

Expérience et problèmes de la famille en Europe

Zone française

Rapport de Jean-Baptiste Donnier

Professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence

Analysant la situation de la famille dans le monde contemporain, le Pape Jean-Paul II écrivait, au début de l'exhortation apostolique *Familiaris Consortio* : « La situation dans laquelle se trouve la famille présente des aspects positifs et négatifs : les uns sont le signe du salut du Christ à l'œuvre dans le monde ; les autres, le refus que l'homme oppose à l'amour de Dieu ».

Si l'on passe aujourd'hui d'une analyse globale de la situation de la famille dans le monde à une analyse particulière des expériences et des problèmes de la famille dans la zone francophone de l'Europe, cette remarque liminaire de *Familiaris consortio* fait apparaître une vérité fondamentale qu'un regard superficiel pourrait ne pas apercevoir. Si, en effet, la famille en France et dans les pays francophone de l'Europe est profondément et douloureusement marquée par les nombreux « refus que l'homme oppose à l'amour de Dieu », nombreux sont aussi les signes du « salut du Christ à l'œuvre dans le monde », même si ces signes là sont encore discrets et souvent inattendus.

Nous vivons actuellement, en France en particulier, à la fois le paroxysme d'une évolution destructrice de la famille et l'épuisement, apparemment paradoxal, des principes et idéologies qui sont à l'origine de cette évolution destructrice. C'est là ce que je voudrais essayer de démontrer dans cette communication en m'appuyant principalement sur l'évolution du droit de la famille. Cette approche pourrait certes paraître réductrice en étant trop exclusivement juridique, mais le droit de la famille me paraît être particulièrement symptomatique des tensions que l'on peut observer, dans le monde francophone européen, entre, d'une part, une tentative de plus en plus poussée de destruction des fondements naturels de la famille et, d'autre part, une impossibilité de justifier cette tentative au nom même des principes qui la

commandent. Là se trouve, me semble t-il, le paradoxe essentiel qui est au cœur de l'évolution du droit de la famille et qui est source d'autant de craintes que d'espérance. Crainte devant **le constat** de l'état actuel de la famille ; mais espérance face aux **perspectives** qui s'ouvrent à partir de ce constat.

Le constat de l'état actuel de la famille en France et dans les pays francophones d'Europe fait apparaître une privatisation de la famille qui entraîne sa fragilisation. **Une famille privatisée, une famille fragilisée** : tel est le double constat que l'on peut dresser et que je vous propose d'envisager dans ses deux termes successifs.

Une famille privatisée, tout d'abord.

La famille est de plus en plus considérée comme une affaire privée relevant de la conception personnelle que chacun s'en fait. Le rôle de la loi civile n'est plus de dire quelle est la structure où l'organisation sociale de la famille la plus conforme au bien commun, mais simplement d'offrir à chaque type de famille la structure juridique qui lui permettra de s'organiser en vue de réaliser ce qu'elle considère comme son propre bien particulier. La rupture ainsi établie entre l'organisation, de la famille et le bien commun de la société civile rejette la famille dans une sphère purement privée et largement autonome, hors de l'espace public.

Les manifestations de cette privatisation de la famille sont nombreuses et bien connues. Je n'en retiendrai que deux, qui me paraissent complémentaires pour montrer l'étendue de cette privatisation.

La première est le recul de l'ordre public familial, notamment en matière de conflits de lois. Lorsque les tribunaux français ont à appliquer une loi étrangère, normalement compétente au regard des règles de conflit de lois françaises, ils ont la possibilité d'écarter, par l'exception d'ordre public, cette loi étrangère si son contenu s'avère incompatible avec ce qu'un auteur du siècle dernier, Lerebours-Pigeonnière, a appelé « les fondements politiques et sociaux de la civilisation française ». Or, on constate, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, une tendance très nette

à restreindre l'usage de l'exception d'ordre public en matière familiale. Des lois étrangères admettant par exemple la polygamie ou la répudiation ne sont plus systématiquement jugées contraires à notre ordre public, ce qui revient à dire que notre conception de la famille, avec laquelle la répudiation et la polygamie paraissent tout de même difficilement compatibles, n'est plus considérée comme un fondement politique et social de la civilisation française, mais comme une affaire purement privée.

