



ÉCOLE DOCTORALE DROIT NORMANDIE

Thèse
Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT
Domaine : Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Madame Valérie RONGIER

le 14 décembre 2015

L'INSAISSABLE FAMILLE

Directeur de recherche

Madame Béatrice BOURDELOIS
Professeur à l'Université du Havre

Membres du jury

Madame Annick BATTEUR
Professeur à l'Université de Caen

Monsieur Gérard MÉMETEAU (Rapporteur)
Professeur émérite à l'Université de Poitiers

Monsieur Thierry VIGNAL (Rapporteur)
Professeur à l'Université de Cergy Pontoise

Madame Martine GROSS
Ingénieure de recherche en sciences sociales au C.N.R.S

Laboratoire LexFEIM



ÉCOLE DOCTORALE DROIT NORMANDIE

Thèse
Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT
Domaine : Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Madame Valérie RONGIER

le 14 décembre 2015

L'INSAISSABLE FAMILLE

Directeur de recherche

Madame Béatrice BOURDELOIS
Professeur à l'Université du Havre

Membres du jury

Madame Annick BATTEUR
Professeur à l'Université de Caen

Monsieur Gérard MÉMETEAU (Rapporteur)
Professeur émérite à l'Université de Poitiers

Monsieur Thierry VIGNAL (Rapporteur)
Professeur à l'Université de Cergy Pontoise

Madame Martine GROSS
Ingénieure de recherche en sciences sociales au C.N.R.S

Laboratoire LexFEIM

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

J'exprime mes plus profonds remerciements à Madame le Professeur Béatrice Bourdelois pour m'avoir toujours accompagnée dans ce travail commencé il y a bien longtemps. Son suivi attentif, sa disponibilité, ses conseils nourris de sa compétence pédagogique et scientifique, la franchise et la fantaisie qui ont animé nos relations ont beaucoup contribué à l'achèvement de cette thèse.

Mes remerciements vont également à Madame Martine Gross pour nos échanges, ses remarques et ses encouragements.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

<i>ADE</i> :	Annuaire de droit européen
<i>AFDI</i> :	Annuaire français de droit international
<i>AJDA</i> :	Actualité juridique, Droit administratif
<i>AJ. D.</i> :	Actualité juridique Dalloz
<i>AJ fam</i> :	Actualité juridique famille
Ass. plén. :	Assemblée plénière de la Cour de cassation
B.O. :	Bulletin officiel
<i>Bull. civ.</i> :	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i> :	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>c/</i> :	contre
Cass. Civ. :	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim. :	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc :	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCNE :	Comité consultatif national d'éthique
<i>CDE</i> :	Cahiers de droit européen
CE :	Conseil d'Etat
CECOS :	Centre d'études et de conservation des œufs et de sperme humains
CEDH :	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme
CEDH :	Cour européenne des Droits de l'Homme
<i>CESDH</i> :	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales.
ch. :	chambre
chron. :	chronique
CIDE :	Convention internationale des droits de l'enfant
CIJ :	Cour Internationale de justice
CJCE :	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne
CNAOP :	Conseil national d'accès aux origines personnelles
CNCDH :	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNGOF :	Collège national des gynécologues et obstétriciens français
coll. :	collection
<i>Comm.</i> :	commentaire
Concl. :	conclusions
Cons. const. :	Conseil constitutionnel
CREDOF :	Centre de recherches et d'étude sur les droits fondamentaux
<i>D.</i> :	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
<i>Def.</i> :	Répertoire Defrénois
dir. :	sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
DUDH :	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
éd. :	édition
EFA :	Enfance & Familles d'adoption
fasc. :	fascicule
<i>GACEDH</i> :	Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme
<i>Gaz. Pal.</i> :	La Gazette du Palais
Gde Ch. :	Grande Chambre
GPA :	Gestation pour autrui
IAD :	Insémination avec tiers donneur
<i>ibid.</i> :	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i> :	dans
<i>infra</i> :	ci-dessous
INED :	Institut national d'études démographiques

INSEE :	Institut national de la statistique et des études économiques
IVG :	Interruption volontaire de grossesse
JCP :	La semaine juridique (Juris-classeur périodique), édition générale
JCP E :	La semaine juridique (Juris-classeur périodique), édition entreprise et affaires
JDI :	Journal de droit international (Clunet)
JO :	Journal officiel
JOAN :	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF :	Journal officiel de la République française
JOUE :	Journal Officiel de l'Union européenne
JT :	Journal des tribunaux
loc. cit. :	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
LPA :	Les Petites Affiches
NCPC :	Nouveau Code de procédure civile
obs. :	observations
op. cit. :	<i>opus citatum</i> (oeuvre citée)
OMS :	Organisation mondiale de la santé
ONED :	Observatoire national de l'enfance en danger
ONG :	Organisation non gouvernementale
ONU :	Organisation des Nations Unies
OUA :	Organisation de l'Union africaine
p. :	page
PACS :	pacte civil de solidarité
PMA :	Procréation médicalement assistée
préc. :	précité
Rapp. :	Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme
RCADI :	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP :	Revue critique de droit international privé
RDP :	Revue de droit public
Rec. :	Recueil
req. :	requête
RFDA :	Revue française de droit administratif
RGDIP :	Revue générale de droit international public
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC :	Revue Lamy de droit civil
RJPF :	Revue juridique Personnes famille
RRJ :	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSC :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE :	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH :	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH :	Revue universelle des droits de l'homme
s. :	suivant
spéc. :	spécialement
Som. :	sommaires commentés
supra :	ci-dessus
SYNGOF :	Syndicat national des gynécologues obstétriciens
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI :	Tribunal de grande instance
TP :	Travaux préparatoires
TUE :	Traité sur l'Union européenne
UE :	Union européenne
V. :	Voir
Vol. :	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION : LES AGITATIONS FAMILIALES

Chapitre 1^{er} - LA FAMILLE À TRAVERS L'HISTOIRE

- Section 1 - La famille de l'Antiquité
- Section 2 - La famille médiévale
- Section 3 - La famille de la fin de l'Ancien Régime
- Section 4 - La famille et la Révolution
- Section 5 - La famille et le Code civil napoléonien
- Section 6 - La famille après le code civil
- Section 7 - La famille contemporaine

Chapitre 2 - L'INDÉFINISSABLE FAMILLE ?

- Section 1 - Tentative de définition
- Section 2 - La structure familiale

PARTIE PRÉLIMINAIRE - LA FAMILLE : UNE VALEUR UNIVERSELLE OU UNE CONSTRUCTION SOCIALE ÉPROUVÉE

- Section 1 - Une famille, plusieurs modèles
- Section 2 - Les familles d'ailleurs : des modèles différents

PARTIE I - INFLUENCES CROISÉES NATIONALES ET INTERNATIONALES

TITRE 1 : UNE CERTAINE IDÉE DE LA FAMILLE

Chapitre 1^{er} : LA FAMILLE - REFLET SOCIAL

- Section 1 - La famille : affaire privée – affaire publique
- Section 2 - L'exemple québécois

Chapitre 2 : LA FAMILLE, VALEUR UNIVERSELLE ET VALEUR ESSENTIELLE DU DROIT FRANÇAIS

- Section 1 - Le recours fragile aux droits de l'homme
- Section 2 - L'influence de l'esprit des droits de l'homme dans le droit de la famille
- Section 3 - La Famille-valeur essentielle

TITRE 2 : L'INFLUENCE EUROPÉENNE

Chapitre 1^{er} : L'INDÉFINISSABLE FAMILLE EUROPÉENNE

- Section 1 - De la famille à la vie familiale
- Section 2 - La famille européenne, arbitre des possibilités individuelles
- Section 3 - De *l'homo oeconomicus* au citoyen européen
- Section 4 - Mise en place d'instruments de coopération judiciaire

Chapitre 2 : ENTRE MÉFIANCE ET CONFIANCE

- Section 1 - L'OPI interne dans les relations intra Union européenne
- Section 2 - L'intervention de la CEDH dans la vie familiale
- Section 3 - De l'influence de la CEDH en droit interne

Partie II - LA FAMILLE A-T-ELLE UN AVENIR ?

TITRE 1: LA FAMILLE À LA RECHERCHE DE SES REPÈRES

Chapitre 1^{er} : CONSTANCE ET INCONSTANCE DU COUPLE

Section 1 – Le couple par le trou de la serrure : le droit du sexe

Section 2 – L'exigence monogame et la liberté des mœurs

Section 3 – L'extension de la notion de vie privée à la vie sexuelle

Section 4 – De l'hétéronormativité à la diversité sexuelle dans le couple

Chapitre 2 – LES CONFIGURATIONS PARENTALES

Section 1 - La filiation : entre lien juridique et traçabilité

Section 2 – Les fondements d'une nouvelle filiation

Section 3 – La grand-parentalité

Section 4 - De la famille de substitution à la famille additionnelle

Section 5 –L'autorité parentale au cœur de la relation parent/enfant

TITRE 2 : UNE FAMILLE À CONSTRUIRE

Chapitre 1^{er} : LE RÔLE DU DROIT FACE À LA FAMILLE PLURIELLE

Section 1 – L'attention particulière de l'autorité publique

Section 2 – La place du droit fondée sur un malentendu

Section 3 – Le droit de la famille en quête de sens

Chapitre 2 : INSTITUTION ET LIEN FAMILIAL

Section 1 – La famille : institution sociale ou naturelle

Section 2 – L'institution de l'adoption

Section 3 – L'institutionnalisation de la civilisation conjugale

Chapitre 3 : LIBERTÉS INDIVIDUELLES ET ÉTHIQUE DANS LA FAMILLE

Section 1 – La priorité des libertés individuelles dans le couple

Section 2 – Les trois piliers du changement

Section 3 – « La polygamie, pourquoi pas ? »

Section 4 – Libertés, parenté et parentalité

Section 5 – Les paternités imposées

Section 6 – Vers la multiparenté ?

Chapitre 4 : FAMILLE ET SCIENCE : DU SAVOIR FAIRE AU POUVOIR FAIRE

Section 1 - Interpénétration du droit et de la science

Section 2 – Les nouvelles cuisines procréatives

CONCLUSION

Introduction

LES AGITATIONS FAMILIALES

1. La famille a fait l'objet d'étude d'anthropologues, de sociologues, d'ethnologues, de psychologues, de juristes, d'économistes et d'historiens. Elle est souvent vue comme unité de base de toute société.

Elle fait partie de ces évidences que tout le monde croit connaître sans parvenir à les définir précisément. Cependant, elle ne consiste pas uniquement dans des liens objectifs de filiation, de consanguinité ou d'alliance entre des individus ; elle existe avant tout dans la conscience de chacun, selon un système arbitraire de représentation.

Quel que soit l'angle sous lequel elle est observée, le fait le plus marquant est incontestablement sa capacité à changer. La famille n'a pas toujours été ce qu'elle est actuellement. Les modèles familiaux évoluent d'un pays à l'autre, d'une culture à l'autre. Si la famille se retrouve dans toutes les sociétés et à toutes les époques, elle prend des formes si diverses qu'elle génère inévitablement des conceptions et des définitions très variées.

2. Comme le relève Claude Lévi-Strauss, l'institution familiale est à la fois fondée sur des nécessités biologiques et soumise à des contraintes d'ordre social: *"entre la nature et la culture, la famille, telle qu'on l'observe par le monde, réalise toujours un compromis."*¹

Le droit de la famille doit répondre à ce compromis en s'adaptant aux changements qui touchent l'organisation et le fonctionnement de la sphère privée. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la famille telle que nous la concevons dans nos sociétés occidentales n'est pas homogène et préciser ses contours ou sa forme élémentaire prend par moment l'allure d'un véritable défi.

¹ C. Lévi-Strauss, "Préface", in A. Burguière et al., *Histoire de la famille. I Mondes lointains, mondes anciens*, Paris, 1986, p. 11.

La famille conjugale, constituée d'un mari, d'une femme et des enfants, n'est pas universelle.

Si la famille n'est pas une institution stable dans l'espace, elle ne l'est pas non plus dans le temps, ce qui montre qu'il s'agit bien d'une construction sociale et non pas d'une donnée de la nature. Son visage évolue au gré des bouleversements que traverse la société dans laquelle elle se déploie. Malgré cette extrême diversité, existe-t-il des éléments suffisamment constants pour que le fait de parler de famille et de filiation conserve encore un sens ?

3. Souvent annoncée en crise, régulièrement accusée de favoriser l'instabilité du corps social, elle ne cesse pourtant d'étonner par sa longévité et par sa capacité à surmonter tous les obstacles qui se présentent à elle. Si la famille est, à ce point, au centre des préoccupations, c'est parce que l'on attend beaucoup d'elle.

Elle doit assurer le passage d'une existence individuelle vers une existence sociale sans renoncer à l'épanouissement individuel des parents et des enfants, à transmettre des valeurs compatibles avec l'idéal républicain (aujourd'hui), à contribuer à la pérennité de la société et à garantir le contrôle social.

Peut-on envisager une société sans famille ? Nous verrons que quelle que soit la forme qu'elle prend, elle existe toujours. Les caractéristiques démographiques permettent de voir que la forme élémentaire de la famille a beaucoup évolué à travers l'histoire et notamment depuis la révolution industrielle. Partant du principe que les familles regroupent toujours les parents et les enfants, on peut observer à travers l'histoire que l'organisation des relations intrafamiliales varie selon le contexte.

4. Le premier modèle est celui de la **famille patriarcale**. Dans ce modèle, le père de famille est soucieux de la préservation de l'héritage. Plusieurs générations, plusieurs couples, mais aussi plusieurs domestiques, cohabitent sous le même toit. Le groupe familial peut être composé de très nombreux membres. On parle de communauté « taisible » parce que son fonctionnement n'est fixé par aucun contrat et repose sur l'accord tacite de chacun à poursuivre une vie en commun. Qu'un fils fasse valoir son droit à la propriété et tout le système est menacé. Ce risque d'instabilité est si fort que la famille patriarcale était déjà condamnée au déclin.

5. Le deuxième modèle est celui de la « **famille souche** ». Cette fois, le droit patrimonial est inégalitaire. Le père choisit un seul de ses enfants comme héritier privilégié qui reste dans la maison paternelle. Les autres enfants sont exclus par un système de donation. En général, trois générations composent ce système (les grands-parents, les parents et les enfants), soit une dizaine de personnes. Très répandu dans le sud-ouest de la France, il s'agirait là du modèle le plus courant dans l'Histoire.

6. Enfin, un troisième modèle correspond à celui de la « **famille instable** ». Ce modèle caractéristique de l'époque industrielle, très répandu dans la France du Nord, repose sur l'union de tous les enfants et leur installation en dehors de la maison des parents. Chacun fonde une nouvelle famille de taille limitée. Il s'agirait en quelque sorte de la famille moderne.

7. A travers l'analyse des différentes familles, on chercherait en vain le meilleur modèle puisqu'il n'y a pas de meilleure manière d'être ni de vivre pour tous, partout et à tout moment. La famille d'aujourd'hui n'est ni plus ni moins parfaite que celle de jadis : elle est autre parce que les circonstances économiques, philosophiques, scientifiques et démographiques sont autres.

8. Dans toutes les sociétés a existé et existe toujours une forme d'union, de couple, comparable à celle que nous connaissons actuellement et que nous appelons, en France, « mariage ». A travers le temps et l'espace, cette notion fondamentale de la vie sociale revêt différents sens. Elle peut être comprise selon plusieurs approches. La distinction principale concerne sa nature et plus précisément la façon dont elle est perçue ; deux conceptions existent, selon que le mariage est laïc ou religieux. Il convient de préciser que le mariage a longtemps été un acte religieux et sacré mais de nos jours, avec la séparation du temporel et du spirituel, il n'est souvent qu'un acte civil. Le législateur français a posé le principe de la sécularisation selon lequel une cérémonie religieuse est possible mais elle doit être obligatoirement postérieure à la célébration civile². N'étant pas défini par la loi, le mariage est communément entendu comme l'acte public et solennel par lequel un homme et une femme s'engagent l'un envers l'autre dans la durée, devant et envers la société, pour fonder ensemble un foyer. Sur le plan symbolique, le mariage est la reconnaissance d'un statut social.

² Art.433-21 du Code pénal « *Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* »).

Cependant, de nombreuses autres définitions existent. A cette union, se « greffent » les enfants du couple, légitimes, naturels, issus du couple ou adoptés.

Désormais, le couple ne passe plus forcément par le mariage : soit l'entrée dans le mariage est précédée par une période plus ou moins longue de « cohabitation pré-nuptiale », soit le couple choisit de se constituer et éventuellement d'avoir des enfants, en dehors du mariage. Ces « cohabitations hors mariage » ne cessent effectivement d'augmenter. Elles sont parfois formalisées par un pacs (pacte civil de solidarité).

9. Notre droit est censé s'appliquer à des familles différentes fondées sur des valeurs différentes. Il doit régler la vie familiale de familles qui sont un véritable exemple de diversité dans leur étendue et dans leur contenu dans une société comme la société française qui n'est ni homogène, ni unanime quant à la morale, la religion, la politique, l'idéologie sociétale....

La famille a évolué dans sa composition et dans les rapports qu'entretiennent les membres de cette famille entre eux.

Quand un litige familial doit être tranché par un juge français, que ce litige contienne ou non un élément d'extranéité, il l'est toujours par rapport à un ensemble de valeurs considérées comme intangibles et supérieures. Ces valeurs sont fondées sur une norme qui, l'Histoire le montre, ne peut être que fluctuante. Les relations au sein de la famille romaine, par exemple, ne sont absolument pas imaginables dans la famille contemporaine.

La fragilité de la norme s'apprécie non seulement dans le temps, au regard de l'Histoire mais aussi dans l'espace quand le regard se porte au-delà de nos frontières et de nos barrières culturelles. Que penser de la société Na, en Chine, une société de célibataires polyandrogynes dans laquelle ni la paternité ni le mariage n'existent ? Que comprenons-nous des Nuers du Soudan qui considèrent une femme stérile comme un homme et qui l'autorisent alors à se marier avec une femme déjà mère pour assurer la poursuite de sa lignée³ ?

Il faut donc garder à l'esprit que la norme familiale, dans laquelle on retrouvera les droits fondamentaux reconnus dans un espace et à une époque donnés, est fluctuante et évolutive. Le modèle séculaire du couple monogame hétérosexuel qui élève les enfants qui en sont biologiquement issus et sur lequel est fondé notre Code civil est bien vivant mais il n'est plus le seul. Il évolue en même temps qu'est remise en cause l'évidence de la « normalité » en matière familiale.

³ Voir infra – Partie préliminaire section 2 § 2.

Un rappel modeste de l'histoire de la famille montrera que la norme familiale française a évolué dans le temps.

De l'Antiquité à nos jours, la famille a été différente souvent, durable parfois, religieuse longtemps.

10. Nos institutions familiales et notre droit actuels ne peuvent être compris sans avoir conscience que les idées de liberté et d'égalité ont eu du mal à pénétrer les relations au sein de la famille et *a fortiori* le droit de la famille. Avant d'analyser la « famille d'aujourd'hui », nous devons comprendre les transformations qui ont déjà eu lieu. Quand on a inventé le mariage, l'espérance de vie n'excédait pas 35 ans⁴. Dans ces conditions, on pouvait s'engager à être une épouse irréprochable ou un mari parfait : statistiquement, une guerre, une épidémie, un accouchement malheureux ou même une simple grippe faisait disparaître l'un ou l'autre des « contractants » au bout d'une dizaine d'années.

11. La famille est probablement aussi ancienne que l'humanité elle-même. Aussi peut-on faire remonter les origines du droit de la famille, c'est-à-dire de normes qui ont régi les relations au sein de la famille, à plusieurs sources. Retenons les deux plus essentielles.

D'abord, l'Ancien et le Nouveau Testament ont influencé la famille par le biais du christianisme. Adam, Eve, Abel, Caïn et Seth peuvent être considérés comme la première famille. Les difficultés des relations entre ses membres, notamment fraternelles, sont déjà marquantes. La bible évoque aussi « la sainte famille » qui doit être un modèle pour les chrétiens. Pourtant ses débuts sont plutôt difficiles puisque Marie, la mère de Jésus, avait été accordée en mariage à Joseph ; or, avant qu'ils aient habité ensemble, elle fut enceinte par l'action de l'Esprit Saint. La jeune femme est donc enceinte avant le mariage et le fiancé n'est pas le père de l'enfant à naître. Le couple n'aura « officiellement » qu'un

⁴ L'espérance de vie était d'environ 40 ans au temps de l'Antiquité grecque ce qui est peu à nos yeux, mais n'est finalement pas si mal en regard des 27 ans que pouvaient espérer atteindre les hommes en 1750 (source INED) – Lire Vivian Nutton, article « Medicine in the Greek World, 800-50BC », publié dans l'ouvrage collectif, *The Western Medical Tradition*, Cambridge University Press, 1995, page 15. Les hommes avaient une durée moyenne de vie d'environ 32 ans au cours des Ier et IIème siècles de l'ère chrétienne.- Lire Guitard Eugène-Humbert. La durée de la vie dans l'Empire romain : M. T. Boccassini, *Confronto délia durata media di vita...*, Revue d'histoire de la pharmacie, 1957, vol. 45, n° 154, pp. 144-145.

enfant, ce qui est déjà remarquable et inespéré pour un couple formé d'une femme qui restera vierge et d'un homme chaste.

Pour achever « de brouiller les pistes », cette famille, donnée comme idéale pour des couples chrétiens par une Eglise très puissante pendant plus d'un millénaire, est juive.

Ensuite Rome, dont la civilisation domina le monde méditerranéen pendant plus de mille ans et dont les préceptes survécurent à sa chute. Le droit romain sera d'ailleurs celui du sud de la France jusqu'à la Révolution française.

Section 1 - LA FAMILLE DE L'ANTIQUITÉ

Beaucoup d'institutions familiales modernes sont nées pendant l'Antiquité. Le magistrat romain imagina, par exemple, la réserve successorale et la quotité disponible que connaît encore aujourd'hui le droit positif.

