », selon E. A. Gallego García, *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981). Crónica breve de una mutación polémica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 33.

¹¹⁴ « La familia está bajo la salvaguardia del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados, respecto a sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes.

Los hijos habidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos y deberes que los habidos dentro de él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

El Estado se obliga a proteger y asistir a la infancia y a la maternidad. », cité par E. A. Gallego García, *Ibid. loc. cit.*, p. 41-42.

¹¹⁵ Qui prétend que le divorce « ... abre las puertas al amor libre, que es ya la disolución de la sociedad. », *Ibid.*, p. 49.

¹¹⁶ Qui voit quatre conséquences au divorce : « Los suicidios, la criminalidad general, la criminalidad de los cónyuges y la criminalidad de los menores delincuentes. », *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁷ Qui sera effectivement réintroduit par la loi du 7 juillet 1981.

¹¹⁸ A. Gallego García, *Ibid. loc. cit.*, p. 121.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 128.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 129.

politique, la seconde comme une réalité humaine¹²¹. Est-ce si sûr ? Si on adopte une vision purement politique, cela ne fait pas de doute, on passe bien d'une réalité de droit public à une réalité de droit privé ; mais passe-t-on pour autant à une réalité de droits humains ? Nous retrouvons ici la nature de l'homme et du citoyen, telle que définie par la Révolution française¹²², à laquelle le ministre fait bien sûr allusion dans son discours¹²³.

La victoire du *Partido Socialista Obrero Español* du 14 mars 2004 met à l'actualité la possibilité d'un mariage homosexuel. La doctrine espagnole traditionnelle note qu'il va donc encore plus loin que le Code civil soviétique de 1926 qui n'envisageait que les mariages entre un homme et une femme et pose les questions traditionnelles¹²⁴, tout en prophétisant la disparition de la famille. On retrouve là un discours très classique, qui ne peut manquer de rappeler certaines analyses de Foucault sur la folie¹²⁵.

En Espagne, la question du mariage gay est l'aboutissement de toutes les modifications du droit de la famille depuis la Constitution de 1978 : droits de la personne et égalité de tous devant la loi, et réaction contre les persécutions franquistes

¹²¹ « La familia que está en crisis, mejor aún, la familia que ha deneado ya, es la familia entendida como un clan troncal mantenido al margen del amor de los cónyuges, instalada sobre la autoridad del patriarca, con desconsideración del papel de la mujer y de los hijos, donde se discrimina a los hijos por razón de su origen y donde los fines más altos de la persona humana están subordinados a un quimérico fin familiar. Por el contrario, la familia nuclear unida no por la fuerza de la ley y de las cosas, sino por el amor y el afecto, la familia basada en el respeto y la dignidad de sus miembros, la familia basada en la corresponsabilidad y en la no discriminación, esa familia es la que se apoya en estos proyectos », *Ibid. loc.*, p. 161.

¹²² V. notre article : « De quel homme parlent les droits de l'homme ? », in *Europe-Maroc : la migration africaine et les enjeux des droits de l'Homme*, colloque organisé les 21 et 22 mai 2014 à Rabat par l'Institut méditerranéen des droits de l'Homme et du droit humanitaire, à paraître en ligne sur le site http://historietius.yolasite.com/resources/BOUINEAU_8.pdf

¹²³ « La vitalización de la idea de persona, la revolución ideológica producida desde finales del siglo XIX, tenía que imponer en el Derecho el reconocimiento de la personalidad de la mujer y de los hijos... la radical igualdad de los hombres habla de traer con el tiempo, con retrocesos, incluso, primero, la igualdad política, que tiene su consagración en la revolución francesa, hoy la igualdad jurídico-civil », E. A. Gallego García, *op. loc. cit.*

¹²⁴ « ¿ Será necesario recordar que no se conoce históricamente cultura alguna, por muy tolerante que fuera con las prácticas homosexuales, que haya instituido un matrimonio que no fuese entre hombre y mujer ? ¿ Qué tiene que ver el matrimonio, *matris munus* (oficio de la madre), con esa unión de hombres y de mujeres entre sí ? », *Ibid.*, p. 246.

¹²⁵ « Depuis la création de l'Hôpital général, depuis l'ouverture, en Allemagne et en Angleterre, des premières maisons de correction, et jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, l'âge classique enferme. Il enferme les débauchés, les pères dissipateurs, les fils prodiges, les blasphémateurs, les hommes qui "cherchent à se défaire", les libertins. Et dessine à travers tant de rapprochements et ces étranges compléments, le profil de son expérience propre de la déraison », M. Foucault, *Histoire de la folie, op. cit.*, p. 82.

dont ont été victimes les homosexuels¹²⁶. Il s'agit donc d'une lutte politique¹²⁷, qui plonge ses racines bien avant le franquisme¹²⁸.