La seconde manifestation de cette privatisation, sur laquelle je voudrais insister, est le rôle accru de la volonté privée en droit de la famille. La structure juridique de la famille découle traditionnellement de l'adhésion à un statut qui ne dépend pas de la volonté privée de ceux qui y adhèrent. En contractant mariage, par exemple, les époux adoptent le statut de gens mariés sans que leur volonté définisse en quoi que ce soit le contenu de ce statut. Cela est de moins en moins vrai. Au statut, qui faisait échapper la structure juridique de la famille à la volonté des parties, se substitue de plus en plus une volonté privée omnipotente. Le cas du mariage est à cet égard significatif. La volonté des époux est évidemment une condition essentielle de validité du mariage. Mais, dans la conception juridique classique, qui reste celle du droit canonique, cette volonté commune des époux, qui est à l'origine de leur union, est une volonté qui les engage. Une fois émise, elle crée une situation nouvelle qui ne peut plus être remise en cause par une volonté contraire, tout simplement parce qu'il est impossible, même si on le veut, d'anéantir les effets d'une manifestation de volonté qui a radicalement transformé les rapports personnels de ceux qui l'ont exprimée. Or, plusieurs réformes législatives ont profondément modifié le rôle ainsi reconnu à la volonté privée dans le mariage. On peut dire aujourd'hui que le mariage repose exclusivement sur la volonté des époux sans aucune considération des effets qu'a eu sur la réalité des rapports entre époux la volonté qu'ils ont initialement émise en se mariant. La volonté commune des époux est non seulement une condition de formation du mariage, mais également une condition de sa durée. Le mariage ne dure que temps qu'il est voulu par les deux époux. C'est le sens, en particulier, de la toute récente réforme de la législation relative au divorce. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce prévoit en effet quatre causes de divorce énoncées à l'article 229 du Code

civil : le consentement mutuel, l'acceptation du principe de la rupture du mariage, l'altération définitive du lien conjugal et la faute.

Ces quatre causes de divorce reflètent toutes l'omnipotence de la volonté privée sur l'existence du mariage, qui ne dépend plus que de la seule volonté des époux. Le consentement mutuel exprime cela de manière évidente. Si le consentement des époux suffit à mettre fin au mariage, c'est bien que le mariage n'existe que par leur seul consentement. Que celui-ci vienne à disparaître et le mariage disparaît également, car il n'est plus soutenu par une volonté commune des époux de rester mariés. Il en est de même de l'acceptation du principe de la rupture du mariage. Là aussi, à partir du moment où n'existe plus de volonté commune de demeurer dans le mariage, celui-ci peut être dissous car plus rien ne soutient son existence. Les deux dernières causes de divorce, à savoir l'altération définitive du lien conjugal et la faute, relèvent également de la même idée. Au terme de l'article 238 du Code civil, « l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ». Cela signifie que, si l'un des époux cesse de vouloir le mariage qu'il a contracté, au bout de deux ans, ce mariage est considéré comme « définitivement altéré », au point qu'il sera possible d'y mettre fin, même contre la volonté de l'autre époux et même si celui-ci n'a commis aucune faute. Rien ne peut plus s'opposer au prononcé du divorce dès lors qu'il n'existe plus de volonté commune de rester mariés. Quant au divorce pour faute, souvent présenté comme la sanction des devoirs du mariage, il ne sanctionne en réalité pas grand chose puisque l'époux fautif se trouve, par l'effet du divorce, délié pour l'avenir de l'obligation qu'il a méconnue. Le divorce pour faute peut être assimilé à la résiliation d'un contrat pour inexécution de ses obligations par l'un des contractants, ce qui révèle, là encore, une conception du mariage réduit à sa seule dimension volontaire, indépendamment des effets produits dans les rapports des époux et, *a fortiori*, sur leurs enfants.