Les Romains, plus que les autres peuples de l'Antiquité, ont su distinguer les phénomènes juridiques des autres phénomènes sociaux. Ils ont également su séparer les règles de nature religieuse des règles morales et juridiques en confiant le respect de chacune d'elles à des autorités différentes⁵.

§ 1. L'ANCIEN DROIT DE LA FAMILLE ROMAINE

12. Pour le droit romain, la famille créée par les parents et leurs enfants n'existe pas. L'agnation - parenté masculine - envahit tout. La cognation - parenté féminine - est insignifiante⁶.

La famille romaine est tout d'abord centrée sur le père, le *paterfamilias*, qui est celui qui n'a plus d'ancêtre par les mâles vivants. Peu importe son âge : un homme de 40 ans peut donc ne pas être *paterfamilias* alors qu'un enfant de 5 ans, orphelin, peut l'être.

13. Le mariage est conclu *cum manu* ou *sine manu*. Dans la première hypothèse, la femme sort de sa famille d'origine et devient comme une fille de son mari ou de son beau-père. Si la famille conclut une union *sine manu*, aucun

⁵ Le domaine religieux était réservé aux pontifes, celui des mœurs aux censeurs alors que l'administration de la justice relevait de la compétence des prêteurs. Lire l'article de I. ZAJTAY, « La Permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », R.I.D.C. 1966, V.18, n°2, pp.353-363.

⁶ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p.8 ; Jean Gaudemet, *le droit privé romain*, A. Colin (coll.U2), 1974, spéc. 1^{ère} et 3^{ème} parties.

lien juridique n'existe entre la femme et son mari qui vivent pourtant ensemble. Elle n'est même pas la parente de ses enfants.

Les romains sont monogames et ne peuvent se marier qu'avec un autre citoyen romain.

Le divorce est courant et fréquent. La femme doit intenter une procédure alors que le mari peut la répudier. Les divorces sont souvent conclus par accord des époux quand pour l'un d'eux, le remariage plus avantageux d'un point de vue politique ou financier est envisagé.

14. Le lien de filiation entre le père et le fils était avant tout volontaire. Le père pouvait abandonner l'enfant; la filiation par adoption était aussi naturelle que par la naissance.

Jusqu'à sa mort, le père avait un droit de vie et de mort sur les enfants et petits-enfants de sa lignée. L'adoption était très fréquente. Elle permettait notamment des alliances politiques. Seule l'adoption d'un *paterfamilias* nécessitait d'obtenir l'accord des autorités car elle faisait cesser le culte des ancêtres de l'adopté. On parle alors d'adrogation. Cette procédure ne concerne que ceux qui ont atteint l'âge de la puberté et sont maîtres de leur sort. Ils se soumettent d'eux-mêmes à l'autorité d'un nouveau père.

L'émancipation d'un fils est compliquée mais possible. L'enfant devient alors lui-même *paterfamilias*. Dans cette hypothèse, il perd toute prétention à la succession patrimoniale de son père.

15. Le patrimoine de la famille⁷ appartient dans son intégralité au *paterfamilias* qui le gère seul. A la mort de ce dernier, le patrimoine est partagé également entre les membres de la *manus* qui détiennent un droit de propriété latent rendu effectif par la mort du père. Peu à peu, va s'imposer la succession testamentaire (réservée jusqu'alors aux militaires sur le champ de bataille). Bien que le droit d'aînesse n'existe pas à Rome, le *paterfamilias* choisit généralement son fils aîné pour recevoir les gens les plus importants.

Le testament, même injuste, est appliqué si les conditions de forme ont bien été respectées.

⁷ Ibid. R. Szramkiewicz, p.13 à 15

§ 2. LE DROIT FAMILIAL À L'ÉPOQUE CLASSIQUE

(fin de la République jusqu'à la fin du Haut Empire)

Les sources du droit évoluent. Dès le début de l'Empire, les empereurs légifèrent en droit privé. Ils décident seuls de l'application de lois édictées sous forme de décrets, de mandats et de rescrits. Le rassemblement de tous ces écrits aboutira à une codification. Ces changements de sources s'accompagnent de changements de modes de vies et de mentalités.

16. Peu à peu la famille va se désagréger. L'Italie est devenue un vaste Empire. L'annexion de territoires et le passage de commerçants étrangers dans tout l'Empire changent les mentalités romaines. Celles-ci s'imprègnent de philosophie grecque et de religions orientales.

La puissance paternelle s'étiolé. Les membres de la famille se dispersent et l'individualisme s'affirme. Aux droits du *paterfamilias*, s'ajoutent des devoirs. Les enfants ne sont plus sous la domination exclusive et sans limite du père. Les mariages *cum manu* ne séduisent plus que les patriciens et le divorce devient une simple formalité qui peut être demandée indifféremment par le mari ou la femme. Le nombre de naissances chute et le célibat connaît un grand succès.

17. Pour lutter contre cette « crise » de la famille et surtout des naissances, l'Empereur Auguste fait adopter toute une série de lois (les *leges juliae*) qui visent à encourager les citoyens au mariage et à la procréation. La loi supprime les entraves au mariage résultant de la puissance paternelle ; elle accorde des privilèges aux personnes mariées et à celles qui ont des enfants et frappe d'incapacité les célibataires (incapacité notamment à recevoir une succession). La loi réprime aussi l'adultère et l'impudicité (la débauche des femmes sans adultère) pour rendre les divorces plus difficiles.

A la même époque naît l'institution du concubinat (un « sous-mariage ») qui concernera avant tous les militaires⁸ de carrière qui n'avaient pas le droit de se marier. Elle leur permettait, une fois retraités, de « valider » une union et de

⁸ Jusqu'en 212 ap. J.C. (Edit de Caracalla) seuls les romains disposaient du *Conubium*, le droit de se marier qui permettait d'avoir des enfants légitimes. Le concubinat – *concubinatus* – allait aussi avoir les faveurs de Romains qui ne remplissaient pas les conditions pour accéder aux *justae nuptiae* (*mésalliance, complice adultère*) Sur les empêchements au mariage, lire Jones Huguette, « Mariage et union libre dans la Rome antique », dans De Page Philippe, De Valkeneer Roland, *L'union libre, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 38-39. Sauf pour les militaires, le Concubinat n'avait pas de conséquence juridique. L'enfant né d'une telle union n'avait pas de père légal mais uniquement une mère naturelle.

légitimer les enfants qui en sont issus. L'hostilité envers le concubinat se dessina à compter du moment où la société romaine se christianisa et opéra un net recentrage sur le mariage.

18. La constitution du pécule⁹ permet aux jeunes hommes de détenir une partie du patrimoine de la famille. Le père peut désormais constituer un pécule pour son fils qui prend la forme soit d'un bien mobilier ou immobilier soit d'une « ouverture de crédit » que le père s'engage à rembourser pour le compte de son fils.

Le règlement des successions connaît également une évolution. La liberté testamentaire est désormais limitée par la « quarte légitime » qui est l'ancêtre de la réserve. Elle représente la part dont ne peut être privé un descendant et représente un quart de ce qu'il aurait perçu s'il n'y avait pas eu de testament.

§ 3. LE BAS-EMPIRE CHRÉTIEN (IV^{ème} siècle après J-C)

Le paganisme est aboli et le christianisme s'impose. Ouvert à tous, cette religion ne tarde pas à devenir majeure, à se doter d'une Église dans les rangs de laquelle on comptera beaucoup d'empereurs. De son émergence à la conquête du pouvoir suprême, trois siècles, à peine, suffiront. L'Église influencera les institutions et le droit pendant près de deux millénaires.

Les lois impériales vont alors harmoniser le droit de la famille et les principes chrétiens.

19. La famille païenne doit s'effacer devant la famille chrétienne. L'un des premiers symboles de l'appartenance à une famille disparaît : le nom de famille¹⁰. L'Église insiste sur le nom de baptême qui marque une véritable renaissance et la coupure avec un passé païen.

L'adoption disparaît un peu avant le Moyen-âge et ne réapparaîtra qu'avec la Révolution. On pouvait considérer que l'adoptant se mettait à la place de Dieu

⁹ Le pécule désignait les économies faites par une personne dépendant du paterfamilias (un esclave pouvait s'en servir pour racheter sa liberté). Le père de famille pouvait donner à son fils ou à son esclave une partie de ses biens à administrer ou pour faire du commerce. Cette portion de biens s'appelait le *peculium*. Le *castrense peculium* était composé des biens que le fils avait reçus en rejoignant l'armée ainsi que ceux acquis tant qu'il reste soldat. Le quasi castrense peculium se composait des biens acquis pendant l'exercice des fonctions d'avocat. Lire Ferdinand. Mackelday *Manuel de droit romain* (contenant la théorie des institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain), 1837, Ad. Wahlen et Cie, p.310 à 313.

¹⁰ Il réapparaîtra au XII^{ème} siècle

en accueillant les enfants qu' « Il » lui aurait refusés. Le culte des ancêtres n'existant plus à l'époque, l'adoption perdait une justification.

La chasteté et l'état monastique sont des vertus bien supérieures au mariage qui ne se justifie que par la canalisation des vices et la perpétuation de l'espèce. Toutefois, l'Eglise va tenter d'imposer le mariage à ses fidèles.

Le concubinage est désormais interdit et les enfants légitimes sont distingués des enfants illégitimes.

L'homme ne peut « dénouer ce que Dieu a uni » : le mariage étant devenu religieux, le divorce est interdit. Toutefois, les empereurs permettront la répudiation si l'épouse est adultère, empoisonneuse ou violatrice de tombeaux. Le divorce par consentement mutuel sera supprimé en 542 et rétabli par Justin II en 567. Cependant, l'Eglise, s'étant « emparée des consciences » et jugeant seule du mariage, jugea seule du divorce. Aussi aucun prince jusqu'à Henri VIII, roi d'Angleterre, n'a-t-il pu divorcer et n'a-t-il pu épouser une seconde femme sans l'autorisation du pape.

Section 2 - LA FAMILLE MÉDIÉVALE

La famille médiévale est marquée par la chute de l'Empire romain et par la présence de tribus de germains en Gaule.

20. Les germains centrent leur vie autour d'un mariage monogame. Les chefs, seuls, ont le droit d'avoir plusieurs épouses. Le mariage se fait par consentement mutuel et le mari apporte une dot à sa femme (la dot peut être considérée comme le prix de la fiancée apportée par la famille du mari à la famille de l'épouse alors que la dot de droit romain était apportée par la famille de la mariée)¹¹. La femme n'est pas soumise et jouit d'une réelle influence. Le divorce n'existe pas. Les « liens de sang » sont très forts à tel point que les romains n'hésitaient pas à prendre indifféremment en otage les neveux plutôt que les fils de leurs ennemis germains.

¹¹ Le régime dotal a été abandonné au profit du douaire durant le haut Moyen Âge. Une fois le mariage consommé, le mari donnait à la femme le « morgengaben », cadeau du lendemain, qui confirme le mariage. La dotation maritale était définitivement acquise par la femme. Elle marque la légitimité du mariage et des enfants qui en sont issus alors que la dot paternelle ressemblait davantage à un avancement d'hoirie voire à un dédommagement de la fille pour son renoncement à l'héritage paternel. Lire M. Gaillard, F. Bougard, L. Feller, R. Le Jan « Dots et douaires dans le haut Moyen Âge », Revue belge de philologie et d'histoire, 2004, vol. 82, n° 4, pp. 1065-1067.

Les différentes invasions vont entraîner la cohabitation des droits germaniques et gallo-romains.

21. Les habitants du sud de la Loire se verront appliquer le droit romain alors que les autres seront soumis à la loi burgonde, la loi wisigothe, la loi franque ou la loi salique en fonction de leurs origines.

Ce patchwork juridique était le reflet du patchwork des coutumes familiales respectées sur un territoire.

Peu à peu, « *l'influence du droit du vainqueur s'imprime sur celui du vaincu* ». *Le droit franc l'emporte sur le droit romain qui nécessitait un minimum de culture, ne serait-ce que la lecture, qui disparaissait lentement* »¹². La personnalité des lois est remplacée par la coutume territoriale qu'a fixée le seigneur local. Ainsi la loi salique qui privait les femmes de presque tous les droits dans la succession de leur père s'appliquera d'abord chez les Francs saliens, tribu de Clovis. Cette loi, qui ne concernait que la succession familiale, sera étendue par la suite à la transmission du royaume.

22. Au X^{ème} siècle, le pouvoir s'effrite et les richesses fondent. L'homme féodal, soucieux d'être protégé, se tourne vers sa famille (le clan, le lignage), vers son seigneur et vers l'Eglise. Le devenir des terres guide les relations familiales. Les liens conjugaux, filiaux et successoraux sont liés à la nécessité de garder une terre rentable : il faut donc éviter avant tout son morcellement.

L'éclosion du régime féodal et seigneurial a une répercussion sur l'organisation familiale. La solidarité familiale se resserre comme le montre sa plus brutale manifestation : la guerre privée. Cette guerre est menée par tous les parents unis par un lien vassalique ou féodal contre un autre clan. Elle représentait un instrument juridique admis concurremment au procès devant un tribunal. Les dommages étaient considérables pour les parties en conflit et même pour la population non directement impliquée. Après plusieurs vaines tentatives des autorités de l'Etat de mettre fin à ces guerres, l'Eglise réagit avec plus d'ampleur en proclamant la paix de Dieu.

23. L'Eglise exerce une indéniable influence. A l'exception de quelques minorités, tout le monde est chrétien dans cette société. Ce n'est qu'au moment de la Réforme, au XVI^{ème} siècle, que le pouvoir de l'Eglise sera remis en question.

¹² R. Szramkiewicz, op.cit, p .27

Elle a déjà acquis une compétence, qu'elle estime exclusive, en matière matrimoniale. Elle définit les obstacles dirimants. Le mariage est un acte religieux, le mariage civil est inconnu. Seuls les juifs, non baptisés, étaient exclus de cette compétence. Ils se mariaient entre eux selon leur rite.

Pour le droit canonique le mariage est un sacrement¹³ qui entraîne l'indissolubilité car il représente l'union du Christ avec l'Église, c'est-à-dire avec les hommes. Le mariage est aussi un contrat qui sert d'appui au sacrement. L'Église se montre particulièrement hostile au mariage entre parents et alliés jusqu'au 7^e degré. Ces empêchements touchent aussi la parenté spirituelle (parrain, marraine, filleul). L'Église exclut le consentement des parents au mariage de leurs enfants.

L'Église est la seule à posséder les archives utiles en la matière puisqu'il n'y a pas d'état civil.

Elle est donc la seule apte à prononcer la nullité d'un mariage entre deux personnes ignorant leur lien de parenté et délivrera des dispenses moyennant dédommagements souvent financiers pour réparer l'outrage.

Le mariage des prêtres sera autorisé jusqu'au concile de Latran II en 1139¹⁴. Si le divorce n'est pas admis, un époux peut demander la nullité du mariage si celui-ci n'a pas été consommé.

Le droit canon va devenir le droit fondamental en matière familiale.

24. Le lien du sang est le seul fondement du lien familial ; même en pays de droit écrit (où s'applique le droit romain), l'adoption tombe en désuétude.

La mère, dont la situation dans la gestion familiale était dérisoire, reprend une place dans le foyer. Elle n'est plus l'inférieure du mari mais sa compagne. Cette position ne la place quand même pas sur un pied d'égalité avec son mari. C'est toujours lui qui exerce l'autorité pour la direction du ménage. Ce n'est que s'il est hors d'état de l'exercer que sa femme le remplace.

Les enfants sont protégés car le droit canon¹⁵ insiste sur les obligations des parents à l'égard de leurs enfants.

¹³ Le mariage est le 7^{ème} sacrement depuis le concile de Latran IV (1215). Il devient un acte public et doit être annoncé à l'avance. La publication des bans devient nécessaire. Ce concile exige qu'un clerc soit présent pour recevoir les engagements des mariés et pour leur donner une bénédiction.

¹⁴ Il y a donc plus de huit siècles que les prêtres sont soumis à cette interdiction. Précisons, que le célibat des prêtres n'est pas un dogme mais une règle de discipline. Il interdit le mariage, prône le célibat, la chasteté et la continence. Pourtant, à l'exception de Jean (très jeune) tous les apôtres choisis par Jésus étaient mariés.

¹⁵ Le droit canon est un droit écrit qui demeure confidentiel car seul le personnel de l'Église sait écrire et lire.

Sous l'influence du droit germanique et d'un droit coutumier¹⁶, l'écriture a peu à peu disparu, sauf dans les milieux d'Eglise. C'est donc cette dernière qui fait renaître la pratique du testament.

Section 3 - LA FAMILLE DE LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME

Trois siècles séparent la Renaissance de la Révolution française. Ils seront le témoin du passage vers l'absolutisme de la monarchie. Cet absolutisme trouve un écho dans la famille.

25. La puissance paternelle se renforce mais à différents degrés selon que l'on habite dans un pays de coutumes ou dans un pays de droit romain (le midi). Dans ce dernier cas, la puissance du père continue de s'appliquer jusqu'à la mort du père alors que, plus au nord, elle prend fin par le mariage de l'enfant ou par l'arrivée de la majorité (25 ans).

Dans les pays de droit écrit, les parents peuvent corriger physiquement leurs enfants, les faire enfermer, dans un couvent pour les filles et même en prison (par lettre de cachet) pour les garçons.

26. L'autorité royale prépare lentement la laïcisation complète du mariage qui sera opérée par le législateur révolutionnaire. La laïcisation marque le déclin de l'influence des Eglises et le transfert des questions familiales à des tribunaux non ecclésiastiques. Elle touche aussi la propriété : « *Quand l'Église catholique a cessé d'acquérir ou de posséder d'importantes propriétés, comme elle l'avait fait pendant des siècles, sa relation avec le reste de la société, et en particulier avec la famille, ne pouvait que changer. Moins l'Église acquérait de biens, plus ils restaient aux mains des particuliers ou de l'État* ». ¹⁷

¹⁶ En se déplaçant, les populations vont perdre les traces de leurs différences ethniques (les Burgondes se mélangent aux Lombards etc.). La loi qui s'impose à ce moment-là dépend davantage du lieu que du sang. L'effacement de la personnalité des lois résulte aussi de la fusion des populations (les unions entre membres de différentes nations brouillent les origines) et de l'ignorance du droit. La loi est écrite mais presque personne ne sait les lire. Les vestiges du droit ancien et les règles nouvelles, créées au fur et à mesure en fonction des besoins, forment un nouveau système normatif rudimentaire, un droit coutumier applicable dans un cadre territorial local. Ce droit se fixe dans le cadre de la seigneurie, suit le morcellement territorial et le cadre de la vie sociale et économique. Ce sont ces usages qui règlent les rapports entre individus. Ce ne sont pas des constructions spontanées mais sont peu à peu formées sur des terrains germaniques ou romains. On peut considérer que les coutumes qui se développent au nord (où il n'y a jamais eu application du droit romain) sont des coutumes essentiellement germaniques.

¹⁷ Jack Goody, *La famille en Europe*, 2001, Seuil, p.28

L'Église considérait le mariage comme un sacrement, sans conditions de forme, fondé sur un consentement mutuel des époux. Les guerres, les migrations et surtout l'absence de publicité du mariage entraînèrent, au cours de la Renaissance, la multiplication des situations de bigamie, de concubinage et de mariages clandestins. Ces situations restaient d'ailleurs, pour beaucoup d'entre elles, cachées puisqu'il n'y avait pas moyen de les prouver.

27. La monarchie imposera au mariage un caractère si ce n'est laïc du moins civil. Le mariage n'est plus religieux et devient une affaire de famille et de société. L'ordonnance de Blois de 1579, complétée par celles de 1639 et 1697, imposera la publication de bans et la présence de quatre témoins.

Pressé par la noblesse qui ne trouve pas toujours un équilibre social dans les alliances de ses enfants, le roi impose aux futurs mariés de solliciter l'avis de leurs parents avant de se marier. Le contrevenant s'expose à des sanctions civiles puisque ses parents peuvent le déshériter. Il perd même le droit d'hériter d'une ligne collatérale à la demande des cohéritiers. L'enfant était susceptible d'être condamné à mort. « *Il n'est si bon mariage qu'une corde ne rompe* » : c'est ainsi que Loysel¹⁸ illustre ce qui attendait celui qui se passait de l'accord de ses parents avant de convoler¹⁹.

Cette dernière peine étant jugée excessive, peu de parents allaient jusqu'à compromettre la vie de leur enfant en le poursuivant.

28. Une autre « tactique » fut alors mise au point : le rapt de séduction. On considéra alors que si les parents n'avaient pas donné leur consentement, celui de leur enfant était supposé avoir été obtenu par violence. Ce consentement étant vicié, le mariage était annulé. Le curé ayant célébré ce mariage était également puni d'une amende.

¹⁸ Antoine Loysel, *Institutes coutumières*, Maxime 130, Editions de Paris, 1846

¹⁹ Dans la caste nobiliaire la puissance et la richesse s'acquerraient par la force, l'alliance ou l'héritage. Peu partageuse elle redoutait la mésalliance qui permettait à un indésirable d'accéder au patrimoine par le biais d'une héritière. Le mariage étant, à l'époque, un simple sacrement que les époux s'administraient mutuellement par un unique consentement échangé en présence du prêtre, les familles se retrouvaient désarmées devant le fait accompli. Les tribunaux ecclésiastiques, seuls compétents en matière de sacrements, n'annulaient un mariage qu'en cas de bigamie ou de consentement arraché par violence. Loysel, Conseiller du Parlement de Paris, sans doute ému par la détresse parentale, rappela que la séduction viciait le consentement tout autant que la violence dont elle devenait une forme déguisée. Obtenir un consentement de la sorte devint un cas *pendable*, passible de sanctions pénales allant jusqu'à la mort par pendaison. La persévérance de la future veuve dans son *oui* prouvait la force de la séduction et serrait davantage le cou de l'heureux élu. Le magistrat sut résumer le principe du rapt de séduction et ses conséquences en cet adage.

Le divorce était toujours impossible mais la séparation de corps pouvait être prononcée en justice. Le droit ne reconnaissait pas l'égalité de l'homme et de la femme et imposait à la femme un devoir de soumission.