Aux yeux de M. Zapatero, auteur de la loi sur le mariage gay en Espagne, la modification de la législation n'est que l'aboutissement des principes de liberté et d'égalité¹²⁹.

Les récentes évolutions du droit familial espagnol ne font évidemment pas l'unanimité de la doctrine. Un ouvrage comme celui de Carmen Peña García¹³⁰ consacre encore un chapitre II de la partie I (*Introducción al fenómeno homosexual*) à ce sujet : « *Cuestiones fundamentales sobre la condición homosexual* », avec pour I « *Origen de la condición homosexual* » (avec des théories biologiques, psychologiques, socio-anthropologiques et des « *conclusiones sobre la etología de la homosexualidad* »).

Si l'on suit Foucault, l'opposition violente de ces deux discours s'explique aisément¹³¹. Elle se retrouve d'ailleurs dans tous les pays. En Angleterre, par exemple, Lynn Wardle écrit ceci : « *The union of two persons of different genders creates a union of unique potential strengths and inimitable potential value to society. It is the integration of the universe of gender differences – profound and subtle, biological and cultural, psychological and genetic – associated with sexual identity that constitutes the core and essence of marriage. Just as men and women are different, so a union of two women is not the same as the union of a man and a woman* »¹³². Alors que pour Nicholas Bamforth : « *Love, mutual commitment and long-term emotional, physical and moral support are among the most important ingredients of*

¹²⁶ D. Paternotte, *Revendiquer le mariage gay : Belgique, France, Espagne*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 36.

¹²⁷ M. Foucault, *Histoire de la folie*, op. cit., p. 83. Pour lui, l'identification des sexualités périphériques qualifie les êtres. L'homosexuel devient un « personnage », sa sexualité « lui est consubstantielle, moins comme un péché d'habitude que comme une nature singulière... Il ne faut pas oublier que la catégorie psychologique, psychiatrique, médicale de l'homosexualité s'est constituée du jour où on l'a caractérisée – le fameux article de Westphal en 1870, sur les 'sensations sexuelles contraires' peut valoir comme date de naissance – moins par un type de relations sexuelles que par une certaine qualité de la sensibilité sexuelle, une certaine manière d'intervenir en soi-même le masculin et le féminin. L'homosexualité est apparue comme une des figures de la sexualité lorsqu'elle a été rabattue de la pratique de la sodomie sur une sorte d'androgynie intérieure, un hermaphrodisme de l'âme. Le sodomite était un relaps, l'homosexuel est maintenant une espèce ». *Idem*, *Histoire de la sexualité I*, op. cit., p. 58-59.

¹²⁸ « La cellule familiale, telle qu'elle a été valorisée au cours du XVIII^e siècle, a permis que sur ses deux dimensions principales – l'axe mari-femme et l'axe parents-enfant – se développent les éléments principaux du dispositif de sexualité (le corps féminin, la précocité infantile, la régulation des naissances et, dans une moindre mesure sans doute, la spécification des pervers)... La famille est l'échangeur de la sexualité et de l'alliance ; elle transporte la loi et la dimension du juridique dans le dispositif de sexualité ; et elle transporte l'économie du plaisir et l'intensité des sensations dans le régime de l'alliance. Cet épinglage du dispositif d'alliance et du dispositif de sexualité dans la forme de la famille permet de comprendre un certain nombre de faits : que la famille soit devenue depuis le XVIII^e siècle un lieu obligatoire d'affects, de sentiments, d'amour... ». *Ibid. loc. cit.*, p. 142-143.

¹²⁹ « Cette expansion [de la liberté et de l'égalité] repose sur la considération de la dignité de la personne, sur les droits inviolables qui lui sont inhérents et sur le libre développement de la personnalité comme fondement de l'ordre politique et de la paix sociale, c'est-à-dire comme fondement de l'ordre constitutionnel en entier ». D. Paternotte, op. cit., p. 25-26.

¹³⁰ C. Peña García, *Homosexualidad y matrimonio : estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Madrid, Comillas, 2004, 511 p.

¹³¹ *Cf. supra*, n. 71.