Le rôle ainsi conféré par la loi civile à la volonté privée manifeste la disparition de tout souci du bien commun. Le bien commun de la famille et de la société politique elle-même, qui passe par la stabilité du mariage, s'efface complètement devant la seule prise en considération de ce qui est perçu

subjectivement par chacun des époux comme son bien particulier. Tant que chaque époux considère le mariage qu'il a contracté comme un bien pour lui, le mariage subsiste ; mais, dès lors qu'un seul des époux considère que son bien est ailleurs, la loi ne soutient plus le mariage mais au contraire en organise la dissolution inéluctable. Cet effacement du bien commun dans la législation française du mariage est, me semble-t-il, la marque la plus profonde la privatisation de la famille en France. La stabilité des relations familiales est considérée par le législateur comme indifférente au bien commun de la société civile ; elle peut donc être abandonnée à la seule volonté des personnes privées, ce qui a pour conséquence une extrême fragilité des familles, dont l'existence ne dépend plus que de la seule volonté de leurs membres.

Une famille fragilisée : c'est là le second constat qui s'impose lorsqu'on examine la situation actuelle de la famille en France. Cette fragilisation du lien familial, conséquence de la privatisation de la famille, se fonde sur un scepticisme législatif qui a poussé le législateur à renoncer à privilégier un mode d'organisation familiale plutôt qu'un autre en fonction de sa conformité au bien commun. Ce scepticisme législatif, parfois qualifié de pluralisme, est la grande idée, développée par le Doyen Carbonnier, qui a inspiré toutes les réformes du droit de la famille intervenues en France depuis quarante ans. Cette idée repose sur le postulat que les sociétés contemporaines n'étant pas des sociétés homogènes, la loi civile ne peut pas leur imposer un modèle uniforme d'organisation familiale. Elle peut simplement édicter des normes qui, sans être uniformes, seront néanmoins communes si elles permettent à chaque type de famille existant effectivement dans la société à un moment donné de trouver dans la loi une structure juridique qui lui corresponde.

Ce scepticisme législatif s'appuie sur un véritable mythe contemporain, justement dénoncé par les Professeurs Atias et Linotte, le mythe de l'adaptation du droit au fait. N'ayant plus à imposer une norme, la loi devrait simplement consacrer sous forme de droits subjectifs, des pratiques sociales. C'est ce qui explique l'abolition législative de toute distinction entre filiation légitime, naturelle et adultérine. Renonçant à privilégier un modèle familial, celui de la famille légitime, la loi se devait d'affirmer l'égalité totale des droits de tous les enfants, quelle que soit leur filiation. C'est ce qu'a réalisé la loi du 4 mars 2002 qui a introduit dans le Code

civil un article 310-1 aux termes duquel « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». C'est ce qui explique aussi la consécration légale, à côté du mariage, d'autres types d'unions tels que le concubinage et le pacte civil de solidarité, qui ont pour ambition de donner un cadre juridique, une « structure d'accueil », à des pratiques sociales entre lesquelles la loi ne veut plus choisir.

Comme tout mythe, cette idée repose sur une vision erronée de la réalité, qui est en l'occurrence le postulat de la neutralité de la loi. Or, la loi n'est pas neutre. Elle a des effets sur les pratiques sociales, sur l'évolution des mœurs et comportements. L'exemple de la filiation est à cet égard significatif. Depuis le XVIIIème siècle et jusqu'au début des années 70, la proportion de naissance hors mariage en France s'établissait autour de 6% de l'ensemble des naissances. A partir du milieu des années 70, la proportion d'enfants naturels ou adultérins s'est accrue au point d'atteindre aujourd'hui 40 %. Comment peut-on imaginer que la loi du 3 janvier 1972, qui a posé pour la première fois le principe de l'égalité de toutes les filiations, n'ait joué aucun rôle dans cette évolution ? La coïncidence entre la réforme législative et l'évolution des pratiques sociales est pour le moins troublante.

Reposant sur une conception erronée du rôle de la loi, le mythe de l'adaptation du droit au fait entraîne en outre des conséquences socialement néfastes. Le pluralisme législatif qui en découle, en mettant sur un pied d'égalité tous les types d'organisation de la famille, incite à penser que les choix individuels sont eux-mêmes neutres et que tous les « types de famille » se valent. Ce faisant, le pluralisme législatif, s'il ne menace guère les familles qui trouvent en dehors de la loi civile des principes qui leur permettent de conserver une structure forte, fragilise en revanche toutes les autres. Le pluralisme législatif est fait pour des groupes minoritaires dont la forte structure familiale ne doit rien à la loi civile et qui pourront trouver dans cette loi les instruments juridiques de leur cohésion familiale. Mais pour l'ensemble des familles qui n'ont pas en elles-mêmes cette forte cohésion sociale, la « législation sceptique » qui prévaut aujourd'hui est la source d'une très grande fragilité.