Toutefois, la place de la femme était très différente selon sa condition sociale et son lieu de vie (province ou ville). Les femmes de la Cour avaient des mœurs beaucoup plus libres et accédaient à une indépendance presque totale.

D'un point de vue pécuniaire, le régime des pays de coutume était celui de la communauté exclusivement gérée par le mari.

29. Cette société stricte, sans divorce, a très probablement découragé du mariage une partie de la population entraînant ainsi de nombreuses naissances illégitimes. L'expression « enfant naturel » apparaît au XVIII^e siècle.

L'Église et le Droit placent ces enfants en dehors de la famille et de la société. Ils ont toutefois un lien avec le parent qui les a reconnus mais ils ne peuvent pas en hériter. Ils sont autorisés à se marier et à avoir des enfants légitimes. Toutefois, ces derniers n'héritent pas de leur auteur. Ils n'ont pas le droit d'occuper un emploi public ni de devenir prêtre.

Cependant le roi, notamment Louis XIV, accordera souvent des dispenses pour permettre à ces enfants d'accéder à des postes publics. La jurisprudence les autorisera aussi à recevoir des legs.

Robespierre fut l'un des plus ardents défenseurs des enfants illégitimes en demandant de « *modifier dans un sens plus conforme à l'humanité des lois empreintes de la barbarie d'un autre âge* ». ²⁰

La fin du XVIII^e siècle marque une évolution des mentalités et des rapports dans la famille.

Les enfants, jusqu'ici craintifs de leurs parents, prennent une place au sein du couple. Le cercle familial se resserre et « l'affection familiale » semble s'imposer dans les foyers.

²⁰ Propos tenus par Robespierre devant l'académie d'Arras en 1786. Voir Discours publiés par L.N. Berthe et M. de Langres, Académie des sciences, Lettres et Arts d'Arras, 1971, p. 160

Section 4 - LA FAMILLE ET LA RÉVOLUTION

30. Des débuts de la Révolution à la promulgation du code civil, en 1804, la législation familiale est l'enjeu de débats passionnés. Révolutionnaires et contre-révolutionnaires partagent la conviction selon laquelle le destin de la société dépend des solutions apportées en matière familiale. Les législateurs de la Révolution considéraient l'ordre familial comme le miroir de l'ordre politique. Ils étaient aussi héritiers des Lumières pour lesquels la diversité des cultures et des sociétés se lisait dans la diversité de leur forme d'organisation familiale.

La monarchie avait assis sa domination sur le modèle familial. Pour le retourner, il fallait transformer l'ordre familial. Toutefois, il n'y a pas eu d'adéquation entre les deux domaines mais, au contraire, une reconnaissance de la séparation entre l'individu et le citoyen.

Au nom d'un droit à l'épanouissement individuel et privé est né un équilibre dans les rapports légaux entre mari et femme et entre parents et enfants.

Pour la première fois, deux idées maîtresses vont diriger le législateur : la liberté et l'égalité.

§ 1. L'ÉGALITÉ DANS LE COUPLE

31. Par la loi du 20 septembre 1792 (jour de la victoire de Valmy), le mariage devient civil²¹, associé ou non à un mariage religieux.

Un garçon peut se marier dès 15 ans et une fille dès 13 ans. Avant 21 ans, ils doivent tous les deux obtenir le consentement de leur parents. Le mariage entre collatéraux est possible sauf entre frères et sœurs.

32. Le divorce est possible par consentement mutuel, ou pour cause d'incompatibilité d'humeur, même alléguée par un seul des deux époux, ou dans sept cas déterminés : démence d'un des conjoints, condamnation à des peines infamantes, crimes ou sévices, dérèglement des mœurs, abandon du domicile conjugal, absence prolongée, émigration. La séparation de corps acceptée sous l'Ancien Régime était abolie.

²¹ Voltaire considérait déjà dans son *Dictionnaire Philosophique*, publié la première fois en 1764 (disponible aux éditions Garnier-Flammarion, 2010), que le mariage était une institution humaine. Le « mariage » est défini comme « un contrat du droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Eglise ». Il ajoute dans la définition du Droit canonique : « Le mariage peut donc subsister avec tous ses effets naturels et civils indépendamment de la cérémonie religieuse »

Le divorce est prononcé par le Tribunal des familles après une procédure simple. Le succès de cette loi fut intense et immédiat. « *Dans les trois mois qui suivent la promulgation de la loi de 1792, on a recensé à Paris un peu plus de cinq cents divorces pour mille huit cents mariages* ». ²²

Le droit révolutionnaire s'appliqua de 1792 à 1803, douze ans pendant lesquels eurent lieu à Paris, 55.000 mariages et 13.000 divorces, soit un peu moins d'un divorce pour quatre mariages ²³.

33. La mère est désormais associée aux décisions concernant les enfants. Toutefois, lorsque le consentement parental au mariage d'un enfant est requis, celui du père suffit. Le consentement paternel est réputé plus éclairé car la femme a moins d'expérience des affaires que son mari.

La Convention refusera aussi d'attribuer des droits égaux au mari et à la femme sur les biens du ménage. La puissance maritale, bien qu'amoindrie, subsistera.

§ 2. LES RELATIONS PARENTS-ENFANTS

L'adoption est rétablie par la loi du 18 janvier 1792. Elle n'était plus autorisée depuis l'Empire romain.

34. Le carcan se desserre aussi dans les relations entre parents et enfants. La puissance paternelle est amoindrie mais pas totalement supprimée malgré le souhait du député Berlier qui demande de la remplacer par un « *devoir de surveillance et de protection* » ²⁴. Le droit de correction est notamment soumis à la décision d'un tribunal de famille.

Beaucoup de cahiers de doléances évoquent le statut des enfants illégitimes mais aucun ne demande de les assimiler aux enfants légitimes. L'opinion partage toutefois le sentiment qu'il n'est pas juste de faire subir aux enfants naturels la honte d'une naissance hors mariage alors que seuls leurs parents pourraient être considérés comme fautifs. La loi du 2 novembre 1793 ira au-delà des attentes de cette opinion car elle assimilera complètement, avec effet rétroactif au 14

²² S.Melchior-Bonnet et Catherine Salles, *Histoire du mariage*, Editions de La Martinière, 2001, p.132

²³ G. Thibault-Laurent, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire (1792-1816)*, thèse droit Montpellier 1939, p.146, cité par Marcel. Garaud et Romuald. Szramkiewicz, *La révolution française et la famille*, P.U.F., 1978, p.87

²⁴ Lire l'article de J. Mulliez « Père tonnant (de l'Ancien régime) Père aimant (de la révolution) », Dans « Des parents ! A quoi ça sert ? », Revue Erès, 2001, p. 9 à 23

juillet 1789, l'enfant naturel à l'enfant légitime en particulier en matière successorale. L'enfant adultérin sera toutefois exclu de ces dispositions.

35. Le code civil abrogera cette loi et l'enfant naturel devra attendre 1972 pour retrouver les droits qui lui furent octroyés pendant les années de la Révolution.

L'égalité entre tous les citoyens s'étend au sein de la fratrie. L'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789 fait disparaître le droit d'aînesse.

La succession d'un père doit obligatoirement être partagée, à parts égales, entre tous ses enfants. La quotité disponible est de 1/10^{ème} en présence de descendants. Cette quotité doit obligatoirement être léguée à quelqu'un n'appartenant pas à la famille pour ne pas rompre l'égalité entre héritiers.

Section 5 - LA FAMILLE ET LE CODE CIVIL NAPOLÉONIEN

36. Les lois révolutionnaires étaient inspirées par la volonté populaire. Le Code civil est élaboré par une élite de juristes guidés par Napoléon.

En ce qui concerne la famille, Napoléon avait des idées très arrêtées concernant les rapports entre mari et femme et entre parents et enfants.

Il n'hésite pas à affirmer que "*la femme est la propriété de son mari comme l'arbre à fruits celle du jardinier*".²⁵ Le doyen Carbonnier précisera d'ailleurs à propos de l'Empereur : « *Il ne pensa qu'à lui-même et à ses ambitions dynastiques ; il faut regretter que le sort des institutions d'un pays ait pu dépendre aussi étroitement des expériences du mari trompé d'une femme stérile* »²⁶.

37. Le Code civil ne contient pas de chapitre intitulé « la Famille ». L'idée d'individualisation est très présente. Chacun est libre ou non de créer une famille. L'intérêt de l'individu l'emporte sur celui de la structure familiale. La famille est réduite à sa plus simple expression : la famille nucléaire composée du père, le chef incontesté et incontestable de la famille, de la mère et des enfants. Le rôle des grands-parents n'est pas reconnu et les enfants naturels sont exclus de la famille. Ils ne peuvent invoquer qu'une parenté à l'égard de leur auteur. Ce dernier ne peut être contraint de les reconnaître puisque la recherche de paternité

²⁵ R.Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p.94

²⁶ Ibid. p.95

est impossible. Seule la reconnaissance volontaire est admise. La recherche judiciaire de la filiation maternelle est possible si l'enfant apporte la preuve de la maternité de sa mère.

L'adoption était facile sous la révolution ; le code civil la durcit et la limite à la possibilité pour une personne de plus de 50 ans, sans enfant, d'adopter un majeur. L'enfant adopté se voit accordé des droits dans la succession de l'adoptant mais il n'intègre pas la famille de l'adoptant.

38. L'autorité du père et du mari est affirmée. Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil, explique, en présentant le projet de loi sur le Mariage aux députés, en mars 1803, qu' « *on a très bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun est de l'espèce; ce qu'ils ont de différent est du sexe. [...]. Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. [...]. Ce ne sont point les lois, c'est la Nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes* », cette nature qui « *ne les a fait si différents que pour les unir* ».

« *La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être[...]. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège* »²⁷.

La femme n'avait plus été placée dans un tel lien de subordination depuis les plus contraignantes des règles du droit romain.

La femme, véritable incapable juridique, devait porter le nom de son mari, suivre son époux (même au cachot avait proposé Bonaparte !) et se plier à ses exigences. L'adultère de la femme, par le risque d'une grossesse, peut compromettre l'équilibre familial. Il est donc sévèrement puni. L'infidèle peut être enfermée pendant deux ans dans une maison de correction. L'adultère du mari ne sera puni, d'une seule amende, que s'il se manifeste par l'entretien d'une concubine au domicile conjugal.

39. Au sein du couple, l'homme dispose de l'autorité sur sa femme et sur ses enfants. La puissance paternelle, écartée du droit révolutionnaire, est introduite dans le code civil. Le modèle du passé remontait au droit romain et agit comme une chape de plomb sur la famille.

La mère ne retrouve autorité sur ses enfants qu'à la mort du père. Le père doit consentir au mariage de ses enfants jusqu'à 25 ans pour les garçons et 21 ans

²⁷ Extrait du recueil Fenet (t. IX, pp. 177 et s.) reproduit dans *Naissance du Code civil* (dir. François. Ewald), Flammarion, 1989 [2e éd., 2004], pp. 369-370.

pour les filles. Les garçons de moins de trente ans sont tenus de demander conseils à leurs parents par des « actes respectueux et formels ».

Le mariage est toujours sécularisé et le Code pénal prévoit que le mariage religieux ne peut pas précéder le mariage civil.

Le mariage est interdit entre frères et sœurs, beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, neveu et tante. En revanche, il est autorisé entre cousins germains. Si le mariage est incestueux, il est considéré comme n'ayant jamais existé. Il en est de même si le consentement des époux n'a pas été libre, en cas de bigamie ou d'impuberté ou d'erreur sur la personne.

40. Le divorce est maintenu mais s'il est demandé sur consentement mutuel, les formalités imposées sont décourageantes : le consentement des parents des époux doit être obtenu et la moitié de la fortune du couple doit être donnée aux enfants. Peu de divorces furent demandés sous l'Empire. La séparation de corps est toujours possible.

Le divorce est donc plus contraignant mais il est maintenu. Il sera supprimé sous la Restauration en 1816.

Enfin, en matière successorale, la réserve est au maximum d'un quart du patrimoine et peut être laissée à n'importe qui, y compris, donc, à l'un de ses enfants au risque de rompre l'égalité des partages.

Section 6 - LA FAMILLE APRÈS LE CODE CIVIL

41. Napoléon ne pouvait revenir à un régime monarchique et réintroduire le droit d'aînesse. Il institua donc le majorat (de « major », l'aîné) qui permettait de faire passer à l'aîné des garçons, porteur du titre, une partie inaliénable du patrimoine familial. Ce majorat pouvait être pris sur la quotité disponible.

42. Dans la Charte aux Français de 1814, Louis XVIII précise, dans l'article 6, que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion d'Etat.

La chambre des députés était alors composée de catholiques. Elle était même surnommée « la congrégation ». Elle ne tarda pas à adopter une loi pour supprimer une pratique que répugnaient tant les mœurs des députés que la religion d'Etat : le divorce. Tous les Français étaient considérés comme catholiques qu'ils le soient vraiment ou qu'ils soient incroyants, juifs ou protestants. Le divorce est supprimé le 8 mai 1816. La France n'y reviendra qu'en 1884 par la loi Naquet.

43. Les évolutions économiques et sociales vont être importantes au XIX^{ème} siècle. Le Code civil avait été établi pour une population essentiellement rurale. En 1880, seuls 45% de la population vivait encore de l'agriculture²⁸. Les membres de la famille ne vivaient plus regroupés sur un même territoire. Les enfants partaient souvent travailler en ville et la famille s'est dispersée. Les changements économiques (essentiellement liés à l'essor industriel), vont affecter la vie des familles *« A l'évidence, les relations entre les parents et les enfants ont pris une dimension nouvelle [...]. Leur valeur économique était devenue supérieure à celle qu'ils avaient antérieurement dans un contexte purement agricole, ce qui explique en partie la croissance de la taille des familles. [...] personne n'avait intérêt à réduire le nombre des naissances dès lors qu'il n'y avait plus aucune terre à partager »*²⁹.

44. La puissance paternelle est très atténuée (loi du 24 juillet 1889). La loi veut désormais protéger les enfants d'éventuels et possibles abus de leurs parents. La majorité passe à 21 ans en 1907. La même année, les « actes respectueux » des enfants de moins de trente ans candidats au mariage sont remplacés par une simple notification.

45. Seules les femmes célibataires, veuves ou divorcées avaient la pleine capacité juridique. La femme mariée devait obtenir l'autorisation de son mari avant d'accomplir un acte important. Mais les femmes mariées sont de plus en plus nombreuses à travailler et à subvenir aux besoins du ménage. Elles obtiendront d'abord de la jurisprudence puis du législateur le droit de contrôle sur les finances du ménage et le droit de toucher son propre salaire.

Le XIX^e siècle donna enfin des droits au conjoint survivant. Il se voit accorder un usufruit d'un quart en présence d'enfants, de la moitié ou de la totalité en fonction du rang des autres héritiers. Ce n'est toutefois qu'à partir de 1972 que le conjoint survivant primera dans la succession sur les collatéraux privilégiés.

46. Le divorce, à nouveau admis par la loi Naquet, est un « divorce-sanction » qui exclut le divorce par consentement mutuel. Ce n'est qu'en 1975 que, face à l'évolution des mœurs et des modes de vie des Français, la loi adoptera un

²⁸ R.Szramkiewicz, *op. cit.* p.130

²⁹ J. Goody, *op.cit.* p.180

« divorce-remède » ou « constat de faillite » en rétablissant notamment le divorce par consentement mutuel.

47. Le sort de l'enfant naturel est une nouvelle fois amélioré. Le nombre des naissances illégitimes s'accroît considérablement au XIX^{ème} siècle. L'union libre est fréquente. En 1826, se crée la Société charitable de Saint-François Régis qui aide les ménages indigents à régulariser leur union. « *Il s'agit pour elle 1. D'arracher les pauvres au malheur et au crime d'une cohabitation illicite ; 2. De donner à leurs enfants le bienfait de la légitimation ; 3. De tâcher de ramener le père, la mère et les enfants à la pratique et à l'amour de la religion* »³⁰

Le monde littéraire, avec à sa tête Alexandre Dumas, s'intéresse aussi beaucoup à l'enfant naturel³¹.

La jurisprudence cherche à contourner l'interdiction de recherche de paternité et accorde à la mère de l'enfant la possibilité de demander à celui qui l'a « séduit » de réclamer des dommages et intérêts. La loi du 16 novembre 1912 permettra la recherche de paternité de l'enfant naturel. Elle devient possible dans cinq cas : séduction dolosive, viol de la mère, entretien et éducation de l'enfant par le père et commencement de preuve par écrit. Cette recherche reste impossible en cas d'inconduite notoire de la mère.

En 1896, augmente la part successorale de l'enfant naturel sans lui donner la même chose que s'il avait été légitime. L'égalité entre enfants naturels (non adultérins ou incestueux) et enfants légitimes ne sera accordée qu'en 1972.

Section 7 - LA FAMILLE CONTEMPORAINE

Depuis l'Antiquité, le mariage était considéré comme le fondement immuable de la société.

48. Le XX^{ème} marque un tournant décisif et démythifie le couple en remettant en cause sa fonction même.

A partir des années 1960, avec l'augmentation du concubinage, du divorce par consentement mutuel, de la cohabitation, des naissances hors mariages, est apparue une pluralité des formes de la vie familiale.

³⁰ M. Frey, « Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris (1846-1847) », In: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 33^e année, N. 4, 1978. pp. 803-804.

³¹ Alexandre Dumas fils ne fut reconnu par son père qu'à l'âge 7 ans et il mit à son tour quatre années pour légitimer sa fille en épousant sa mère. Son œuvre littéraire sera imprégnée des problèmes de l'enfant naturel, de l'adultère, des courtisanes, de la paternité ...Lire Maurice d'Hartoy, *Dumas fils inconnu*, Editions Louis-Conard, 1964.

Jusqu'aux années 1970, les rapports amoureux se trouvaient embrigadés dans un parcours qui, pour l'essentiel, avait été fixé il y a plus d'un siècle.

La toute-puissance familiale, même si elle n'était plus légalisée, les régimentait; si le mariage d'intérêt avait beaucoup régressé, si tout le monde affirmait hautement que la condition essentielle d'une union durable était de solides sentiments, les convenances voulaient que l'on s'engageât rapidement dans une relation dont il n'y avait pas à sortir : d'abord les fiançailles, ensuite le mariage.

Si les choses tournaient mal, on pouvait bien sûr divorcer mais la procédure relevait du parcours du combattant et, surtout, elle était très mal vue, même dans les familles affranchies de tout scrupule religieux.

49. Liberté, telle est la devise des nouveaux couples portés par Mai 68 qui ouvre l'ère d'une nouvelle attitude à l'égard de l'autorité³² et des normes (attitude portée par le slogan *Il est interdit d'interdire !*), d'initier de nouvelles conduites devant les traditions et les valeurs. Aucune autre jeune génération n'avait été aussi différente de celle de ses parents³³.

50. C'est le début d'une nouvelle société. La dépendance envers la famille est rompue. Chaque génération se sent parfaitement libre d'agir. Les mœurs évoluent et bousculent en profondeur les sensibilités, les croyances, la pudeur, le plaisir de la société. Une partie de l'opinion publique, à la tête de laquelle on trouve la jeune génération, fait de la liberté des mœurs un critère de la modernité

³² Certains nostalgiques estiment que la famille resterait quand même le seul lieu d'autorité face « *au grand cimetière de références patriarcales désaffectées que sont l'armée, l'Eglise, la Nation, la patrie, le parti. Du fond de sa détresse, elle paraît en mesure de devenir un lieu de résistance à la tribalisation organique de la société mondialisée* ». Elisabeth Roudinesco, *La famille en désordre*, Fayard, 2002 p.243-244

³³ Le tableau que dresse le philosophe Michel Serres dans son livre *La petite poucette*, Editions le pommier, 2012, p.7, 8, 9, résume bien les changements qui se sont produits : « *En 1900, la majorité des humains sur la planète, travaillait au labour et à la pâture, ; en 2011 et comme les pays analogues, la France ne compte plus que un pour cent de paysans. [...] Il (le jeune adulte de 2012) n'a plus la même vie physique, ni le même monde en nombre, la démographie ayant soudain, pendant la durée d'une seule vie humaine, bondi de deux vers sept milliards d'humains ; il habite un monde plein. Ici son espérance de vie va vers quatre-vingts ans. Le jour de leur mariage, ses arrière-grands-parents s'étaient juré fidélité pour une décennie à peine. Qu'il et elle envisagent de vivre ensemble, vont-ils jurer de même pour soixante-cinq ans ? Leurs parents héritèrent vers la trentaine, ils attendront la vieillesse pour recevoir ce legs. Ils ne connaissent plus les mêmes âges, ni le même mariage ni la même transmission de biens. [...] Ont-ils eu faim ? Or, religieuse ou laïque, toute morale se résumait en des exercices destinés à supporter une douleur inévitable et quotidienne : maladie, famine, cruauté du monde. Ils n'ont plus le même corps ni la même conduite ; aucun adulte ne sut leur inspirer une morale adaptée. Alors que leurs parents furent conçus à l'aveuglette, leur naissance est programmée. Comme, pour le premier enfant, l'âge moyen de la mère a progressé de dix à quinze ans, les parents d'élèves ont changé de génération. Pour plus de la moitié ces parents ont divorcé* ».

et de l'émancipation. Les Eglises, hostiles à une telle évolution, apparaissent archaïques. Les nouvelles générations jettent la morale chrétienne « avec l'eau du bain » des convenances sociales.

Le temps que les sociologues appellent encore pudiquement « cohabitation pré-nuptiale »³⁴ commence à se généraliser chez les jeunes, voire à s'éterniser. « *La libération de la sexualité enlève au mariage son caractère fondateur de rite de passage. Privé de son essence le mariage a-t-il encore sa place dans la société du troisième millénaire ?* »³⁵.

Avant les années 70, sur ces liaisons hors mariage, comme sur les couples homosexuels, la morale (bien pensante) posait un œil lourdement réprobateur ; et elle ne consentait à le fermer que lorsque l'affaire concernait des acteurs, des peintres...et plus largement des créateurs, en faisant passer ces singularités au crédit de la « vie d'artiste » !