¹³² L. Wardle, « The 'end' of marriage », *Family Court Review*, 44, p. 45 ; cité par J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2009 (4th ed.), p. 73. Il faut se souvenir qu'en Angleterre la peine de mort pour sodomie n'a été abrogée qu'en 1861.

*a decent human life. To those who support – normatively speaking – the rights to autonomy (or dignity) or equality, it is morally unimportant whether such things are provided by a partner of the opposite sex or one of same sex*¹³³.

Pour Jeffrey Weeks, si les débats sur le mariage gay aux États-Unis – interdit au moment où il publiait son livre¹³⁴ –, cela venait du « fait que les États-Unis sont aussi le plus religieux des pays occidentaux »¹³⁵.

Mais en vérité, quelles que soient la forme et la teneur du mariage, celui-ci met en scène et confond une *persona* et une *personula* ; l'*egomet* n'est pas concerné.

- La loi française de 2013

L'ouverture du mariage à tous, comme le prévoit la loi de 2013, bouleverse en profondeur l'organisation de la famille, mais laisse évidemment subsister le rôle de *personula* que possède chaque élément du couple. L'homosexualité perd sa dimension révolutionnaire (telle que revendiquée par le FHAR, par exemple dans les années 70¹³⁶) pour devenir au mieux une spécificité, avant, vraisemblablement, de disparaître en tant que comportement spécifique, ce qui nous ramènerait aux débuts de l'histoire ou dans d'autres continents¹³⁷. Aspect nouveau de la globalisation. Révolution dans les mentalités¹³⁸ surtout qui permettrait de faire de nouveau advenir une « sexualisation de la société », pour reprendre les mots d'Anke Hinjens¹³⁹, celle qui, à côté de la *personula*, laisserait exister une autre sorte d'être¹⁴⁰.

« Parallèlement, nous assistons à l'émergence de nouvelles revendications, celle d'une citoyenneté sexuelle et intime, de la part de ceux et celles que les régimes sexuels traditionnels avaient autrefois privé.e.s de voix au chapitre, et, à l'échelle

¹³³ « The role of philosophical and constitutional arguments in the same-sex marriage debate : a response to John Murphy », *Child and Family Law Quarterly* 17, p. 272 ; cité par J. Herring, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁴ Il a été légalisé depuis (26 juin 2015).

¹³⁵ J. Weeks, *op. cit.*, p. 199.

¹³⁶ Dans une critique des groupements d'extrême-gauche, le jeune Guy Hocquenghem, figure de proue du Front homosexuel d'action révolutionnaire (FHAR), souligne la nature politique et transgressive du désir homosexuel. Il appelle à une révolution qui soit également sexuelle et revendique la subversion des fondements de la société. Trente-cinq ans plus tard, Pedro Zerolo, un des héros de la lutte pour l'ouverture du mariage civil en Espagne, ne parle plus que de droits. Il souhaite promouvoir l'accès des homosexuel.le.s aux institutions et aux droits existants et se montre élogieux à l'égard du mouvement. Sa démarche est résolument inclusive... alors qu'il y a trente ou quarante ans, cette demande [le mariage gay] aurait fait figure de blasphème, elle a pris de l'ampleur au cours des années 1990 et surtout 2000, constituant aujourd'hui une des priorités de nombreuses associations », D. Paternotte, *op. cit.*, p. 12. D'où l'interrogation de J. Weeks : « Les familles gay doivent-elles être reconnues parce que nous avons tous et toutes besoin d'une famille, ou parce qu'elles subvertissent le concept de la famille traditionnelle comme pierre angulaire de la société ? », *op. cit.*, p. 197.

¹³⁷ Sauf si la différenciation bruyante qui se fait aujourd'hui entre les « hétérosexuels » et les « homosexuels » ne parvient pas à disparaître ; dans ce cas, comme le dit J. Weeks - *op. cit.*, p. 62 -, nous demeurerons en présence d'« un individualisme sexuel renforcé et... de nouvelles revendications de 'citoyenneté sexuelle' », qui aboutissent à créer des « familles choisies », selon le vocabulaire utilisé par les mouvements LGBT depuis les années 1990 (*ibid.*, p. 173).

¹³⁸ « Ce qui est propre aux sociétés modernes, ce n'est pas qu'elles aient voué le sexe à rester dans l'ombre, c'est qu'elles se soient vouées à en parler toujours, en le faisant valoir comme le secret », M. Foucault, *Histoire de la sexualité I*, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁹ D. Paternotte, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁰ Celui que nous qualifions d'*egomet*.

planétaire, celle de l'instauration de droits humains sexuels, afin de combattre la persistance de préjugés, de discriminations et de situations d'oppression »¹⁴¹.