Face à ce constat d'une famille rejetée par la loi dans la sphère privée et, par là, fragilisée, quelles sont les **perspectives** qui s'ouvrent à la famille ? Ce sera le second point que je voudrais aborder maintenant. Je le ferai en envisageant successivement **les perspectives présentes** et **les perspectives d'avenir**.

Les perspectives présentes ne sont pas toutes négatives. Certes, l'image de la famille est une image de plus en plus brouillée sous l'influence d'une législation qui n'hésite pas à nier la réalité la plus évidente. Lorsque la loi affirme qu'il est possible de rompre volontairement un lien conjugal existant, ou prétend que les enfants naturels sont dans la même situation que les enfants légitimes, la loi ment. Dans les faits, il n'en va pas ainsi et c'est d'ailleurs si vrai que la loi elle-même le reconnaît parfois implicitement, notamment en posant le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux époux après le divorce, ce qui revient à reconnaître que le divorce ne rompt pas complètement le lien matrimonial. La loi ment, aussi, lorsqu'elle prétend, comme c'est le cas d'ores et déjà en Belgique, que le mariage peut unir deux personnes du même sexe. Une telle « union », nécessairement et radicalement inapte à transmettre la vie, n'a par nature rien à voir avec un mariage. Or, de tels mensonges législatifs, dus à la volonté de ne pas privilégier un type de famille par rapport à un autre, induisent des comportements qui sont à l'origine de graves désillusions.

Ces désillusions seront d'autant plus fortes que, sous couvert de neutralité, la loi réintroduit souvent subrepticement, par une sorte de nécessité juridique, des règles qui indiquent bien que toutes les situations ne se valent point et que tous les « types de famille » ne se valent pas. On peut en voir un exemple dans les types d'unions que le législateur a cru devoir consacrer à côté du mariage. *A priori*, mariage, concubinage et pacte civil de solidarité sont placés sur un pied d'égalité. Ce sont trois modes possibles d'union entre lesquelles la loi ne choisit pas, abandonnant ce choix à la seule volonté privée de ceux qui choisissent de contracter l'une ou l'autre de ces unions. Mais si l'on se penche sur le régime juridique de ces trois types d'unions, on aperçoit de profondes différences, particulièrement sur le plan patrimonial, avec un net avantage pour le régime juridique du mariage. La raison en est simple. Si l'on veut organiser juridiquement la vie commune de deux personnes qui ne sont pas mariées, il

n'existe que deux formes juridiques concevables sur le plan patrimonial : l'indivision et la solidarité. Or ce sont là sans doute les deux régimes juridiques les plus contraignants et qui entraînent le contentieux le plus abondant. Il supposent en outre, pour fonctionner de manière satisfaisante, une parfaite entente qui, par hypothèse, n'est jamais définitivement certaine dans des unions précaires. Derrière, donc, une volonté affichée de ne pas privilégier un modèle familial plutôt qu'un autre, la nécessité impose des régimes juridiques plus ou moins satisfaisant selon l'organisation familiale choisie.

Il existe de la sorte une résistance des concepts juridiques que la « législation sceptique » évoquée plus haut ne parvient pas à éradiquer. La jurisprudence française en offre parfois l'exemple. J'en citerai un, qui me semble ouvrir, bien que de manière un peu surprenante, une perspective intéressante. Un jugement du Tribunal de grande instance de Lille du 26 novembre 1999 a homologué une convention temporaire de divorce par laquelle les époux déclaraient se dispenser du devoir de fidélité. Cette décision se situe dans la logique d'une législation familiale faisant prévaloir la volonté des parties et traite le mariage uniquement comme un contrat ordinaire. Mais si tel est le cas, si les époux peuvent se dispenser ainsi d'un devoir aussi essentiel que le devoir de fidélité, pourquoi ne pourraient-ils pas le renforcer ? Si le mariage est un contrat comme un autre, au nom de quoi un juge pourrait-il refuser de faire produire effet à un contrat de mariage, par exemple, dans lequel les époux déclareraient renoncer à la possibilité légale de divorcer ? On pourrait penser à l'ordre public, mais si l'article 212 du Code civil n'est plus d'ordre public, pourquoi les textes relatifs au divorce le seraient-ils ?