51. Mais le combat contre les tabous et la liberté sexuelle n'aurait certainement pas débouché sur l'une des mutations les plus profondes du XXème siècle, si la lutte n'avait trouvé l'assise dans une découverte scientifique : l'invention de la pilule. Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, les hommes et les femmes dissociaient la sexualité de la procréation. Les femmes peuvent dès lors échapper aux avortements aussi interdits que dangereux ou au mariage « réparateur » destiné à masquer la faute. Nombres d'unions bénies par le curé se retrouvent brisées et s'il y a des enfants, qu'importe ! Ils « suivent le mouvement » et c'est ainsi que naît le modèle aujourd'hui classique de la famille recomposée. Cette famille n'est plus marginale mais un mode de vie courant et assumé.

52. Depuis les années 1960, le nombre de ménages est en forte augmentation. Parallèlement, le nombre moyen de personnes par ménage tend à baisser : égal à 3 en 1968, il passe à 2,9 en 1975, il n'est plus que de 2,4 en 1999, de 2,3 en 2005 et 2,2 en 2013 (prévision inférieure à 2,1 en 2030). En France, parmi les familles ayant au moins un enfant de 0 à 24 ans, 18 % ont trois enfants ou plus de cet âge en 2009. Elles étaient 20 % en 1999³⁶. Le nombre moyen d'enfants dans l'ensemble des familles diminue car non seulement les couples ont moins d'enfants mais beaucoup n'en n'ont aucun. Désormais, les ménages dont la

³⁴ Lire notamment Louis Roussel, « La cohabitation juvénile en France ». In: Population, 33e année, n°1, 1978 pp. 15-42.

³⁵ S. Melchior-Bonnet et C.Salles, *op. cit.* p.187

³⁶ Source INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques)

famille principale est un couple avec enfants (29 %) ne sont guère plus nombreux que les ménages où la famille est un couple sans enfant (27 %). Le vieillissement de la population explique en partie cette baisse de la taille des ménages. En effet, la population de plus de 60 ans augmente et au-delà de cet âge peu de personnes vivent dans un ménage de trois personnes ou plus. Les enfants ont habituellement créé un nouveau foyer en quittant le foyer parental. D'autres explications sont aussi avancées comme le mouvement de décohabitation des générations, la multiplication des divorces, le phénomène ou encore la prolongation des études. Un tiers des ménages sont aussi constitués d'une seule personne³⁷.

53. Les dernières réformes du droit de la famille visent à une amélioration du rapport entre le droit et les mœurs, en tenant compte d'un certain nombre de changements.

Les bouleversements qui ont accompagné les cinquante dernières années ont mis en avant la valorisation de l'authenticité des rapports familiaux et de l'autonomie. Avec le développement de la contraception, un changement simultané des mœurs³⁸ s'est opéré, concernant le choix de faire ou non un enfant, la possibilité de faire des enfants sans recourir au mariage, le fait de mener une vie conjugale sans enfant et, enfin, la possibilité de vivre dans la plus totale fidélité ou de pratiquer une sexualité « buissonnière » sans préjugés.

Aujourd'hui, les recompositions familiales, la reconnaissance de la famille homoparentale et les possibilités accrues de fécondation médicalement assistée sont quelques-uns des thèmes récents qui ont redonné une certaine vigueur à la sociologie de la famille et qui obligent le législateur à se demander quel rôle le Droit peut jouer dans une famille dont les contours mêmes lui échappent.

³⁷ Idem

³⁸ Simultané mais pas immédiat pour tous. Souvenons-nous du fait que la « pilule est plutôt mal passée » pour une partie des parlementaires et de l'opinion publique. L'idée du péché est entrée dans les débats de sa légalisation et aurait pu compromettre le succès de la contraception. Le député Coumaros, par exemple, considérait que la légalisation de la pilule aurait de bien fâcheuses conséquences : « *Les hommes perdront alors la fière conscience de leur virilité féconde, et les femmes ne seront plus qu'un objet de volupté stérile* ». Lire les débats de la 2^e séance du 1^{er} juillet 1967 sur le site Internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr>.

54. « Père, mère, enfant : trois mots pour dire la famille »³⁹.

Cette définition a le mérite d'être concise mais elle est très insuffisante pour qualifier de familiales les relations entre au moins deux personnes.

Puisque tout le monde (ou presque) en a une, la famille devrait être facile à identifier. La famille est à la fois une structure universellement reconnue et un ensemble jamais clairement défini. L'historien du droit, Jacques Poumarède, rappelle que « *le mariage et le cercle de famille qu'il est censé fonder ne sont en aucune manière une réalité simple, intemporelle, universelle mais au contraire une construction complexe et historique. Une construction à quatre dimensions : anthropologique, religieuse, juridique et politique qui sont apparues à des moments précis de l'histoire, qui ont évolué, et qui peuvent à tout moment disparaître* ». ⁴⁰

Chacun a une idée de la famille pour avoir vécu en famille sous une forme ou sous une autre. Cette approche immédiate cache toutefois de grandes disparités car chacun porte un modèle de la famille qu'il utilise pour apprécier toute situation familiale. Que la famille soit unie, éclatée, dispersée, monoparentale, homoparentale, adoptive ou recomposée chacun est issu de l'une d'entre elles.

55. Nos aïeux ne se seraient même pas posé la question de savoir ce qu'était une famille car celle-ci s'inscrivait dans une continuité. Elle n'avait pas beaucoup évolué et la seule différence qui existait était celle de la légitimité.

La structure familiale est, depuis une quarantaine d'années, en pleine mutation. Aujourd'hui, plus de la moitié des enfants naissent hors mariage, le nombre de divorces a explosé et beaucoup se « contentent » d'un pacs pour encadrer leur relation de couple. Le modèle traditionnel reposant sur le mariage, s'il existe toujours, n'est plus modèle unique de la famille. La famille ne se construit plus sur la légitimité juridique. A partir de quelle structure peut-on qualifier un groupe de personnes de famille ? De quelle nature doivent être les liens qui unissent ces personnes ?

³⁹ Collectif sous la direction de Maryse Vaillant *Encyclopédie de la vie de famille: les psys en parlent*, 2004, éditions de la Martinière

⁴⁰ J. Poumarède, « Mariage, concubinage ou la quadrature du cercle ? », dans Cl. Neirinck (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, Page 18.

La famille de nos grands-parents n'est plus « dans l'air du temps ». Progressivement, le « modèle familial » a fait place à de nouveaux « modèles de familles ». La famille n'est plus une institution figée autour du mariage mais une structure fondée sur des relations interpersonnelles. Elle établit un système de parenté qui s'impose sans contour précis mais avec une certaine permanence. La puissance paternelle a fait place à l'autonomie des ménages.

Parler de la famille suppose de parler d'une chose si commune à tous qu'elle semble être évidente. Sa dimension « familiale » prévient aussi qu'elle relève de l'intime, qu'elle appartient à notre vie privée mais la famille relève également de la sphère publique quand il s'agit de la voir dans certaines de ses fonctions.

La famille est aussi architecture juridique qui lie durablement trois sortes d'acteurs différents : les ascendants et descendants liés par la généalogie ; les alliés liés par le mariage ou un contrat ; les germains, frères ou sœurs liés par l'appartenance au groupe familial et à un ancêtre légitime commun.

Il n'y a pas de science unique qui donnerait une définition des fonctions et des représentations de la famille. Le droit, l'histoire, la sociologie ou l'ethnologie extraient chacune un aspect d'une réalité familiale complexe.

Essayons tout de même d'y voir plus clair en commençant par une définition.

Section 1 - TENTATIVE DE DÉFINITION

56. La famille se définit par les membres qui la composent.

- La présence de certains membres est-elle essentielle pour former une famille?
- Un couple sans enfant peut-il être considéré comme une famille?
- Deux frères ou deux cousins qui cohabitent constituent-ils une famille?

Elle se définit aussi par la co-résidence.

- Les membres d'une famille doivent-ils nécessairement vivre sous un même toit?
- Un parent et ses enfants dont il n'a pas la garde permanente forment-ils une famille?
- Des parents séparés et leurs enfants constituent-ils toujours une même famille?

Enfin, elle se définit par les liens qui unissent ses membres.

- Quels liens (biologiques, affectifs ou juridiques) doivent nécessairement unir les membres d'une même famille ?

- Un couple et les enfants (ou une personne âgée) qu'il héberge, en tant que famille d'accueil rémunérée, ou non, forment-ils une famille?
- Le nouveau conjoint d'une mère fait-il partie de sa famille?
- Des parents qui n'assurent aucune responsabilité envers leur enfant font-ils toujours partie de la famille de ce dernier?

§ 1. LES MÉNAGES

57. Le terme « famille » regroupe en fait une diversité d'acceptions qui relèvent de logiques tant juridique, qu'administrative, scientifiques ou idéologiques.

C'est pour toutes ces raisons que l'INSEE⁴¹ utilise plutôt le terme de « ménage » qui se définit comme l'ensemble des individus vivant sous le même toit. Une telle réduction est évidemment bien commode pour la réalisation d'enquêtes nationales puisqu'il suffit de compter le nombre de personnes par foyer mais elle présente de nombreuses limites.

Le couple ne cohabite pas forcément, les enfants ne sont pas forcément au domicile parental et des corésidents (éventuellement des colocataires) n'appartiennent pas obligatoirement à la même famille.

Le terme « ménage » rappelle surtout une conception traditionnelle de la famille : la cellule nucléaire.

On a longtemps eu tendance à considérer qu'une famille se composait d'un couple marié et de ses enfants mineurs ou vivant au domicile tant qu'ils n'avaient pas leur autonomie financière.

58. Ce sens est d'ailleurs très largement répandu et se trouve notamment dans le dictionnaire Larousse⁴² qui retient, en première définition, que la famille est « *l'ensemble formé par le père, la mère (ou l'un des deux) et les enfants* ». Conforme à une certaine réalité de la famille, cette définition est cependant à la fois trop rigide et trop succincte pour correspondre à la situation actuelle. Le dictionnaire, dont les définitions évoluent en même temps que la société, étend sa définition aux familles nucléaires, conjugales et recomposées. Le même

⁴¹ INSEE

⁴² Edition 2014

ouvrage retient pour le terme de « ménage » la définition d' « *homme et femme vivant ensemble et formant la base de la famille* »⁴³.

Certaines formes familiales échappent à ce standard. Il en va notamment ainsi des familles monoparentales, des familles recomposées, des familles homoparentales.

Cette définition passe sous silence les familles qui existent entre frères et sœurs à l'âge adulte. Le « ménage » est également peu révélateur du couple et de sa signification par rapport à la famille. Exonérés de l'obligation du mariage, les couples sont désormais tout aussi légitimes, mariés ou non, hétérosexuels ou homosexuels.

Pour définir la famille, on peut aussi réfléchir en termes de groupes et partir des notions de parenté et de parentalité.

§ 2. PARENTÉ ET PARENTALITÉ

59. La parenté est l'ensemble des personnes avec qui nous entretenons:

- soit un lien de filiation (parents/enfants, grands-parents/petits-enfants),
- soit un lien collatéral (frère -sœur) soit un lien d'alliance (conjoint),
- soit une relation liée à différents liens ; un cousin par exemple appartient à la parenté puisque l'un de ses parents (filiation) est le frère ou la sœur (collatérité) de l'un de des parents (filiation) de son cousin.

La parenté regroupe donc tous les individus avec lesquels nous avons un lien de consanguinité ou d'alliance.

Cette distinction permet alors de réserver le terme « famille » pour caractériser un degré de proximité qu'il soit affectif ou généalogique.

Cette proximité peut aussi intégrer la notion d'intimité puisque l'on peut préférer un cousin à un autre et nier le lien qui nous unit à un autre que l'on n'apprécie pas.

Les sociétés occidentales ont une nette tendance à permettre à ses membres de fixer eux mêmes les frontières de leur famille. Dès lors, au sein d'une même société, d'une même culture, la définition que chacun donne de sa famille est mouvante.

⁴³ Dans le même ouvrage la définition économique retient que le ménage concerne « Personne célibataire ou ensemble (couple, famille, communauté) occupant un même logement, vivant dans une même institution, et considérées dans leur fonction économique de consommation

Toutefois, dans ces mêmes sociétés, l'arbitraire a quand même ses limites puisque la cellule familiale de base (parents- enfants et fratrie) reste une structure minimale admise par la majorité.

À cette structure minimale peut se greffer une **parentèle** constituée de membres de la famille auxquels nous choisissons d'être liés, un réseau de relations familiales en partie électives.

La proximité généalogique est également un élément déterminant dans la définition de chacun de la famille et ce, pour deux raisons. La première est que les relations familiales sont parfois plus étroites et plus affectivement intenses avec les parents les plus proches généalogiquement. La seconde est que, malgré l'individualisation de la société, la dimension sociale des liens familiaux est encore très forte (devoir filial, devoir parental..). La famille reste un lieu de solidarité et le dernier espace de la gratuité. Le « don sans retour » reste l'image de la relation parentale.

60. Une autre subtilité consiste à distinguer la famille d'orientation de la famille de procréation.

La première est constituée des parents et frères et sœurs d'un individu. La famille de procréation comprend cet individu et éventuellement son conjoint et/ou ses enfants. Nous n'avons a priori pas de difficultés pour identifier sans ambiguïté le père et la mère de chacun. Dans les sociétés occidentales, ils sont, le plus souvent, uniques. Par ailleurs, ils partagent souvent des caractéristiques communes : le père et la mère sont majoritairement les parents biologiques de leur(s) enfant(s). Ils participent à leur éducation, ils vivent parfois ensemble et portent parfois le même nom⁴⁴.

Pourtant, ces caractéristiques qui nous semblent si consensuelles et naturelles sont le produit des évolutions spécifiques des sociétés occidentales.

61. La parentalité, c'est-à-dire le fait d'assumer les fonctions de mère ou de père se révèle, dans les faits, plus compliquée à cerner que la parenté.

En Occident, on a l'habitude de voir réunies et incarnées dans deux personnes les trois dimensions de la filiation : « *le sang, le nom et le quotidien* »⁴⁵.

Le sang est la dimension biologique de la filiation. Il caractérise les « géniteurs » de l'enfant. Le nom relève de la logique juridique. Il traduit le fait d'être reconnu légalement comme père ou mère d'un enfant. Cette

⁴⁴ 82,8 % des enfants nés en 2012 portaient uniquement le nom de leur père (source Insee)

⁴⁵ Formule empruntée au titre de l'ouvrage de Florence Weber, *Le sang, le nom et le quotidien : une sociologie de la parenté pratique*, Editions Aux lieux d'être, 2005

reconnaissance s'accompagne en général de droits et de devoirs (éducation, obligation alimentaire, succession...).

Le quotidien fait référence à ce que les ethnologues nomment « la parenté pratique ». Il relève davantage de l'affection et des soins effectivement prodigués au quotidien par des adultes.

62. Si l'on parle désormais de parentalité (dérivé de l'adjectif parental), c'est pour distinguer la place du rôle de parent. « *Le recours à ce néologisme qui n'a reçu à ce jour aucune définition, ni dans le dictionnaire de langage usuel, ni comme terme juridique [...]. Le recours à cette notion révèle une demande, un besoin [...] La parentalité vient consacrer une compétence parentale, en principe totalement étrangère à la notion de parenté. En effet, la compétence renvoie à une aptitude de fait alors que la parenté renvoie à une place juridique. Est mis en place de parent non pas un ascendant mais celui qui remplit correctement un rôle de père.* »⁴⁶.

L'absence de définition unique s'explique par le fait qu'il s'agit d'un concept transdisciplinaire qui touche (comme la quasi-totalité des particularités familiales), la sociologie, l'anthropologie (en raison du lien que la parentalité entretient avec la parenté)⁴⁷, la psychologie (et toutes les sciences de l'éducation et de l'enfance) mais aussi le droit.

Le terme s'est banalisé et on parle aujourd'hui de « mono-parentalité », de « beau-parentalité », ou encore « d'homo-parentalité » et même de « grand-parentalité » et de « pluri-parentalité » pour indiquer par qui pourrait être exercée la fonction de parent.

63. Tant que la famille s'organisait selon un schéma traditionnel immuable (stabilité de l'union, un père, une mère et un ou plusieurs enfants), le concept de parenté était suffisant. Mais les transformations des modèles familiaux a entraîné l'intervention active de nouveaux acteurs (notamment le beau-parent) dans l'effectif familial. Ils ont été amenés à jouer un rôle parental décisif dans le

⁴⁶ C. Neirinck C. (2001), « De la parenté à la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck et G. Poussin, *De la parenté à la parentalité*. Paris, Erès, p. 15 et suiv.

⁴⁷ L'anthropologue Maurice Godelier considère que la parentalité complète la parenté, un « ensemble culturellement défini des obligations à assumer, des interdictions à respecter, des conduites, des attitudes, des sentiments et des émotions, des actes de solidarité et des actes d'hostilité qui sont attendus ou exclus de la part d'individus qui – au sein d'une société caractérisée par un système de parenté particulier et se reproduisant dans un contexte historique donné – se trouvent, vis-à-vis d'autres individus, dans des rapports de parents à enfants » - M. Godelier *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004, p. 239-240.

quotidien des enfants. « *La famille ménagère, celle qui vit sous un même toit, a des fonctions de parentalité à l'égard des enfants qui y sont élevés, c'est-à-dire qu'elle leur donne les moyens, matériels, éducatifs et affectifs, de devenir des adultes. Cette fonction est accomplie quel que soit le statut juridique de ces enfants. Il ne faut pas confondre avec la parenté, qui inscrit un enfant dans une lignée généalogique. La parentalité peut changer, être dévolue successivement ou même simultanément à plusieurs personnes. La parenté, elle, est beaucoup plus exclusive* »⁴⁸.

§ 3. LE DROIT DES FAMILLES D'AUJOURD'HUI

64. Le regard sur l'Histoire de la famille montre la « *formidable puissance de résistance et d'adaptation d'une institution : peu d'entre elles ont ainsi su traverser les changements économiques et sociaux fondamentaux qui ont fait passer des sociétés fondées sur une économie paysanne à des sociétés fondées sur une société industrielle et postindustrielle* »⁴⁹.

La famille a certes évolué depuis l'Antiquité mais jusqu'au début de la première guerre mondiale elle est restée homogène, durable, souvent religieuse et indissoluble.

La famille actuelle occidentale est plurielle et évolutive. L'un des grands changements depuis les années 1960 est la progressive disparition non pas du mariage mais de sa légitimité. L'adhésion massive de l'opinion publique au pacs, pourtant présenté par certains députés comme scandaleux, inacceptable et annonciateur de l'apocalypse de notre civilisation, a prouvé que le pacte s'intégrait déjà dans les mœurs et répondait à un désir, même non formulé, des couples hétérosexuels soucieux de donner une nouvelle portée à leur engagement dans la vie à deux. Le mariage n'est pas mort pour autant. Il n'est même pas moribond mais il n'a plus le même rôle (rite de passage et maintien de l'ordre social) qu'avant. Aujourd'hui, on ne se marie plus pour changer de statut, ni pour faire des enfants, ni pour la vie. Les parents se séparent et réorganisent les liens entre leurs enfants et eux de multiples façons⁵⁰. Et, qui

⁴⁸ F. Dekeuwer-Défossez « La filiation en question », in F. Dekeuwer-Défossez et al., *Inventons la famille !*, Bayard, 2001, p. 18.

⁴⁹ M. Segalen « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », In, Cahier Français n° 371, 2012, La documentation française. p.3

⁵⁰ Les recompositions familiales ont aussi entraîné une réforme substantielle du droit des successions. La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 a amélioré la vocation du conjoint survivant en lui accordant la

plus est, avec les avancées de la médecine, de la loi et de la tolérance sociale, on assiste à la possibilité, pour les couples homosexuels, de fonder une famille.

65. On peut donc constater que la famille d'aujourd'hui se caractérise par un ensemble de liens changeants et complexes qui demandent une capacité d'adaptation et de tolérance au changement peu commune, et ce, avec un minimum de points de référence partagés pour s'ajuster à chacun.

Placée au cœur de toute société, la famille cristallise à la fois les espoirs et les peurs de la modernité. Les individus espèrent à la fois la protection et la possibilité de se détacher de leur famille (qu'ils n'ont pas choisie). Le législateur doit donc trouver un équilibre entre ces deux aspirations tout en préservant l'aspect normatif du droit.

66. En effet, le droit n'est pas descriptif de ce que doit être la famille. Il ne parle d'ailleurs pas de la famille mais bien de ce qui la compose ou de ce qui la touche comme la filiation, le couple, le patrimoine, etc. Le droit de la famille est fixé pour résoudre les problèmes dont les caractères dépendent des données fournies par les faits. Si le fait social évolue, si la société change, si les mœurs évoluent et que la famille se diversifie, le décalage des faits face au droit entraîne l'évolution du droit.

Cependant, le droit de la famille ne se contente pas de « suivre le mouvement » ni d'accompagner les changements de mœurs. Il évolue en même temps que les valeurs que se donne successivement la société.

La sociologie, l'ethnologie ou l'économie ont une approche globale de la famille : pour ces disciplines, la famille est une entité à part entière, un groupe de personnes. Les rédacteurs du Code civil ont élaboré un droit pour un modèle familial unique, hiérarchisé et stable.

Deux siècles plus tard, le droit de la famille ne vise plus la famille en tant que groupe mais bien les relations individuelles qui s'inscrivent dans un collectif familial. Il se construit donc à partir de l'individu et doit tenir compte d'éventuels conflits de droits.

La disparition du modèle unique de famille, imposé en 1804, a déplacé le discours du droit. Les nouvelles familles ont porté atteinte aux certitudes

qualité d'héritier réservataire quand il n'est pas en concours avec des descendants et a supprimé aux ascendants cette même qualité d'héritiers réservataires notamment « *pour éviter les conflits qui les opposent parfois au conjoint survivant épousé en seconde noces et qui est à l'origine d'une recomposition familiale* ». F. Granet-Lambrechts, « Les évolutions du droit de la famille », In. Comment va la famille, Cahier Français, 2012, n°371, p.50.

granitiques des rédacteurs du code civil. Aujourd'hui, le droit ne fixe plus de manière limitative ce qui fait la famille. Il accepte même de reconnaître comme famille des situations familiales de fait qui bénéficient alors d'un cadre et dont les relations internes sont protégées.