En fait l'institution du mariage change davantage que la place des individus au sein de cette institution. Certes, on est passé d'un mariage institution de droit public à un mariage institution de droit privé¹⁴², mais on reste au sein d'une institution et d'une mise en norme du comportement humain.

L'art. 143 du Code civil dispose désormais¹⁴³ : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » *Persona*. On la retrouve aussi dans l'art. 191¹⁴⁴, qui est le même aujourd'hui qu'en 1804.

Comme la *persona* qui contracte mariage, la *personula* semble changer d'apparence, mais en fait le fond n'est pas modifié : art. 213 (2015) « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille, ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

L'art. 218¹⁴⁵ (2015), si on le rapproche de l'article originel donne, à notre sens, la réalité contemporaine de la famille : l'autodétermination des époux se substitue à la puissance de la société. Mais *persona* et *personula* sont confondues, l'*egomet* n'est pas concerné.

Si les droits humains sexuels étaient reconnus, sans doute l'institution du mariage et, partant, de la famille, changerait-elle radicalement, car ces droits seraient entés sur une relation d'un type totalement différent, nécessairement égalitaire. « Au cœur de cet idéal, on rencontre la croyance fondamentale selon laquelle les relations et les unions amoureuses ne doivent pas dépendre d'un arrangement ni d'une tradition, mais d'un choix personnel fondé sur l'attraction mutuelle, le désir, la confiance réciproque et la compatibilité »¹⁴⁶. C'est cela que nous appelons l'*egomet*¹⁴⁷, qui, à la fois éloigné du « moralisme » et du « libertarisme »¹⁴⁸ contient en soi-même ses propres limites : fondé sur l'empathie, il souffre en effet du mal qu'il donne et se repaît du bonheur qu'il crée, ce que Judith Butler appelle la « vulnérabilité aux autres »¹⁴⁹.

Or cette évolution est en passe d'advenir, car pour la première fois sans doute, ce ne sont pas des adeptes d'une nouvelles théorie qui s'opposent à l'ordre en place ; ce sont les individus qui, dans beaucoup de régions du monde – même si évidemment

¹⁴¹ J. Weeks, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴² « ...le mariage a perdu sa nature d'institution publique fondamentale de l'ordre politique pour se transformer en un véritable contrat, par définition privé et soumis à la volonté des cocontractants. L'institution matrimoniale répond donc à une pluralité croissante de significations, dans le cadre desquelles la poursuite du bonheur est devenue un des objectifs principaux des partenaires », D. Paternotte, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴³ Dans l'édition de 1804, l'art. 144 dispose : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

¹⁴⁴ *Cf. supra*, n. 95.

¹⁴⁵ « Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Il peut, dans tous les cas, révoquer librement ce mandat ».

¹⁴⁶ J. Weeks, *op. cit.*, p. 193. Reprenant l'expression de Kelly Kollman - dans « Same-sex Unions : the Globalization of an idea », *International Studies Quarterly*, vol. 51, n°2, p. 329-357 -, il parle de « droits amoureux ».

¹⁴⁷ Faisant ainsi écho à J. Weeks lorsqu'il écrit : « La sexualité est plus qu'un simple attribut de l'individu. Elle en est venue à définir une relation entre soi et les autres, voire notre humanité même », *op. cit.*, p. 207-208.

¹⁴⁸ Pour reprendre les mots de J. Weeks, *op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁹ Laquelle « implique de faire le "geste humain", d'affirmer le lien humain qui nous unit par-delà les gouffres de la différence », J. Butler, « On Being Besides Oneself : on the Limits of Sexual Autonomy », in Nicholas Bamforth (dir.), *Sex Rights*, Oxford, UP, 2005, p. 54 (cité par J. Weeks, *op. cit.*, p. 226).

il est plus facile de vivre comme bon semble en Occident que sous le contrôle de Daesh – décident d'agir, sans nécessairement théoriser¹⁵⁰. À ce titre-là, la loi française de 2013 a déjà un temps de retard sur l'état des mentalités et sur les réalités vécues.

¹⁵⁰ « La leçon transmise par la génération qui nous a précédés est que les changements immenses qui affectent la famille et la vie sexuelle n'ont pas été conduits par une élite politique, mais sont issus de modifications au cœur de la population, subordonnées à toute une série de tendances à long terme de la société », J. Weeks, *op. cit.*, p. 195.