Plus profondément, si le mariage est un contrat, il a un objet, qui détermine, comme dans tout contrat, un régime juridique particulier. L'approfondissement du caractère contractuel du mariage peut de la sorte amener à retrouver le principe classique d'indissolubilité, jamais complètement éradiqué, qui découle de l'objet propre à un contrat très particulier qu'est le mariage.

Il faudrait pour cela, il est vrai, affranchir sans doute le droit de la famille de la loi qui le détruit pour recourir simplement aux principes et aux notions juridiques qui pourraient être à l'origine de son renouveau.

C'est sur ces **perspectives d'avenir** que je voudrais conclure.

Il y a dans le scepticisme législatif contemporain une contradiction qui pourrait, à terme, lui être fatale. Si la loi civile renonce à faire des choix entre les différents « types de familles », si elle refuse de voir dans la famille autre chose qu'une affaire purement privée et si elle renonce par là à ordonner les comportements familiaux au bien commun, elle perd sa raison d'être. De fait, l'indifférence législative en matière familiale donne l'impression que la loi civile n'a plus rien à dire de la famille.

Si c'était le cas, il conviendrait d'en tirer toutes les conséquences et d'opérer une « délégalisation » du droit de la famille. Que la loi civile se retire, pour laisser la place à d'autres modes de régulation sociale. Lesquels ? J'en vois deux : le droit et la loi, mais un autre droit et une autre loi que ceux qui ont conduit au constat que l'on a pu dresser tout-à-l'heure.

Un autre droit de la famille est à réinventer. Il s'agirait non plus d'un droit spécial de la famille, découlant d'une législation spécifique, mais plutôt d'appliquer à la réalité familiale, reconnue pour ce qu'elle est, le droit commun. La législation familiale a eu pour effet paradoxal de rendre le mariage incertain, et partant la filiation. Combien de divorces sanctionnent en réalité la nullité de mariages contractés sans volonté véritable des parties d'adhérer à ce qu'est, par nature,, le mariage ? Et parallèlement, n'existe-t-il pas parfois de véritables mariages de droit naturel contractés par des époux qui ne se sont pas soumis à la forme civile du mariage ? Entre les uns et les autres, l'incertitude est telle que l'on pourrait envisager la suppression pure et simple d'une forme qui devient de plus en plus obsolète, pour laisser le juge rechercher ensuite, au cas par cas, si, au regard e ce qu'est le mariage, deux personnes sont ou non mariées.

Il est vrai toutefois que le juge aurait besoin, pour discerner le droit, de règles. Les lois civiles ayant montré leur inadéquation, resterait à imaginer **une autre loi**, une loi apte à reconstituer des familles dont l'organisation serait conforme à la fois au bien commun des familles elles-mêmes et au bien commun de la société civile. Une loi morale pourrait sembler apte à jouer ce rôle. Mais une telle loi ne fournirait pas directement au juge une règle lui permettant de discerner le droit. Il faut pour cela des normes juridiques. Or il existe un groupe social dont le modèle familial cohérent s'exprime dans des normes juridiques : c'est l'Eglise catholique. La doctrine catholique du mariage et de la famille, qui a donné lieu, sous le pontificat du Pape Jean Paul II, d'un approfondissement sans précédent, permet d'ores et déjà aux familles catholiques, en usant de tous les moyens juridiques que leur offre le pluralisme législatif actuel, de renforcer leur cohésion et, par là, leur place dans la société civile. Mais la forte cohérence de cette doctrine et sa traduction en normes juridiques véritables pourraient surtout justifier la reconnaissance, par un pouvoir civil qui aurait renoncé à légiférer dans un domaine dans lequel il n'a visiblement rien à apporter, de la compétence du droit canonique pour régir, au sein d'une société pluraliste, ceux qui entendraient librement s'y soumettre.

Ce sont là, me semble-t-il, des perspectives d'avenir qui méritent d'être étudiées pour que la famille redevienne, selon la forte parole du Saint-Père, *Gaudium et spes*, joie et espérance pour un monde qui, plus que jamais, a besoin de familles qui soient les instruments d'une extension du domaine de l'amour et de la vie.