Si les relations entre individus peuvent être qualifiées de relations familiales normales, c'est-à-dire conformes aux valeurs d'une époque et qui permettent de remplir les fonctions familiales, elles sont privilégiées et acceptées par le droit. La normalité d'une relation peut s'apprécier par rapport à l'intolérable (par exemple, en France la polygamie ou l'inceste et encore maintenant, l'adoption homosexuelle).

67. Et à ce modèle, on a substitué une pluralité de formes, alors que derrière cette pluralité de forme, il reste une reconstruction d'un modèle désormais autour des fonctions. Là où avant on parlait de formes, on parle maintenant de fonctions : les fonctions familiales, qui doivent être assumées, qui sont mises en avant et qui sont définies plus ou moins explicitement par le droit. On retrouve cette inspiration autour du terme qui tend à définir juridiquement le groupe familial : la « vie familiale ».

68. Le modèle hiérarchique de la famille a été remis en cause par la conquête de l'égalité homme / femme et par l'obligation qui a été faite à l'Etat de faire respecter cette égalité permettant ainsi au législateur de pousser la porte longtemps close de la vie privée et intime du citoyen. Les droits reconnus à l'enfant ont également bouleversé la famille. Placé sous l'autorité parentale et non plus sous la domination patriarcale, l'enfant a des droits. De l'autorité se dégage un concept de responsabilité : ceux qui ont l'autorité ont aussi une responsabilité qui sera assumée par ceux qui ont pour fonction d'être des parents et donc d'éduquer et de transmettre.

En conséquence, le droit de la famille doit retenir une acception extensive et mouvante de la famille. Il est appelé à s'emparer des nouvelles constructions familiales d'autant plus variées qu'elles se forment sous l'influence conjuguée de l'évolution sociétale interne et de l'internationalisation du droit protecteur de la famille.

§ 4. LA NOTION INCERTAINE DU LIEN FAMILIAL

69. Quand parle-t-on de lien familial ? A partir de quel élément débute-t-il ? A partir de quand se rompt-il ?

Les couples se forment de manière progressive et floue, sans contrainte du mariage ou d'un quelconque autre contrat. Ils donnent naissance à un lien entre deux personnes mais aussi à l'égard d'une belle famille qui ne subsistera que tant que durera le couple et qui disparaîtra dès la rupture.

On parle aussi de famille dans un sens beaucoup plus vaste : la famille humaine. Les hommes élargissent et renforcent la notion de famille à leurs relations sociales, la société pouvant alors elle-même être considérée comme une grande famille (la "mère patrie"). Il n'est alors pas abusif de considérer que l'humanité n'est, elle non plus, rien d'autre qu'une immense famille, que l'on se réfère à un système de pensée religieux (Adam et Ève par exemple étant à l'origine de l'humanité) ou évolutionniste (tous les hommes, et même tous les êtres vivants, descendant d'un ancêtre commun).

Se pose également la question des liens du sang. Ces liens sont-ils sacrés et irréductibles ? Peut-on et doit-on s'en défaire ?

70. On voit donc que la notion de lien familial pose un problème de définition ou de délimitation mais éviter une discussion sur la nature ou la définition de la famille permet sans doute de maintenir le dialogue et l'ouverture de la famille à différents liens et modes de vie.

Deux théories sur la force de ce lien s'affrontent : puisque l'on ne choisit pas sa famille (ce qui exclut ici le conjoint que, depuis plusieurs dizaines d'années on choisit) on doit préserver ce lien « quoi qu'il arrive ». Pour d'autres, en revanche, la force du lien familial est fluctuante et à géométrie variable. Ce lien n'est alors pas lié au sang mais à la volonté de chacun.

Avec le développement économique des Trente Glorieuses est venu son corollaire : l'indépendance financière. Conjuguée aux progrès scientifiques qui permettent la maîtrise de la procréation, cette indépendance a libéré les individus des contraintes de la sphère familiale. Chacun peut désormais quitter sa famille plus librement et décider de ne pas en fonder une nouvelle. La famille est donc à la fois une réalité et un choix. Son fondement a « cessé d'apparaître comme naturel et sa pérennité comme allant de soi »⁵¹.

⁵¹ L. Roussel, « Tendances de désintégration dans la famille », in *La Famille, un défi face à l'avenir*, B. Schnyder ed. Fribourg, Editions Universitaires, 1982, pp.29-41.

71. Plus globalement, le problème central n'est pas celui de la définition mais bien celui du rapport entre l'individu et sa famille⁵² d'une part, et celui de la famille comme *norme sociale* adaptée et acceptable d'autre part.

La famille du XXIème siècle se caractérise par une diversité dans ses fonctions, ses dimensions et ses formes. Ce qui oblige aujourd'hui à parler davantage de vie familiale que de famille. Dans ses fonctions, la famille a successivement servi la religion, l'économie et la politique. Seules deux fonctions concernant les enfants demeurent essentielles pour l'ensemble de la société : la fonction de reproduction, la famille étant le cadre dans lequel naissent les enfants, et la fonction de socialisation, la famille ayant pour mission l'éducation des enfants et leur intégration dans la société.

Il n'est pas sérieux de penser apporter des réponses définitives quant au devenir de la famille et du Droit qui la régit. Les interrogations ne visent qu'à susciter la réflexion sur les transformations juridiques de la famille. Elles se mènent à travers une approche globale comme outil de compréhension des nouvelles valeurs qui accompagnent la famille dans la société contemporaine. Les théories de la doctrine chrétienne ou les courants du droit naturel n'appréhendent que partiellement la complexité juridique du droit de la famille moderne. Le juriste est obligé de faire appel à la sociologie, la philosophie, l'économie et même à l'anthropologie ; C'est l'unique moyen d'éclairer le débat juridique sur le devenir du couple et de la famille.

Section 2 - LA STRUCTURE FAMILIALE

72. Penser à la famille, c'est avant tout penser aux personnes qui la composent. La famille est une structure, un montage juridique symbolique qui tient lieu de support à la vie sociale.

Le droit français ne l'a pas défini et se contente d'en évoquer les différentes « branches » et d'encadrer les relations au sein de la famille de la naissance (filiation) jusqu'au décès (succession) en passant par les engagements pris entre ces deux extrémités (unions, désunions, donations).

⁵² La psychanalyse a montré que la famille est avant tout le lieu de naissance de nombreuses névroses.

Les manuels de droit de la famille «se contentent» d'aborder successivement les principaux thèmes du droit de la famille :

- Les fiançailles,
- le concubinage,
- le pacs (pacte civil de solidarité),
- le mariage,
- le divorce
- la filiation (filiation légitime, filiation naturelle et filiation adoptive).

73. La famille forme une entité scindée en deux : elle est à la fois la structure d'origine, celle dans laquelle on entre et que l'on quitte, et celle que l'on fonde. Il faut donc distinguer la famille dans laquelle on est entré sans le vouloir, celle que l'on ne choisit pas, de celle dont on fait partie à l'issue d'un choix, d'un engagement (même si le choix initial ne porte le plus souvent que sur l'un des membres et non sur l'ensemble de la famille).

74. Filiation et alliance sont les deux liens à l'origine des liens familiaux. Ils ne sont d'ailleurs pas forcément liés l'un à l'autre puisque la filiation et ce qui en découle (fratrie, collatéralité) peut naître sans qu'il y ait d'alliance et que l'alliance ne se poursuit pas obligatoirement par une descendance.

La filiation pose les bases de la famille de laquelle nous sommes issus mais aussi, pour partie, de celle que nous créons. En effet, que le couple existe ou pas, la relation existera entre les parents et les enfants. La même qualification s'applique d'ailleurs à la filiation et à la famille qui sont légitimes, naturelles (biologique ou non) ou adoptives. Il y a donc bien deux familles : le couple et la famille biologique ou adoptive.

La famille est caractérisée par l'union de deux systèmes, fondés, l'un sur le sang (*cognati* pour les latins), ce sont, avec plusieurs degrés, les collatéraux et les ascendants, et l'autre sur l'alliance (les affinis), ce sont les conjoints et les belles-familles.

75. La famille n'est pas naturelle. Elle n'existe que par la reconnaissance de la société qui la façonne. Ces liens, d'alliance et de sang, ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Le premier est réputé indestructible et le deuxième, dépendant des volontés, se perçoit plus fragile. Personne n'évoque ses ex-enfants alors que

l'ex-conjoint a une place dans la société. Les liens de sang sont enracinés dans l'instinct alors que l'alliance associe des êtres qui existeraient sans elle.

Dans la majorité des cas, rien n'atteint le lien de sang. Seule l'intervention de la science peut le perturber. En revanche, le lien d'alliance traverse beaucoup de zones de turpitudes : union libre, divorce, baisse du taux de nuptialité...Il y a désormais une véritable séparation entre la force donnée à la parole (mariage) et le lien de sang. Le lien horizontal de l'alliance s'effrite et le lien vertical de la génération s'affirme.

§ 1. LA FAMILLE HORIZONTALE : LA FAMILLE ET LE COUPLE

76. Adam et Eve mis à part (si la contribution de Dieu peut décentement être mise de côté), personne n'a, à ce jour, réussi à naître tout seul.

Tout commence donc par un couple, quels que soient les liens juridiques qui lient ses membres.

« *L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme* »⁵³. C'est ainsi que la Bible explique le passage d'une unité à la création d'une autre.

Le couple est chronologiquement le premier fondement de la famille. Il crée la famille. Il permet donc de créer une parenté avec de la non-parenté associée à une volonté et à son affirmation publique (mariage, pacs) ou non.

77. Même si l'on retient le couple comme origine de la famille, il est évident que la famille se construit aussi en dehors de lui et malgré lui.

Pour certains, le couple n'est pas suffisant pour constituer une famille mais il semble inapproprié de rejeter cette structure minimaliste familiale alors que le couple est le fondement même de la famille et que l'argument numéraire ne peut-être retenu.

Si le couple peut être suffisant pour constituer une famille, il n'est pas nécessaire : une femme vivant seule avec son enfant vit bien une relation familiale (cette famille est cependant issue du couple que cette mère a, même brièvement, formé avec le géniteur de l'enfant).

78. Le terme « famille » suppose une relation (symbolique, patrimoniale...) avec quelqu'un ce qui exclut de qualifier la personne seule de famille. La personne seule sera issue d'une famille. Elle sera membre de sa famille

⁵³ Genèse 2,24

d'origine, biologique, légitime ou naturelle mais elle ne sera pas le membre fondateur d'une famille.

La question est maintenant de savoir à partir de quoi, de qui et de quand on peut parler d'un couple-fondateur d'un socle familial ou d'une famille « à part entière ». Le couple marié depuis deux jours forme-t-il une famille ? Un couple non marié mais vivant ensemble depuis vingt ans en forme-t-il une ? Les choses sont-elles différentes s'ils sont liés par un pacs où s'ils ont un enfant ?

Que penser du couple marié qui vit séparé depuis quinze ans ? Et de ceux qui vivent en concubinage avec une autre personne sans avoir divorcé de la précédente (y a-t-il deux familles pour un individu ?) ? Et s'ils sont fiancés, concubins, amants « occasionnels »... ?

En d'autres termes, toutes les formes d'union entraînent-elles la création d'une famille ?

Nous pouvons déjà exclure les « cohabitations économiques ». Les étudiants colocataires ne forment pas une famille. Ils sont de simples cooccupants d'un logement. Leur seule obligation consiste à payer une part de loyer.

L'union physique ou sentimentale de deux personnes n'est pas, semble-t-il, le seul critère à retenir puisque toutes ces situations seraient constitutives de famille, ce qui n'est pas le cas.

Quand l'engagement n'est pas matérialisé par un acte de mariage ou par un pacs, il paraît opportun d'y ajouter un critère de durée et de volonté d'engagement.

A - LE COUPLE MARIÉ

79. Comme l'écrivait l'historien Georges Duby : « *Les rites du mariage sont institués pour assurer dans l'ordre la répartition des femmes entre les hommes, pour discipliner autour d'elles la compétition masculine, pour officialiser, pour socialiser la procréation. Désignant qui sont les pères, ils ajoutent une autre filiation à la filiation maternelle, seule évidente. Ils distinguent des autres les unions licites, ils attribuent aux enfants qui en naissent le statut d'héritiers [...]. Le mariage fonde les relations de parenté, il fonde la société tout entière. Il forme la clef de voûte de l'édifice social* »⁵⁴. Ces propos, décrivant l'institution matrimoniale de la société féodale, pourraient concerner le mariage jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle.

⁵⁴ Georges Duby, *Le Chevalier, la Femme et le Prêtre*, Hachette, 1981, p.23

80. Toutes les civilisations ont célébré (ou entouré de rites) des mariages qui légitimaient des unions différentes des amours de passage qui, elles, ne suffisaient pas aux fondations d'une famille. C'est donc à travers le mariage que s'est développée la notion de couple.

Les gens mariés forment incontestablement un couple puisque l'homme et la femme ont choisi de se « positionner » comme tel. Ils ont décidé, librement, de se plier à un acte social qui les fait devenir, pour les institutions françaises, un couple. Le mariage donne à l'engagement des époux une dimension qui dépasse la sphère privée et propose des repères et des règles communs (droits et devoirs), en dehors de toute religion.

Le mariage a valeur de « passage » d'une famille à une autre.

1. UNE INSTITUTION ÉVOLUTIVE

81. Si l'on se réfère à la Bible, l'Histoire du couple commence par Adam et Eve qui, ayant fui le Paradis, découvrent dans la nature la monogamie (il faut dire que les tentations à l'infidélité étaient rares !). Le mariage était en marche mais avant d'adopter la forme que nous lui connaissons aujourd'hui, il a subi de nombreux changements.

Les unions primitives sont informelles. Le rapt faisait usage de mariage : le rapt d'Hélène, l'enlèvement des Sabines... L'Antiquité grecque conserva cette image puisque les Athéniens et les Spartiates simulaient l'enlèvement de leur femme au moment des noces.

Les formes du mariage ont évolué jusqu'à devenir l'institution qu'il fut tant qu'il resta la seule forme d'union socialement acceptée. Ces changements contribuent peut-être au fait qu'il est difficile de définir le mariage. Tout au plus peut-on donner les conditions actuelles de forme et de fond pour sa validité.

Il est délicat de distinguer, dans les temps anciens, le mariage du concubinat. L'existence d'une dot est souvent un signe de légitimité de l'union. Le mariage était aussi parfois prouvé par l'échange de dons (Germanis et Francs)⁵⁵.

82. Ce n'est qu'au IX^{ème} siècle que l'Eglise christianise le mariage. Les mérovingiens se mariaient sans se préoccuper de religion. Jusqu'à l'époque carolingienne, mariage et concubinage cohabitent. Le nombre des épouses est un

⁵⁵ Lire Sabine Jeannin Da Costa, *L'histoire du mariage : entre raison et fortune, la place de l'amour ?*, 2001, Editions La Martinière.

signe extérieur de richesse. Charlemagne qui régnait sur l'Eglise et sur l'Etat avait plusieurs épouses légitimes et des concubines.

Peu à peu, les évêques vont imposer leur autorité sur les amours des dirigeants et de leur peuple. Au XI^{ème} siècle, l'Eglise institue un rite spécifique du mariage religieux⁵⁶. L'échange des consentements pouvait se faire à la porte de l'église avant la bénédiction nuptiale et la messe. En 1139, le Concile de Latran II légifère sur le mariage et les règles morales de l'Eglise deviennent juridiques. En 1215, l'Eglise place le mariage au rang de septième sacrement⁵⁷. Le mariage est valorisé comme remède à la concupiscence. Il doit encadrer la reproduction de l'espèce humaine. Il devient vite l'une des grandes valeurs chrétiennes qui symbolise l'union du Christ avec son Eglise : « *Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Eglise et s'est livré Lui-même pour elle* »⁵⁸. Il devient aussi indissoluble.

83. Les protestants eurent bien des difficultés à faire reconnaître des unions légitimes⁵⁹. Dès la fin des années 1760, des voix se font entendre pour réclamer une reconnaissance légale des « non-catholiques ». Le problème le plus urgent est celui de l'état civil, en particulier celui des mariages juridiquement nuls dès lors qu'ils ne sont pas célébrés à l'église, et donc à l'origine de nombreuses contestations. Ainsi les protestants bien que mariés n'avaient pas d'épouse et bien que père n'avaient pas d'héritier.

En 1785, La Fayette, de retour de la guerre d'Indépendance américaine, milite en faveur de « l'émancipation » des protestants français et se montre favorable à l'idée d'un mariage civil pour les protestants. Il écrit au général Washington le 11 mai 1785 « *Les protestants sont soumis à un intolérable despotisme. Bien qu'il n'y ait pas à présent de persécution ouverte, ils dépendent du caprice du roi, de la reine, du parlement ou d'un ministre. Leurs mariages ne sont pas légaux, leurs testaments n'ont aucune force devant la loi ; leurs enfants sont*

⁵⁶ Lire Denis Baudot, *L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage: la discussion après le Concile Vatican II*, Università Gregoriana Roma, 1987, spéc. p.42

⁵⁷ Les sacrements sont des signes visibles du don de Dieu confiés à l'Eglise. Ils sont de trois ordres : les sacrements de l'initiation (baptême, confirmation, eucharistie), les sacrements de guérison (pénitence et réconciliation, l'onction des malades), les sacrements au service de la communion (le sacrement de l'Ordre (ordination), le Mariage).

⁵⁸ Saint Paul, *Epître aux Ephésiens*, 5.25-23.

⁵⁹ Labrousse Elisabeth, « Les mariages bigarrés, Unions mixtes en France au XVIII^e siècle », dans Poliakov Léon (dir.), *Le couple interdit, entretiens sur le racisme*, Paris, Mouton, 1980, page 161

considérés comme des bâtards, leurs personnes comme pendables. Je voudrais apporter un changement dans leur situation »⁶⁰.

L'édit de tolérance est signé par Louis XVI en novembre 1787. Il organise l'état civil de « ceux qui ne font pas profession de la religion catholique » : un mariage non religieux est autorisé par simple déclaration soit devant un juge royal (qui en profitait pour recueillir une taxe très substantielle), soit devant le curé de la paroisse agissant en qualité d'officier de l'état civil. Naissance et décès sont enregistrés de manière identique. Cet édit institue une alternative au mariage religieux et constitue une brèche sur le monopole et l'intransigeance de l'Eglise sur la question familiale. « *Si le curé refuse de marier un couple, le juge pourra le faire à sa place. La déclaration du mariage doit toujours se faire devant le curé, témoin privilégié de l'engagement, mais si celui-ci n'en prend pas acte, un officier public peut enregistrer le mariage »⁶¹.*

84. Il faudra attendre la Révolution pour que le mariage civil s'impose à tous les Français, sans exclure le mariage religieux, et offre une alternative à tous les incroyants qui voulaient se marier et étaient obligés, jusque là, de le faire à l'Eglise. Le 20 septembre 1792, l'Assemblée constituante retire aux prêtres la tenue des registres d'Etat civil pour les confier aux municipalités⁶². Elle impose par ailleurs un nombre de témoins, la publication de bans à la porte des mairies et l'âge du mariage (15 ans pour les garçons et 13 ans pour les filles). Le mariage est dès lors scindé en deux parties : l'une contractuelle, l'autre sacramentelle. Le consentement des époux entre dans le cadre d'un contrat d'ordre civil qui dépend de l'Etat, le sacrement reste du ressort de l'Eglise. Ces deux parties ne sont pas d'égale valeur.

Seul, le mariage civil sera reconnu par le droit français interne. Le mariage religieux n'est qu'une possibilité d'opter pour un engagement dont les modalités sont fixées par un Dieu. De sacrement indissoluble, le mariage devient un contrat civil révocable, voire précaire. Une période de « flottement » s'ouvre alors et de nombreux couples, ne sachant s'ils devaient officialiser leur relation devant le maire ou le prêtre, se passaient de cérémonie et vivaient en union libre. Les catholiques se retrouvaient aussi devant un dilemme. Ils refusaient la suprématie du mariage civil mais ne pas passer devant l'officier d'état civil

⁶⁰ La Fayette, *Mémoires*, Tome II, Page 121, cité par Richard Michel, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, Paris, Hachette, 1967, p.302.

⁶¹ Bologne Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 1995 (1re édition), p.313.

⁶² M. Garaud et R. Szramkiewicz, *op.cit.*, p. 39 et suiv.

impliquait de ne pas être légalement mariés et l'impossibilité de voir leurs enfants inscrits sur les registres de l'état civil.

Pour éviter que certains ne s'en tiennent qu'au mariage religieux, la loi du 18 germinal an X précise que le mariage civil doit précéder la célébration religieuse.

85. La famille de cette période post révolutionnaire est marquée par un grand désordre causé, pour Bonaparte, par les tumultes du mariage. Il entreprend de restaurer la société sur des bases d'ordre et de discipline. Il marie ses frères, ses sœurs, ses maréchaux et encourage même Talleyrand, évêque depuis 1788 (il portait cependant l'habit séculier depuis 1790 sans la moindre permission), à épouser Catherine Noëlle Grand, femme divorcée avec laquelle il vivait (ils eurent une fille ensemble) depuis plusieurs années. Talleyrand, qui a toujours su «s'arranger avec les convenances», se maria civilement le 10 septembre 1802⁶³. Tout le monde semble alors se plier à ce mariage à deux temps, l'un aux yeux de la loi, l'autre aux yeux de Dieu.

Le pouvoir de l'Eglise dans l'esprit ou le quotidien des Français n'a cessé de s'effriter au cours du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle.

Dans les sociétés religieuses, les Eglises régissent le mariage et l'Etat les suit. Dans les sociétés laïques comme la France, l'Etat a pris le relais de l'Eglise sur ce terrain.

86. Aujourd'hui le mariage est clairement un contrat liant trois parties : les deux époux et les institutions de l'Etat qui ont fixé un ensemble de règles auxquels les époux entendent se plier. Ils acceptent aussi implicitement de voir sanctionner d'éventuels écarts face aux engagements initiaux. La Déclaration universelle des Droits de l'homme le précise d'ailleurs dans son article 16 : « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* ». Cette protection est donc valable contre toute « agression extérieure » mais également contre toute attaque au sein même de la famille.

87. Sauf à de rares exceptions, tous les Etats du monde ont fait du mariage un axe central de la création de la famille. Si le mariage a longtemps été considéré comme une institution socialement indispensable, il pourrait être amené, si ce

⁶³ J. Orioux, *Talleyrand*, Flammarion, 1970, spéc. p. 407 et suiv.

n'est à disparaître, à voir son influence considérablement baisser puisqu'il est déjà socialement remplacé (notamment par le pacs ou même l'union libre).

Ce sont plutôt les civilisations évoluées qui marquent des réticences vis-à-vis de l'institution matrimoniale en particulier et de l'identité légale de la famille en général. Pour beaucoup, le mariage n'a valeur que de formalité administrative. Notons également que l'INSEE retient le critère de primo-nuptialité⁶⁴. Le mariage n'est plus « l'affaire d'une vie » mais il marque les étapes d'une vie affective plus variée qu'autrefois.

L'Etat a ajouté une dimension économique au mariage puisqu'il a longtemps accordé des avantages fiscaux aux couples mariés. Ces avantages sont désormais étendus aux partenaires d'un pacs qui ont, même s'il ne s'agit pas d'un mariage, souscrit publiquement un engagement.

2. LA FIN DU COUPLE-FAMILLE

88. Ce couple-famille disparaît par le décès d'un des époux ou par le divorce. Puisqu'il est tenu compte de l'intention des époux en se mariant, il ne faut pas considérer que la famille disparaît après une simple séparation des époux ni même si cette désunion perdure.

Si le simple fait de se marier est créatif de famille, le divorce entraîne la disparition de ce couple-famille.

89. L'expression « consentement mutuel » est liée, dans les esprits, au divorce. Pourtant c'est l'Eglise qui, la première, l'inventa pour l'appliquer, pendant huit siècles, au mariage. La formule devait mettre un terme à toutes les mésalliances et mariages arrangés et forcés. Elle n'évoque plus aujourd'hui que son contraire. Synonyme d'entente conjugale autrefois, elle évoque désormais la rupture, « conséquence naturelle » du mariage.

La perception du divorce a suivi celle du mariage. Puisque l'engagement initial n'est pas « sans retour », le divorce n'est plus un drame mais une option. Comme l'engagement n'est pas pris à perpétuité, le divorce n'est que le moyen de garantir la possibilité de briser la famille que l'on avait choisi de créer.

⁶⁴ La primo-nuptialité est l'état des individus à la date de leur premier mariage. Elle est essentiellement étudiée d'un point de vue sociodémographique selon l'âge auquel les différentes générations y accèdent.

90. La situation se complique si l'un des époux fonde, en parallèle au couple-famille qu'il a déjà créé, une nouvelle famille. La bigamie étant interdite en France, la deuxième union ne peut pas se matérialiser par un mariage. Reconnaître la deuxième union comme une famille serait admettre (ce qui n'est pas officiellement à l'ordre du jour en France) la polygamie.

Cette hypothèse rendue célèbre et publique, lors du décès de l'ancien Président de la République française, François Mitterrand, permet de constater que le mariage reste un élément fédérateur de la famille limitée au couple. La deuxième famille n'existe que parce qu'il y a un ou plusieurs enfants.

91. Cependant, dans certaines hypothèses, par exemple celle de l'indemnisation du concubin privé par accident de son compagnon, la jurisprudence considère que le lien marital n'est pas toujours le plus fort. La cour de cassation a ainsi accordé des droits à une femme qui vivait maritalement depuis plusieurs années avec un homme marié et séparé de son épouse. Le couple avait un enfant. La concubine s'est vue accorder le droit de demander réparation de son préjudice même si son compagnon était marié⁶⁵. Peu importait l'adultère, seule comptait la stabilité de l'union libre, condition du préjudice.

3. L'ÉVENTUELLE SURVIE DU COUPLE PARENTAL

Le recul du mariage et surtout la nette augmentation du nombre de divorces ont entraîné une nouvelle façon de construire la famille qui résiste à la séparation et à la décohabitation.

92. Les membres du couple mettent désormais en place un modèle d'organisation familiale adapté à l'après-divorce et bâti sur le couple parental. Le couple continue donc d'exister, sous une autre forme, après la dissolution du mariage. Cependant, cet « ancien couple-conjugal » ne survit pas comme une famille. Il laisse place à la possibilité de créer deux autres familles. Considérer que la formation de couples successifs entraînerait une accumulation de « couple-socle familial » reviendrait à donner des effets permanents à une union qui n'en est plus une. Le couple-famille se dissout donc avec le divorce.

⁶⁵ Cass., 10 juin 1975, Bull. crim. n° 161 ; D. 1975.679, note A. Tunc.

4. ALLIANCE ET BELLE-FAMILLE

a) La famille d'origine du conjoint

93. Simone de Beauvoir considérait que « *Le mariage multiplie par deux les obligations familiales et toutes les corvées sociales* »⁶⁶. Cette conception très « liberticide » du mariage que la philosophe comparait à de l'esclavage était exprimée en 1960. A cette date, le mariage d'une femme entraînait, sans équivoque possible, une diminution de sa liberté. Elle perdait non seulement la liberté de gérer ses propres affaires puisque l'accord ou l'autorisation de son mari étaient souvent requis mais elle se devait, socialement, d'entretenir des relations de proximité avec sa belle-famille, devoir qui n'était pas demandé au mari à l'égard de la famille de son épouse.

Cette approche de la belle-famille, un peu caricaturale certes, a le mérite d'être claire et révèle que la création d'un couple implique aussi de « composer » avec la famille d'origine de son conjoint. Si le droit ne fixe pas la qualité des relations à entretenir avec sa belle-famille, il fait naître une obligation alimentaire des gendres et des belles-filles à l'égard de leurs beaux-parents, celle-ci ne cessant que lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de cette union sont décédés (art. 206 du Code civil). Cette obligation alimentaire est la preuve de l'assimilation, par le droit français, d'une partie de la belle-famille à sa propre famille du moins tant qu'existe un lien d'alliance (le conjoint) ou biologique (les petits-enfants).

94. Le Code civil mêle également les deux familles dans l'article 161 qui précise que : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne* ». Cette dernière interdiction est toutefois « négociable » puisqu'elle peut être levée par le Président de la République si la personne qui créait l'alliance est décédée. Ainsi le beau-père peut épouser sa belle-fille si la personne qui créait l'alliance, sa femme, est morte. L'alliance ayant disparu, le lien de parenté et l'interdiction qui en découle aussi. Une femme peut donc épouser son ex-beau-frère, ou même désormais son ex-belle-sœur mais pas son ex-beau-père.

En revanche, le pacte civil de solidarité ne crée pas de lien d'alliance empêchant un mariage, de sorte qu'en droit, un enfant peut, par exemple, épouser le partenaire de pacs d'un de ses parents.

⁶⁶ Simone de Beauvoir, *La force de l'âge*, Gallimard, Paris, 1960.

b) La famille née d'un précédent couple du conjoint

Peut-on considérer qu'il existe des relations familiales entre les enfants d'un des conjoints et l'autre membre du couple ?

Il y a un paradoxe en France car les beaux-parents sont reconnus par le droit social (la caisse d'allocations familiales) et par le droit fiscal puisqu'ils peuvent déclarer l'enfant qu'ils élèvent à leur charge. Mais pour l'instant, ils ne sont pas reconnus par le droit civil de la famille stricto sensu.

95. L'avant-projet de loi "Autorité parentale et droits des tiers" élaboré en 2008⁶⁷, précisait la place que pouvaient tenir tous les tiers participant à l'éducation d'un enfant. Il concernait les grands-parents, un beau-parent, un frère, une cousine ou la voisine qui aide une personne à s'occuper de son enfant. Il avait pour but de donner une base légale à ce que beaucoup font naturellement. Il a soulevé une controverse, certains estimant que ce texte menaçait la famille traditionnelle car il pouvait être vu comme le premier pas vers la reconnaissance de l'adoption par les couples homosexuels. D'autres craignaient la remise en cause de l'autorité parentale du parent séparé au profit des tiers. Finalement, ce projet de loi a été abandonné.

96. Un nouveau projet de loi sur la famille est en gestation depuis des mois, porté par Dominique Bertinotti, qui était alors ministre déléguée à la Famille. Les grands axes du projet de loi étaient : "*médiation familiale et contrats de coparentalité*", "*nouveaux droits pour les enfants*", "*filiation, origines, parentalité*" et "*protection de l'enfance et adoption*".⁶⁸ Le rapport dirigé par la sociologue Irène Théry sur la filiation et les origines, qui devait servir de base de travail pour l'élaboration de la loi sur la famille, a été rendu public en avril 2014⁶⁹. Concernant la belle-famille, il fait une série de propositions, comme la création d'un «*mandat d'éducation quotidienne*», pour traduire l'autorisation donnée par un parent à un beau-parent d'accomplir les actes usuels. Ce rapport a été commandé à une époque où le gouvernement pensait pouvoir soumettre au Parlement une «*loi famille*» au cours de l'année 2014. Entre temps, les

⁶⁷ Avant-projet consultable sur ce site : <http://www.france.qrd.org>

⁶⁸ Le Monde du 21 octobre 2013 ; la méthode d'élaboration du projet de loi est indiquée sur le site du Ministère des affaires sociales et de la famille

⁶⁹ Libération du 8 avril 2014. Irène Théry I. et Anne-Marie Leroyer, *Filiation origines parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Éditions Odile Jacob, 2014.

« priorités » gouvernementales ont changé, les ministres de la famille se sont succédé et l'avenir de ce rapport pourrait bien ressembler à celui qui l'a précédé. La loi doit-elle nécessairement accorder des droits aux compagnons ? En tout cas, sans doute faut-il faciliter cette possibilité.

Les beaux-parents font parfois partie de la même famille que l'enfant mais n'ont pas la même généalogie. La loi devrait permettre de faciliter la vie au quotidien des familles recomposées en autorisant le beau-parent qui le souhaite à prendre des décisions concernant l'enfant.

97. Le cas de l'enfant sur lequel les conjoints ou concubins successifs de sa mère et/ou de son père exercent des prérogatives à son égard devra être réglé. En effet, le statut du beau-parent doit être envisagé dans une situation précaire et instable, à la merci des relations de couple de chacun des parents, lesquelles ne sont pas toujours stables et définitives. Conférer des prérogatives d'autorité parentale à un tiers, dans une perspective provisoire, installe l'enfant dans une situation fluctuante où un nouveau «beau-parent» peut remplacer l'ancien et ainsi de suite.

Il serait bien naïf de croire que le statut de beau-parent va permettre à l'harmonie de retrouver le chemin des foyers conjugaux. En effet, qu'il s'agisse d'un statut découlant du seul fait de la loi ou d'un statut auquel on adhère par un acte de la volonté, dans tous les cas, l'idée d'un statut revient à généraliser comme norme une mesure qui, par nature, relève du cas particulier, ce qui ne peut se faire sans entraîner la confusion dans les relations familiales. Doit-on considérer comme nôtre la famille de notre conjoint ? Les enfants de notre conjoint ne sont pas les nôtres. Les enfants de notre beau-parent ne sont pas non plus nos frères.

En l'état actuel du droit, l'alliance ne crée donc de liens de droit fermes (mais pas définitifs) qu'entre les deux époux. Le lien d'alliance étant de plus en plus absent du couple (pacs et concubinage), il n'est pas exclu de penser, voire d'espérer, que les liens affectifs soient juridiquement reconnus et puissent, à leur tour, créer des droits et des devoirs à l'égard des tiers.

5. LE MARIAGE POSTHUME

98. Le 26 juillet 2008, a été célébré dans le Tarn un mariage un peu particulier. Le mari avait 68 ans et la femme était morte depuis 4 ans. Les deux époux avaient vécu ensemble pendant 20 ans et projetaient de se marier arrivés à

l'âge de la retraite⁷⁰. La future épouse était décédée brutalement deux mois avant la date prévue du mariage.

99. Conformément à l'article 171 du Code civil, « *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement. Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux* ».

Véritable originalité française en Europe, le mariage à titre posthume constitue une entorse au droit matrimonial. Il est réservé à des situations particulièrement dramatiques. L'époux vivant se retrouve concomitamment époux (ou épouse) et veuf (ou veuve). A peine célébré, le mariage est-il dissous par le décès du conjoint.

Toutefois, ce mariage fait entrer le conjoint dans la famille du défunt par la création d'un lien d'alliance. Mesure symbolique, le mariage post mortem ne donne aucun droit de succession et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

Ce type de mariage ne peut donc pas être constitutif d'un couple-socle de famille. Il cesse le jour même de sa formation.

100. Ce mariage permet de conférer une légitimité à l'enfant à naître. Conçu avant le mariage, grâce à cette fiction, il bénéficie du statut d'enfant légitime car il naît dans le mariage. Cette légitimité ne présente plus aujourd'hui de réel avantage, le principe d'égalité des filiations étant clairement établi par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. En outre, tout enfant peut être légitimé par autorité de justice indépendamment du mariage de ses parents (article 333 du Code civil).

101. Il n'est pas incongru de se demander si ce type de mariage doit être maintenu. Les motivations du conjoint survivant sont sûrement respectables mais ces considérations privées justifient bien peu le mariage posthume qui heurte certains principes essentiels du mariage.

⁷⁰ Evènement rapporté dans le Figaro du 10 septembre 2008

En effet, le mariage suppose l'échange d'un consentement libre, éclairé et auquel on peut renoncer jusqu'au dernier moment. Le mariage posthume présuppose que la personne décédée n'aurait pas changé d'avis et serait apte à donner un consentement posthume.

Le mariage est avant tout un contrat social fondé sur un projet de vie commune, l'éventuelle volonté de fonder une famille et d'avoir des enfants. Ce projet est indiscutablement remis en cause par le prédécès de l'un des conjoints. Consentir à se marier vivant ne veut pas dire que l'on consentirait au même engagement une fois mort.

Enfin, même si le problème est désormais réglé, il est curieux de constater que, jusqu'à la loi du 17 mai 2013, on pouvait se marier avec un mort mais pas entre personnes de même sexe vivantes.

B - LE COUPLE DE PARTENAIRES

102. Le pacs, comme le mariage, peut être lié au simple besoin de signifier un engagement d'une manière ritualisée et solennelle ou à la nécessité de « baliser » la construction d'un patrimoine. La convention (le pacte) est déposée au greffe du tribunal d'instance du domicile du couple. Elle définit les relations patrimoniales et financières du couple (propriété des meubles, aides mutuelles, modalités de gestion des biens en indivision, etc.)⁷¹. Le pacs emporte naissance d'une nouvelle communauté d'intérêt. Cette communauté est distincte des patrimoines personnels de chacun des partenaires.

103. Le pacs a initialement été créé pour donner une existence légale à des couples non mariés, et plus particulièrement aux couples homosexuels (pour permettre le transfert du bail au partenaire survivant, pour fixer un droit à la succession, pour l'égalité devant l'impôt avec les couples mariés). Avant que le mariage entre personnes du même sexe ne soit finalement autorisé, il était plus « facile » au législateur d'accorder aux homosexuels un « statut patrimonial » plutôt qu'un « statut matrimonial ». Avec le recul, le pacs peut être considéré comme une étape vers la reconnaissance du « mariage pour tous » mais son succès auprès des couples hétérosexuels en a fait une nouvelle conjugalité. Considéré comme une forme moderne d'union, le pacs et l'identité du partenaire (ainsi que les modifications ultérieures) sont mentionnés en marge de l'acte de

⁷¹ Articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil

naissance des intéressés. En demandant ce document, les tiers peuvent donc en avoir connaissance.

104. Ce n'est pas un mariage mais les ressemblances sont frappantes. Le Conseil constitutionnel voulant probablement clarifier la nature du pacs a affirmé les différences entre ces deux unions en précisant que « *le pacte civil de solidarité est un contrat étranger au mariage* ». ⁷² Le pacs est donc un contrat et non une institution. Soit !

Cependant, le point central du statut personnel, celui de la filiation, n'a pas trouvé sa place dans le pacs. Or, en refusant d'aborder la question de la filiation, le législateur a introduit une nouvelle figure juridique. Les rapports entre l'enfant né de l'un ou des deux membres du couple de partenaires seront définis selon les règles de droit commun de la filiation naturelle ou de l'adoption. Contrairement au mariage, l'existence du pacs sera indifférente sur le lien de filiation.

C - LE COUPLE DE CONCUBINS

Le droit s'accommode mal des confusions et des turpitudes. Devant les faits nouveaux de société, il observe et régule. Ceux qui ne souhaitent pas voir leur union soumise à un statut préétabli ou à un contrat se voient quand même classés dans une catégorie. On est désormais marié, célibataire, veuf, divorcé, partenaire d'un pacs ou en « situation maritale ».

105. Les concubins représentent déjà une catégorie de l'état civil admise, reconnue et peut-être un jour normalisée. Les couples dits « libres » ne le sont donc peut-être pas autant qu'ils l'espéraient. La loi s'en mêle et s'efforce de faire ressembler ces unions à un mariage. Certaines administrations peuvent leur attribuer les mêmes avantages qu'à des couples mariés (sécurité sociale, allocations familiales, SNCF...). Il suffit pour en bénéficier de produire un certificat de vie commune (ou de concubinage) qui peut même être remplacé par une déclaration sur l'honneur.

Sur le plan fiscal, notamment, les personnes vivant en concubinage notoire, sont soumises à une imposition commune à l'impôt de solidarité sur la fortune (I.S.F.), sauf si elles sont mariées par ailleurs auquel cas elles sont imposées

⁷² Décret du 21 décembre 1999, J.O. 24 décembre 1999

avec leur conjoint légal. Elles n'ont pas le choix d'opter pour la possibilité de réunir ou de séparer leur patrimoine. Cette pratique est imposée par le Trésor Public.

106. La loi du 16 novembre 1912 fut la première à introduire dans le Code civil une référence au concubinage à propos de l'action en recherche de paternité sous l'expression de « concubinage notoire »⁷³, remplacée à partir de la loi du 3 janvier 1972, par la notion plus large de « concubinage impliquant, à défaut de communauté de vie, « des relations stables et continues »⁷⁴. Par relations, il faut entendre « relations de couple (sexuelles, plus clairement) » qui sont supposées exister entre deux personnes qui ont une vie commune.

La cohabitation hors mariage bénéficie désormais d'une véritable reconnaissance dans le Code civil puisque, depuis la loi du 15 novembre 1999, le titre XII du livre Ier du code civil est complété par un chapitre II ainsi rédigé : « Du concubinage » " Art. 515-8. - *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.* "

107. Le concubinage est donc défini comme un fait stable et continu. A ce fait n'est attachée aucune conséquence juridique spécifique. En particulier, la loi n'établit pas de présomption de paternité dans le concubinage et n'impose aux concubins aucune obligation particulière ni matérielle, ni morale.

En reconnaissant l'existence du concubinage homosexuel, l'article 515-8 a brisé la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait, auparavant, que seuls les couples hétérosexuels pouvaient réclamer les conséquences reconnues au concubinage en estimant que ce dernier « *ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* »⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation refusa au concubin homosexuel le transfert du bail au décès du locataire⁷⁶.

⁷³ Ancien article 340, alinéa 4

⁷⁴ Article 340-4, alinéa 2

⁷⁵ Cass. Soc. 17 décembre 1997, *Vilela c/ Madame Weil* D. 1998, p 111, conclusions Weber, note Auber

⁷⁶ Cette position était conforme à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui avait eu l'occasion de souligner que « *en l'état actuel de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables, hors mariage, entre personnes de sexe opposé* » ; CJCE, 17 février 1997, *Grant c/ south-West trains Ltd*, Rec. P.621 ; RTDH, 1999, p.399 note Lenoir.

108. Actuellement, bon nombre de couples choisissent, au moins pour un certain temps, de vivre en union libre plutôt que de se marier ou de conclure un pacs. L'union libre est d'abord et avant tout une relation sexuelle et affective dans le contexte d'une vie commune. Elle est souvent perçue comme impliquant moins de responsabilités au niveau légal, économique voire émotionnel. Cette cohabitation suppose plus de liberté et de facilité que celle encadrée par le mariage et ne nécessite aucune cérémonie formelle. D'un point de vue purement social, c'est une relation plus facile à rompre que le mariage ou le pacs.

109. Le concubinage est une union librement consentie sans obligation de fidélité ou d'assistance⁷⁷. L'infidélité d'un des concubins ne peut pas être sanctionnée par un juge (l'adultère n'existe que pour les couples mariés). Sauf en ce qui concerne l'octroi de droits, d'allocations et autres avantages, le concubinage n'impose pas la monogamie. Il ne crée aucun effet de droit c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'obligation alimentaire, de devoir de secours, de vocation successorale ni, bien sûr, de régime matrimonial. Chacun conserve la propriété de ce qu'il avait avant de se mettre en concubinage.

110. Les concubins forment-ils un couple-famille ?

Tout dépendra de la nature et de la durée de l'union. On considérera qu'ils forment une famille si leur couple peut être assimilé à un couple marié comme c'est le cas en matière de solidarité. Ainsi, si un couple de concubins agit comme un couple marié (avec un comportement tel que leur créancier a légitimement cru que les concubins étaient mariés), ils seront solidaires d'une dette contractée. En effet, le concubinage est une situation qui a l'apparence du mariage. Les tiers trompés peuvent, à ce titre, se prévaloir de cette apparence pour réclamer à un concubin l'exécution des engagements souscrits par l'autre. Ce critère exclut l'assimilation du terme de couple-famille aux différents couples d'un concubin polygame.

⁷⁷ La 6^{ème} chambre de la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt 2 septembre 2002 (R. G. n° 00/05022) a jugé que la communauté de vie instituée par les concubins impliquait un minimum de loyauté.

D - LE COUPLE DE FIANCÉS

« *Au lit près* », les fiançailles pourraient ressembler à l'union libre.⁷⁸

111. Pendant très longtemps, les fiançailles représentaient la première étape vers le mariage. Elles constituaient un véritable contrat d'aliénation entre le fiancé et le clan de la jeune fille.

Christianisées en même temps que le mariage, leur rupture devait se régler devant les tribunaux de l'Eglise. Si des parents, sans motif sérieux, renonçaient à poursuivre les fiançailles de leur enfant, ils étaient excommuniés trois ans.

Les canonistes se sont d'ailleurs penchés sur la question de savoir si une personne fiancée pouvait se marier avec une autre que celle initialement prévue. Ils ont conclu que les fiançailles étaient une promesse mais qu'elles ne créaient pas de lien. Elles étaient donc révocables même si cette révocation entraînait une sanction de l'Eglise car l'engagement pris est considéré comme très sérieux. Les fiançailles créent une obligation de conscience vis-à-vis du mariage.

112. La loi du 20 septembre 1792 qui établit le mariage civil et le divorce ne reconnaît plus les fiançailles. Dépourvues de reconnaissance et donc d'existence civile, elles ne sont plus désormais qu'une coutume sociale. Le mariage pouvant être rompu, les fiançailles aussi.

Puisqu'elles ne constituent qu'un simple fait juridique, leur rupture est libre. Cette approche a été retenue par la Cour de cassation, en 1838⁷⁹, au nom la liberté matrimoniale et en excluant tout rapprochement avec un contrat. Elle refusa d'accorder des dommages et intérêts pour rupture de fiançailles au motif qu'ils porteraient « une atteinte indirecte à la liberté du mariage ».

Ni acte juridique, ni engagement ferme, les fiancés restent libres de rompre à tout moment jusqu'au mariage. La rupture de fiançailles peut cependant entraîner le versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Lorsque la rupture intervient dans des circonstances considérées comme abusives, qualificatif laissé à l'appréciation du juge, le fiancé délaissé peut saisir le tribunal pour demander le versement de dommages et intérêts en réparation des différents préjudices subis (matériels, moraux...). À charge pour

⁷⁸ Selon l'expression retenue par France Quéré dans son essai *La Famille*, Editions la Table Ronde, Coll. Le petit vermillon, 2007, p.231.

⁷⁹ Civ. 30 mai 1838, Bouvier Juris. Générale V° Mariage, n°82 Sirey 1838, 1, 492.

lui de prouver ces préjugés par tous les moyens (témoignages, factures, certificats médicaux...).

113. Les fiancés constituent-ils un couple-socle-familial ? L'engagement est surtout symbolique puisque préservé par la liberté fondamentale du mariage. Les fiançailles ne sont donc pas constitutives de famille en tant que telles mais annonciatrices d'un projet.

Si elles aboutissent et que le mariage est célébré, on estimera que la famille est née le jour des noces. En revanche, si les fiançailles s'accompagnent d'une vie commune, elles constitueront un élément supplémentaire et favorable à la création d'une famille par des concubins. Les fiançailles de concubins n'ont, en réalité, que la valeur que leur accordent les fiancés.

§ 2. LA FAMILLE VERTICALE

114. Si les liens du sang ne fixent pas, seuls, le périmètre familial, ces liens n'en sont pas moins déterminants. Ils sont même, pour beaucoup, indispensables pour justifier l'appellation de « famille ».

Si pour certains, il n'y a rien de plus fort que les liens de sang, on peut considérer qu'il n'y a rien non plus de plus « collant ». En effet, ils créent une famille que l'on ne choisit pas mais à laquelle on est inexorablement lié.

Pas question de rompre « facilement et légalement » les liens qui nous attachent à nos parents, nos enfants, nos frères et sœurs.

Il semble *a priori* facile de cerner cette famille et d'en déterminer les membres. Nous avons tous deux parents, quatre grands-parents, huit arrière-grands-parents. Nos frères et sœurs ont la même ascendance, sauf s'ils sont nos demi-frères ou demi-sœurs, qualificatif plutôt réducteur et se référant à la quantité de sang commun.

Dans cette famille se trouveront les ascendants et descendants d'une même ligne, les frères et sœurs, les oncles et tantes utérins ou consanguins (à l'exclusion de leur conjoint pourtant appelés « oncles et tantes ») et les cousins germains et « éloignés » de l'ascendant commun.

La famille adoptive qui mime la filiation biologique a également sa place dans la famille issue de la filiation.

A - LA FAMILLE BIOLOGIQUE

115. «*Non seulement Jésus-Christ était fils de Dieu, mais encore il était d'excellente famille du côté de sa mère* ». Cette célèbre phrase de Monseigneur de Quelen⁸⁰ (1778-1839), prononcée lors d'un sermon à Notre-Dame de Paris, montre à quel point l'appartenance familiale a son importance.

Même Jésus, que l'on pourrait placer au dessus de ces considérations, était placé dans un ordre généalogique. La filiation donne à chacun une identité et une place sur un arbre généalogique. L'Eglise, qui a fortement influencé notre droit, a toujours défendu l'importance de la famille dans la société. Le Pape, Chef de l'Eglise catholique (et dont les fonctions lui interdisent de créer une famille d'alliance ou biologique), intervient d'ailleurs régulièrement pour exposer la position de l'Eglise sur différentes questions touchant la famille.

Au-delà du fait purement biologique de la naissance, la filiation biologique inscrit chacun dans une lignée, une histoire familiale, un héritage culturel.

Pourtant ce même Jésus avait une conception particulière de la famille. Quand on l'avertit de la présence de sa mère et de ses frères venus lui parler, Jésus répond : « *Qui est ma mère et qui sont mes frères ?* » puis en montrant ses disciples, il indique : « *Voici ma mère et mes frères ! Quiconque fait la volonté de mon Père qui est dans les cieux, c'est lui qui est mon frère, ma sœur et ma mère* »⁸¹.

L'évangile de Luc, réputé plus délicat, rapporte des paroles sans indulgence à l'égard de la famille : « *Si quelqu'un vient à moi, et s'il ne hait pas son père, sa mère, sa femme, ses enfants, ses frères, et ses sœurs, et même sa propre vie, il ne peut être mon disciple* »⁸². Jésus suppose donc que les affections familiales entrent en conflit avec celles que chacun doit à Dieu et sont un obstacle à la possibilité de devenir un disciple et par conséquent un bon chrétien.

Que penser aussi de la façon dont Jésus explique sa mission : « *Ne pensez pas que je vienne jeter la paix sur terre. Je ne viens pas jeter la paix, mais le couteau. Oui, je viens dresser l'homme contre son père, la fille contre sa mère, la bru contre sa belle-mère* »⁸³ (ce dernier aspect étant sûrement le plus simple de la mission).

⁸⁰ Notamment citée dans la conversation dans le chapitre « Eloge de la bêtise » entre U. Eco et J.-C. Carrière qui fait l'objet de l'essai *N'espérez pas vous débarrasser des livres*, 2009, Grasset, p.210. Du point de vue de l'exégèse, Jésus était vraisemblablement d'une « excellente » famille mais comparé à sa qualité de fils de Dieu, la précision semble peu pertinente.

⁸¹ Evangile de Mathieu 12, 46-50

⁸² Evangile de Luc 14, 26-27

⁸³ Evangile de Matthieu 10,34-37

Il n'utilisera le nom de mère pour Marie (qui était quand même la sienne) que du haut de sa croix pour fixer une maternité spirituelle entre Marie et Jean. La maternité charnelle, de sang, n'a donc aucune importance. Seules les relations de famille spirituelles comptent.

Ce « petit détour » par la religion montre que la filiation et les relations familiales qu'elle engendre sont depuis très longtemps au centre des esprits et des préoccupations.

1. FILIATION ET GÉNÉTIQUE

116. Le droit de la filiation a été historiquement marqué par la hiérarchisation des filiations et l'inégalité juridique en résultant : pendant des siècles, la filiation légitime a bénéficié d'un statut supérieur aux autres filiations et seul l'enfant légitime disposait d'une plénitude de droits.

Cette situation a perduré, en droit interne, jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, qui a amorcé l'harmonisation des régimes régissant les filiations légitime et naturelle en posant le principe de l'égalité entre enfants et en atténuant sensiblement l'infériorité de statut de l'enfant adultérin. Les réformes plus récentes du droit des successions et de l'autorité parentale ont fait disparaître ensuite les derniers privilèges des enfants légitimes dont les enfants naturels étaient privés⁸⁴.

Ces trente dernières années ont été marquées, sur le plan socio-démographique, par l'augmentation du nombre de naissances hors mariage qui représentent, selon l'INED⁸⁵, 55,8 % des naissances (la répartition s'est inversée en dix ans : en 2002, 55,7% des enfants naissaient dans le mariage).

117. La loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation reposait sur l'aspect probable de la filiation. Or l'évolution scientifique a consacré, à côté des certitudes de l'alliance entraînant la présomption de paternité du mari, la place de plus en plus importante de la vérité biologique fondée sur l'expertise génétique.

Le rôle respectif de la vérité biologique et de la possession d'état en a été perturbé et le droit positif de la filiation est devenu avec les années, l'évolution

⁸⁴ La situation des enfants incestueux reste, quant à elle, inchangée. Le rapport dirigé par Madame Théry, à la demande du Ministre de la famille, et rendu public en avril 2014, n'y fait même pas allusion.

⁸⁵ Chiffres 2012 (France métropolitaine) consultables sur le site de l'INED : http://www.ined.fr/fr/france/naissances_fecondite/naissances_hors_mariage/

de la jurisprudence et les progrès scientifiques un droit complexe devant répondre à des situations familiales parfois surprenantes.

Le droit de la filiation distingue désormais la filiation établie par la volonté des parents de la filiation établie automatiquement par l'effet de la loi.

Les modes d'établissement volontaire de la filiation sont différents selon que les père et mère sont mariés ou non et ne permettent pas toujours un établissement précoce et sûr du lien de filiation.

Quant à l'établissement judiciaire de la filiation, les délais des actions sont différents selon qu'il s'agit de la recherche de paternité ou de maternité. Enfin, les ruptures et recompositions familiales peuvent entraîner une fragilisation du lien de filiation, voire des conflits, que l'existence d'une pluralité d'actions judiciaires n'a fait qu'amplifier.

Avec les progrès continus de la médecine apparaissent de nouvelles questions éthiques. Tests ADN, dons de sperme et accouchements sous X : autant de pratiques qui posent avec plus d'acuité que jamais la question de la filiation.

a) Les tests de paternité

118. La très sérieuse revue scientifique anglaise « The Lancet »⁸⁶ a créé un scandale en publiant une étude sur la génétique. Selon cette étude, un enfant sur trente n'est pas celui de son père déclaré. Ce chiffre résulte d'une étude sur la transmission de maladies génétiques sur plusieurs générations. Les chercheurs se sont rendu compte qu'il y avait environ 10% de leurs échantillons qui ne correspondaient pas à la filiation déclarée.

La vente des tests de paternité explose à l'étranger. La loi française interdit de procéder à ces tests sans autorisation préalable du juge, et leur utilisation sans autorisation fait encourir une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il est donc interdit de vérifier sa filiation et d'acheter ces tests sans une procédure judiciaire. La France reste partagée entre la transparence de la vérité biologique et l'esprit du code civil fondé sur la filiation affective et sociale.

Faut-il changer la législation ? Internet permet facilement pour un peu plus d'une centaine d'euros de faire réaliser un test de paternité à l'étranger (Suisse, Allemagne, Belgique, Grande-Bretagne...) : les laboratoires envoient un kit de manière anonyme qu'il suffit de renvoyer avec un prélèvement ADN (mégot de cigarette, du sang de la salive, un cheveu...) et les résultats sont adressés en français au bout d'une semaine.

⁸⁶ Etude commentée dans le Monde du 11 mai 2009

La facilité d'utilisation et la fiabilité des tests incitent à s'interroger sur la légitimité du strict encadrement de l'usage de ces tests par les lois bioéthiques. Le législateur français refuse que ces tests soient utilisés pour remettre en cause ou faire éclater une structure familiale sur de simples doutes (comme ce fut le cas, par exemple, aux Etats-Unis pour des jumeaux américains qui n'ont pas le même père, la mère ayant eu une relation extraconjugale). Les tests de paternité restent ainsi utiles dans le cadre d'une procédure très encadrée liée à une recherche ou une contestation de paternité et non pour une simple vérification. Le droit français recherche davantage « la paix des familles » et respecte, avant tout, le droit de l'enfant, bien souvent mineur, qui n'est pas capable, lui, de décider.

119. En France, c'est en général l'absence de père qui motive la recherche de paternité. La plupart des demandes viennent de femmes qui veulent un père pour leur enfant. Entre 1300 et 1500 tests sont ordonnés chaque année par la justice. Si notre code civil prévoit la possibilité de recourir à des tests ADN pour vérifier la réalité d'une paternité, cette procédure, à la différence de nos voisins européens, reste encore exceptionnelle. Faut-il libérer l'accès aux tests de paternité ? Probablement mais sans tout permettre. Si on maintient la loi telle qu'elle est, les pères soupçonneux continueront de s'adresser, via Internet, à des laboratoires plus ou moins fiables et recevront les résultats sans préparation ni accompagnement. Des laboratoires français fiables pourraient assurer ce genre d'analyse et de prise en charge.

120. La restriction d'accès aux tests de paternité peut aussi paraître en contradiction avec leur utilisation pour imposer une paternité. Ces tests sont utilisés pour obliger des hommes à reconnaître une paternité alors qu'ils leur sont refusés (ou presque) quand ils pourraient prouver qu'ils ne sont pas les pères d'un enfant.

Précisons aussi que la France n'autorise pas de prélèvement sans le consentement des personnes. En revanche, l'échantillon prélevé afin d'être analysé dans un laboratoire étranger, a pu l'être par n'importe qui (la belle-mère, le voisin...), sans même que le père présumé en ait été informé. Notons enfin que, faisant suite au débat relatif à l'affaire Yves Montand⁸⁷ dans laquelle la Cour d'appel de Paris avait ordonné l'exhumation du corps du comédien alors qu'il s'était refusé de son vivant à toute expertise biologique, le législateur

⁸⁷ C. A. Paris, 6 novembre 1997, D., 1998, 112, note Malaurie.

français prohibe l'expertise génétique *post mortem*, sauf accord exprès du défunt exprimé *in vivo*, à l'article 16-11 al.2 du Code Civil. Cette solution préserve la volonté du défunt mais n'aurait-il pas été plus simple de s'arrêter non pas au défaut d'accord mais au refus explicite ?

Devant le simple besoin de vérité, la tentation est forte de pouvoir élargir l'accès aux tests et faire jouer aux empreintes génétiques un rôle accru dans la détermination de la filiation. Cependant, il existe un déséquilibre considérable entre l'extrême simplicité du test et la complexité des questions qu'il engendre. Le risque est d'accorder une importance démesurée à la filiation biologique comparativement à la filiation affective et sociale. Il est également de fragiliser la sécurité du lien de parenté.

b) Les procréations avec tiers donneurs

121. Le droit français a élaboré le système de filiation artificielle dans ce domaine en dissociant les aspects biologiques et juridiques.

La presse s'est fait l'écho de l'expérience de Thomas Beatie qui a accouché, aux Etats-Unis, d'une petite fille en juillet 2008⁸⁸.

Ce transsexuel américain, barbu, a fait la une des journaux en été 2008, en posant devant les photographes « enceinte » (ou enceint mais le dictionnaire ne connaît pas cet adjectif au masculin) Née femme, il est devenu un homme en 1998. Thomas Beatie, qui est légalement un homme mais qui a gardé ses organes de reproduction féminins après avoir changé de sexe, s'est marié avec une femme en 2006. Celle-ci étant stérile, il a décidé d'assumer la gestation de l'enfant. Il a bénéficié d'une insémination artificielle. Le couple a eu un petit garçon, selon le même procédé, en juin 2009. Thomas Beatie est donc la mère biologique des enfants dont il est le père.

122. Les techniques de procréations permettent de recourir à des personnes étrangères au couple pour un don de gamètes (sperme ou ovocyte) ou pour accueillir un embryon. Le législateur français prévoit qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

⁸⁸ Thomas Beatie est également mentionné et photographié « enceint » dans l'exposition « Au bazar du genre – Féminin masculin en Méditerranée » qui s'est tenue au Mucem (Marseille) et qui a donné lieu à l'élaboration d'un catalogue éponyme, 2013, Coédition MuCEM / Editions Textuel

La filiation biologique (charnelle) est inattaquable contrairement à la paternité juridique. Le consentement donné à une procréation avec tiers donneur interdit en effet toute action en contestation de filiation.

Si une femme met au monde un enfant issu d'un don d'ovocyte, l'enfant a donc deux mères potentielles, l'une génétique (la donneuse d'ovocyte), et l'autre utérine (celle qui l'a porté). L'enfant a donc des gènes différents de ceux de sa mère utérine. Cependant, il ne connaîtra pas l'identité de la femme qui lui a transmis ses gènes.

Des parents reçoivent un embryon d'un autre couple (des embryons dits « surnuméraires »). Les mères qui ont accouché ont ainsi porté un bébé étranger génétiquement tant à elles-mêmes qu'à leur mari, devenant « mères porteuses » de leur propre enfant. Elles donnent naissance à un enfant sans lui transmettre ses gènes. Les embryons sont, en quelque sorte, « créés sous x » avant d'être donnés.

123. Les procréations artificielles et assistées ont-elles changé la parenté et l'enfant ? L'opinion est divisée sur la question. Les uns saluent la conquête effective du droit à l'enfant par l'aide de la science et les autres condamnent l'absence de morale dans les prouesses de l'obstétrique et estiment que les couples infertiles devraient se résigner à leur situation et renoncer au secours de la science. Les mêmes rejettent surtout la possibilité de procréer quand l'enfant à naître vient intégralement de gènes extérieurs au couple ce qui revient à « créer des petits adoptés »⁸⁹.

Le problème est que notre société (la science) crée de toutes pièces des filiations alors que, par ailleurs, elle « sacralise » l'aspect génétique. La filiation (non adoptive) est alors une construction exclusivement juridique, sans rapport avec la réalité génétique, que l'on pourrait échanger au gré des volontés. Le service des études juridiques du Sénat a publié une étude de législation comparée⁹⁰ sur la procréation médicalement assistée (PMA)⁹¹. Rappelons qu'en France, et contrairement à ce que proposent nos voisins européens, l'assistance médicale à la procréation post-mortem ou pour une femme célibataire est interdite puisque la PMA est « destinée à répondre à la demande parentale

⁸⁹ *La famille*, op.cit.

⁹⁰ *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Étude de législation comparée N° 193, déposée au Sénat le 21 janvier 2009 consultable sur le site Internet du Sénat.

⁹¹ Également appelée assistance médicale à la procréation (AMP). La PMA est un ensemble de techniques médicales encadrées par la loi permettant la "Fécondation in vitro (FIV)", le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent visant à la procréation en dehors du processus naturel

d'un couple » et que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »⁹².

2. ANONYMAT ET FILIATION : UN REFUS DE FAMILLE ?

124. Le droit français de la famille ménage une place résiduelle, mais une place quand même, à l'anonymat et au secret. Le premier n'engendre pas forcément le second et le second ne repose pas forcément sur le premier.

Il faut réussir à concilier le droit au secret et à l'anonymat avec le droit de l'enfant de connaître ses origines.

L'anonymat touche par définition l'accouchement sous X. Celui-ci est permis et aménagé par la loi : il vise à protéger la santé et la sécurité du nouveau-né et de sa mère biologique qui bénéficient anonymement d'un accueil hospitalier⁹³. L'anonymat est la règle quasi-absolue dans les lois de bioéthique depuis leur entrée en vigueur en 1994 pour les dons d'organes, de tissus ou de cellules et c'est aux dons de gamètes que cette solution est applicable avec la plus grande fermeté, qu'il s'agisse d'un don de sperme ou d'un don d'ovocyte. Il est inscrit dans le Code de la santé publique et dans le Code civil, son non-respect étant en outre sanctionné par le Code pénal.

L'anonymat garantit la gratuité et le secret. Pour justifier l'anonymat des dons de sperme ou d'ovocyte, on invoque encore la crainte de dissuader les donneurs

⁹² Loi de bioéthique n°2004-800 du 6 août 2004 modifiée par la loi du 7 juillet 2011

⁹³ L'anonymat est régi par plusieurs textes :

-l'article L. 222-6, alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles qui ouvre la possibilité, pour une mère accouchant anonymement, de révéler son identité sous pli fermé

-l'article L. 222-6, alinéas 2, 3 et 4 du Code de l'action sociale et des familles qui prévoit la prise en charge des frais d'hébergement et d'accouchement et soutien psychologique et social des femmes accouchant anonymement

- l'Article 57 alinéa 1er et 2 du Code civil qui autorise la possibilité d'un accouchement sous X et fixe les modalités d'attribution du nom et prénom de l'enfant

-l'article 326 du Code civil qui rend possible, pour une mère, de ne pas révéler son identité lors d'un accouchement

Et enfin, la loi du 16 janvier 2009 qui a modifié l'article 325 du code civil en supprimant la fin de non recevoir de l'action en recherche de maternité. Cette modification ne supprime pas la possibilité d'accoucher anonymement. Elle supprime la garantie totale du secret. Elle est conforme aux recommandations du Conseil National d'accès aux origines personnelles. Ce Conseil est chargé de conserver, le cas échéant, les informations que la mère peut, si elle le veut, laisser à l'intention de l'enfant pour le cas où, en quête de ses origines, il souhaiterait en prendre un jour connaissance, qu'il s'agisse de données identifiantes ou non. La loi prévoit et aménage donc l'anonymat à l'instant de la naissance, mais ne lui attache pas nécessairement un secret irréversible.

(envers lesquels il ne peut être établi un lien de filiation) et de troubler le couple parental bénéficiaire ainsi que l'enfant conçu.

125. Quelle est la filiation légale d'un enfant conçu grâce à un don de gamètes ? Il n'est pas question de don de gamètes dans la loi relative à la filiation. Actuellement, la filiation de l'enfant est organisée au cours du protocole d'AMP. Il s'agit d'une véritable saisie de la filiation par la médecine, procréation et filiation se trouvant confondues dans une même procédure de nature médicale. Pourtant si la procréation relève bien de la médecine, la filiation devrait exclusivement relever du droit.

La procréation sans sexualité constitue une nouveauté radicale dans l'histoire de l'humanité. La décision implique, désormais, l'intervention d'un tiers, en l'occurrence la société par le biais de l'équipe médicale qui met en œuvre la technique.

Qui a le droit d'accéder à cette technique et de devenir parent ? La réflexion sur la procréation médicalement assistée ne peut, ni ne doit, être disjointe de l'ensemble de l'évaluation des lois de bioéthique et des lois concernant tant la filiation que la quête et le sens des origines biologiques. Plus généralement, il y a lieu de se demander ce que signifie, pour une société, la « biologisation » des rapports humains et la fascination/répulsion pour la génétique qu'implique, dans certains cas, le recours à la P.M.A. quand les familles recomposées tendent à devenir une norme et que de nombreux enfants ne sont pas élevés par leurs parents biologiques. Il faut, tant pour les enfants que pour les parents et pour l'ensemble de la société, se demander si ce qui est scientifiquement possible est moralement, juridiquement et socialement acceptable ?

B - LA FILIATION ADOPTIVE

« On dit : un homme peut bien avoir deux fils. Il ne saurait avoir deux pères. En vérité ne suffit-il pas pour avoir deux pères que l'on soit engendré par l'un et adopté par l'autre ? »⁹⁴.

La filiation et la généalogie de Jésus est beaucoup plus compliquée que celle des enfants adoptés aujourd'hui. Le principe est toutefois le même : la filiation se construit et elle peut l'être sur un autre fondement que le lien de sang.

⁹⁴ Saint Augustin, Sermon 51, de la double généalogie de Jésus-Christ.

126. On sait que le lien biologique n'est pas indispensable à l'enracinement familial. L'adoption correspond simplement à un autre mode d'entrée dans la famille et c'est finalement le désir d'accueillir un enfant qui permettra son inscription dans la filiation nouvelle.

L'adoption est inscrite dans les représentations sociales qui accompagnent la filiation et influence notre façon de penser la parentalité.

Ce mode d'entrée dans une famille n'est pas encore, dans les esprits, complètement assimilé à la filiation biologique. Notre culture occidentale diffuse encore largement la croyance en la primauté des liens biologiques. En témoigne la terminologie qui consiste à taxer les parents biologiques de « vrais parents », comme si les autres étaient moins vrais, voire même « faux ».

L'adoption bouscule la définition des représentations de la parenté fondée sur l'idée qu'une famille se constitue à partir du père, de la mère et de leurs enfants biologiques. Mais, c'est oublier que la filiation est le lien juridique qui rattache l'enfant à ses parents et à sa famille et que « l'acte procréatif » ne suffit pas à l'établir.

Cette façon de réduire les liens familiaux à une similitude génétique pourrait d'ailleurs avoir de fâcheuses conséquences sur l'enfant adopté qui verrait ainsi sa filiation et donc son identité (re)mise en question par la société qui l'entoure.

127. Le décret-loi du 29 juillet 1939⁹⁵ a introduit la légitimation adoptive réservée aux enfants de moins de 5 ans dont les parents sont inconnus ou recueillis par l'Assistance publique. L'adopté est inscrit sur le livret de famille de l'adoptant comme tout enfant biologique et rompt tout lien avec sa famille d'origine. Cette « assimilation » est désormais qualifiée de « mensonge d'État ».

*« Le maintien de l'anonymat dans les procédures d'adoption ou d'aide médicale à la procréation (AMP), en France, témoigne de cette volonté d'occultation d'une réalité contemporaine : les parents de l'enfant ne sont plus nécessairement ses géniteurs ».*⁹⁶

Cette réalité ne peut plus être cachée depuis que les homosexuels peuvent adopter⁹⁷. Comment simuler une parenté monosexuée ? Cette réalité est

⁹⁵ J.O. 30 juillet 1939

⁹⁶ Martine Gross « *l'homoparentalité dérange parce qu'elle délie la filiation de la sexualité* », Le monde des religions, 17 février 2012.

⁹⁷ Depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 – JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253 - les deux membres du couple homosexuel peuvent établir un lien de filiation envers un enfant, à condition d'être mariés. Cette loi leur a ouvert les effets du mariage et ils peuvent, comme les époux hétérosexuels, procéder à l'adoption simple de l'enfant de leur conjoint - sous réserve d'obtenir aussi le

également dévoilée lors d'adoption internationale quand un simple regard suffit à considérer qu'adopté et adoptant n'ont pas les mêmes gènes.

Ce mode de filiation « hors nature », véritable filiation élective, agit comme un révélateur de la vie sociale et de l'évolution des mentalités. Il oblige à considérer plus l'affiliation que la filiation et l'intention affective plus ou au moins autant que l'hérédité biologique et historique.

1. UN MODÈLE ORIGINAL

128. L'originalité du modèle français de l'adoption tient dans le double mode d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple.

La première se substitue entièrement à la filiation d'origine qui disparaît. Elle entraîne une rupture définitive du lien de filiation d'origine. Un nouvel acte de naissance est rédigé et remplace l'acte de naissance d'origine dans les registres de l'état civil. La rupture du lien de filiation biologique est irréversible, rupture qui resitue l'enfant sur un nouvel axe généalogique et qui entraîne l'effacement de tous les membres de la parenté d'origine de l'enfant. L'adoptant veut bien souvent pallier l'absence d'un enfant biologique par une adoption⁹⁸. Or l'enfant adopté, même sans famille, a une histoire, des gènes, des liens dont l'existence sera niée dans son nouvel acte de naissance.

La protection de la filiation adoptive d'un enfant nécessite-t-elle d'occulter ses origines ? Le droit français a une conception exclusive de l'adoption et ce type de filiation ne peut se construire qu'en faisant table rase du passé et des origines familiales. Même si le droit français barricade la famille adoptive, il n'interdit pas la conservation de la trace des origines ni l'accès à celle-ci. Reste à l'organiser dans le respect des droits de chacun.

Le second mode d'adoption permet au contraire l'addition du lien de filiation adoptif au lien de filiation d'origine, sans l'effacer. L'enfant entre dans sa deuxième famille, il en portera le nom.

De ces filiations adoptives découlent les droits et devoirs de l'autorité parentale. Seule l'adoption simple est retenue pour un enfant d'un certain âge ; d'ailleurs l'adoption plénière n'est plus possible après 15 ans. En effet, comment un enfant

consentement du second parent biologique, s'il existe - ou à l'adoption plénière de l'enfant dont la filiation ne serait établie qu'envers leur conjoint, avec maintien exceptionnel du lien de filiation préexistant et partage de l'autorité parentale. Les couples homosexuels mariés pourront également réaliser une adoption plénière conjointe, cependant cette dernière possibilité sera rare en pratique, certains Etats d'origine des enfants refusant de les confier à des couples de même sexe.

⁹⁸ L'adoption est aussi parfois un acte de pure générosité qui ne comble aucun manque et qui a pour seul objectif de donner une famille à un enfant qui n'en a pas.

pourrait-il entrer dans une nouvelle généalogie en niant la réalité passée qu'il a déjà en mémoire ?

Au-delà de cette dualité de l'adoption (plénière/simple), aux conséquences juridiques et humaines très différentes, trois types d'adoption doivent être distingués: l'adoption internationale, l'adoption nationale et l'adoption intrafamiliale.

129. L'adoption internationale⁹⁹ met en présence, par définition, des adoptants et des adoptés de nationalités différentes, régis chacun par leurs propres lois, parfois peu compatibles, voire contradictoires. Il convient de déterminer la loi applicable aux conditions comme aux effets de l'adoption prononcée en France mais aussi définir l'effet en France d'une décision prononcée à l'étranger. Encore faut-il que l'adoption soit possible. Pour exemple, l'article 370-1, alinéa 2 du code civil prohibe l'adoption d'un mineur dont le statut personnel interdit l'adoption. Dans certains pays, comme les pays de droit musulman¹⁰⁰, aucun enfant ne peut se voir attribuer une filiation sur la simple volonté d'un tiers si cette filiation ne correspond pas à sa filiation biologique. La filiation relevant de la seule volonté de Dieu, elle ne peut résulter de la volonté humaine et ne peut être le fruit que de l'union d'un couple marié.

Si ces enfants ne peuvent pas être adoptés, ils peuvent cependant être recueillis en faisant l'objet d'une Kafala¹⁰¹, alternative à l'adoption prohibée qui permet à un kafil volontaire (de la famille d'origine ou pas), d'accueillir et d'élever bénévolement un enfant séparé de son milieu familial d'origine¹⁰².

⁹⁹ L'Agence Française de l'Adoption définit l'adoption internationale comme « l'adoption de mineurs dans laquelle existe un élément international, c'est à dire : soit l'adoption d'un enfant étranger prononcée en France ; soit l'effet en France de l'adoption d'un enfant étranger prononcée à l'étranger ; soit l'adoption d'un enfant français par un couple étranger résidant à l'étranger. Dans ces hypothèses, le ou les adoptants relèvent le plus souvent du droit français, en raison de leur nationalité (française) ou en raison de leur domicile en France si l'adoption est le fait d'un couple marié dans lequel le mari et la femme ont une nationalité différente. La convention de La Haye du 29 mai 1993 considère, quant à elle, qu'une adoption internationale est celle qui implique le déplacement de l'enfant de son pays d'origine vers celui où vit sa famille adoptive (article 2-1 de la convention). Dès lors que l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil sont tous deux des Etats contractants, la convention s'applique obligatoirement. Il s'agit donc d'une convention exclusive »: <http://www.agence-adoption.fr>.

¹⁰⁰ A l'exception de l'Indonésie, la Turquie et la Tunisie

¹⁰¹ Lire « La réception des institutions algériennes en droit français : la kafala » : Dr. Famille2009, n°1 et notamment M. Boulénouar Azzemou, « Recueil légal (Kafala et droits positifs », dossier n°3.

¹⁰² La Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans un arrêt du 4 octobre 2012 (CEDH 4 oct 2012 : dr. Famille, 2012 Comm 167 obs. M Farge ; F. Chaltiel « la vie familiale devant la CEDH », Les petites affiches, 16 avril 2013, p.8) que le droit français ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe du droit à la vie familiale, car il ouvrait des voies d'assouplissement à l'interdiction d'adopter un enfant objet d'une Kafala. L'interdiction peut en effet être contournée via la possibilité pour le mineur résident en France depuis au moins cinq ans avec une personne de

Aujourd'hui, l'adoption internationale représente plus de 80 % de l'adoption en France. La France est le troisième Etat d'accueil¹⁰³ d'enfants adoptés à l'étranger, après les Etats-Unis et l'Italie¹⁰⁴.

130. Lorsque l'adoptant adopte un enfant de son propre pays, l'adoption est nationale.

En 1900, alors que la France comptait 26 millions d'habitants, 150 000 enfants étaient pupilles de l'Etat c'est-à-dire officiellement sans parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Ils étaient donc adoptables. Fin 2010, 2 347 enfants avaient le statut de pupille de l'Etat avec une population de 64 millions d'habitants¹⁰⁵. Le nombre de foyers titulaires d'un agrément est régulièrement en baisse (20 462 en 2012 contre 28 181 en 2008) et le nombre d'agréments délivrés en 2012 était de 5332 (7027 en 2008). Depuis plusieurs années, le nombre des enfants adoptés par des familles françaises baisse nettement, passant d'environ 4000 par an en 2008 à moins de 1400 en 2013 : en 2012, 697 pupilles de l'Etat ont été placés en vue d'adoption alors que 1569 enfants venus de l'étranger ont été adoptés par des familles françaises (1343 en 2013)¹⁰⁶.

Depuis 1980 à 2013, plus de 90 000 enfants nés à l'étranger ont été adoptés en France.

131. La baisse spectaculaire du nombre d'enfants adoptables en France a plusieurs raisons. La première est, sans conteste, une meilleure maîtrise de la contraception. Puisque les femmes choisissent d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant, les naissances sont en général désirées.

nationalité française d'acquérir lui-même la nationalité française et la faculté d'être adoptable. Outre le fait que l'on puisse s'interroger sur le caractère éventuellement frauduleux d'une telle procédure, la cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 4 décembre 2013 (cass. 1^{re} civ, 4 déc. 2013, n°12-26161 ; Véronique Legrand « Kafala et adoption : le malaise perdure... », Les Petites Affiches, 14 février 2014, p.7 et suiv.) que la seule nationalité française ne permet pas d'adopter un mineur placé sous Kafala, encore faut-il, comme l'impose l'article 320-3, alinéa 3 du Code civil, que le représentant légal de l'enfant y ait consenti. En d'autres termes, il faut aussi s'assurer du consentement des parents biologiques s'ils sont connus et vivants. Or un musulman pratiquant ne peut pas consentir à une adoption.

¹⁰³ Selon les statistiques du ministère des Affaires étrangères français, sur les 1 069 adoptions internationales prononcées en France en 2014, 129 concernaient des enfants vietnamiens, 121 venaient de Russie, 71 de Chine, 57 de Thaïlande, 56 de Colombie...

Source : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/statistiques_2014_cle076137-1.pdf

¹⁰⁴ ONED (Observatoire National de l'Enfance en Danger), La situation des Pupilles de l'Etat. Enquête au 31 décembre 2011, Paris : La documentation Française, 150 p., 2013

¹⁰⁵ Source : ONED rapport "Situation des pupilles de l'Etat au 31/12/2010"

¹⁰⁶ Source : EFA Enfance & Familles d'Adoption - <http://www.adoptonefa.org>

La deuxième est que le statut de la mère célibataire n'a plus rien de honteux. Il en vient même à être revendiqué.

Enfin, le dispositif d'aide sociale s'est amélioré et aide vraiment les parents, à élever, seuls ou non, leur(s) enfants avec un soutien matériel ou éducatif. L'Etat veille ainsi à protéger le droit de l'enfant à vivre en famille. L'enjeu public est de faire en sorte que les enfants naissent désirés par leurs géniteurs et soient élevés par eux. Toutes ces raisons expliquent le fait qu'il y ait, chaque année, de moins en moins d'enfants adoptables.

Parallèlement, le nombre de personnes souhaitant adopter augmente à travers le monde, en raison notamment de l'importance de la réalisation du désir d'enfant dans la recherche de développement personnel, un désir de plus en plus souvent contrarié par l'augmentation de l'infertilité¹⁰⁷.

132. Enfin, l'adoption intrafamiliale est fondée sur l'existence d'un lien (familial, d'alliance ou affectif) entre l'adoptant et adopté. Il s'agit pour l'essentiel de l'adoption de l'enfant (né en France ou à l'étranger) d'un conjoint ou d'un ex-conjoint.

Notons ici que l'adoption intrafamiliale et la procréation médicalement assistée ne font pas toujours « bon ménage ». Les médias¹⁰⁸ ont abondamment rapporté le jugement du tribunal de grande instance de Versailles du 30 avril 2014¹⁰⁹ qui refusa à une femme d'adopter l'enfant de sa conjointe avec laquelle elle était mariée, au motif que « *le procédé qui consiste à bénéficier d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude (...) et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ».

Si tant est que fraude il y ait eu, ne devait-elle pas toucher la filiation ? Certes, la PMA est réservée, en France, aux couples hétérosexuels infertiles. Si la méthode de conception était frauduleuse, la maternité devait être contestée. Comment les juges allaient prouver la « mise en œuvre » de cette méthode sans porter atteinte

¹⁰⁷ La fertilité des couples mesure leur capacité biologique à mettre au monde un enfant vivant. L'infertilité correspond à la baisse ou l'absence de capacité à engendrer une descendance. Une infertilité ne signifie pas une incapacité définitive à avoir des enfants. En revanche, la stérilité d'un couple se définit comme l'incapacité définitive à concevoir un enfant. Lire les études de l'Inserm <http://www.inserm.fr/actualites/rubriques/actualites-recherche/apres-un-an-d-essais-pres-d-un-quart-des-couples-infertiles>.

¹⁰⁸ Le Monde du 2 mai 2014,

¹⁰⁹ TGI Versailles, 29 avr. 2014, RG n° 13/00168, Dalloz actualité du 9 mai 2014 obs. T. Coustet ;

à l'intimité de la vie privée des parents ? Comme l'explique le Professeur Granet-Lambrechts, les parents ont « *un droit fondamental à préserver, dans l'intimité partagée de leur vie privée, cette circonstance de leur vie de couple qu'est la conception de leur enfant* »¹¹⁰ ? Gageons qu'en se montrant indiscrets, les tribunaux auraient vraisemblablement favorisé le mensonge. Les femmes n'auraient eu qu'à prétendre que l'enfant était né d'une relation hétérosexuelle. Notons aussi que le fruit de la supposée fraude, l'enfant, privé du droit de voir sa double filiation établie, aurait subi un préjudice uniquement lié à la méthode utilisée pour le concevoir.

Dans une procédure d'adoption, le mode de conception de l'enfant est indifférent, à partir du moment où toute la procédure d'adoption a été faite dans des conditions légales. Les juges versaillais pouvaient constater que les conditions de l'adoption étaient remplies : l'adoptante était l'épouse de la mère biologique et l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant¹¹¹. La loi du 17 mai 2013 devait permettre la sécurisation des enfants de famille homoparentales ; « *or de quels enfants, de quelles familles s'agit-il, sinon de celles qui, par définition, se sont constituées, en France ou à l'étranger, en marge de la loi ?* »¹¹². Le législateur aurait peut-être dû être plus explicite mais sans doute comptait-il sur le bon sens du juge censé garantir la protection des droits de l'enfant.

Dans deux avis du 22 septembre 2014¹¹³, la Cour de cassation a estimé, que le recours à la PMA à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, « *ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu* ». Elle écarte l'argument de « *fraude à la loi* » et précise qu'« *en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée* » : dès lors, elle a estimé que « *le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* ».

¹¹⁰ Droit de la filiation, mai 2013 - avril 2014, Recueil Dalloz 2014, p. 1171.

¹¹¹ L'article 343 du code civil dispose : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt huit ans » et l'article 345-1 du même code précise : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ; 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

¹¹² Recueil Dalloz, 29 mai 2014, n°20, note H. Fulchiron, p. 1163

¹¹³ Avis n° G1470006 et avis n° J1470007. Ces avis peuvent être lus sur le site Internet de la Cour de cassation <https://www.courdecassation.fr>.

2. DROIT À L'ENFANT CONTRE DROIT À AVOIR UNE FAMILLE

133. L'idée directrice de l'adoption n'est pas de trouver des enfants pour des familles adoptives, mais bien de trouver la famille susceptible d'offrir le meilleur projet de vie pour l'enfant.

Or, les objectifs de la famille et de son droit est de favoriser le bien être individuel et l'épanouissement personnel de chacun, celui-ci s'exprimant pour beaucoup dans le désir d'enfant et le projet parental. L'adoption est donc souvent une réponse aux attentes de parents qui préfèrent un enfant vierge de tout passé.

134. L'adoption doit être pensée dans ce contexte qui doit concilier attente parentale et protection de l'enfance. Elle est reconnue comme telle par la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) adoptée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 1989 : « *Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État. [...] Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié* » (article 20). La CIDE, dans son article 21, ainsi que la convention de La Haye régissant l'adoption internationale depuis 1993, dans son article premier, fondent l'adoption sur l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Ces conventions précisent également que le recours à l'adoption internationale ne peut avoir lieu que si aucune solution n'a pu être trouvée dans le pays d'origine de l'enfant.

Au niveau national, la définition de la protection de l'enfance inclut la prise en charge des « *mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* » (article L.112-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles (CASF)).

135. L'adoption entre donc dans le cadre de la protection de l'enfance et n'est pas un outil du planning familial. Pas plus qu'elle n'est un droit : un droit à avoir un père, une mère ou, du point de vue des futurs parents, un droit à avoir un enfant.

Prétendre le contraindre reviendrait à chosifier l'être humain qui deviendrait l'objet du droit d'un autre. Personne ne peut revendiquer d'avoir le droit à quelqu'un d'autre.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protège bien le droit au respect de la vie privée et familiale mais en aucun cas le droit à une vie de famille. Ainsi que l'a précisé la Cour de Strasbourg, « *l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, [...] ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (Fretté, précité, § 32) [...]. Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille* » (§41).¹¹⁴ L'adoption qui permettrait de fonder une famille n'est donc pas un droit. Elle a même pu être considérée comme une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale des parents d'origine et de l'enfant quand la mère avait été exclue de la procédure qui a abouti à l'adoption de sa fille¹¹⁵.

En résumé, le droit à une famille n'existe pas. Mais les enfants et les parents ont droit au respect de la vie familiale effective. Si cette vie de famille n'existe pas ou si elle met en péril le développement de l'enfant, les Etats doivent intervenir dans l'intérêt de l'enfant et dans le cadre de la protection de l'enfance.

136. Du pluralisme des familles découle un pluralisme de leur construction. La façon d'entrer dans la famille, d'en devenir un membre comme les autres est amenée à changer et l'adoption devrait bénéficier de ce changement.

L'adoption doit être réfléchie dans un contexte de réalité familiale qui n'est plus unique. Les recompositions familiales, la diversité conjugale et parentale obligent à cesser de voir l'adoption comme l'imitation mythique de la filiation charnelle qui, seule, permettrait le rattachement symbolique, juridique et affectif entre parents et enfant.

Pouvoir feindre la consanguinité n'est pas nécessairement le gage d'une adoption réussie. Le développement des nouvelles technologies de reproduction impose l'éclatement des notions de filiation (génétique, biologique, sociale, adoptive) et a ébranlé le principe d'exclusivité du lien parent-enfant. Peut-être est-il temps de repenser la parenté.

137. La famille n'est plus l'institution immuable qu'elle a été, strictement encadrée par le Droit.

¹¹⁴ CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c/ France* : JCP. G. 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *R.J.P.F.* 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA*, 2008, n° 28, p. 9, comm. F. Chaltiel ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, 2008, n° 145, p. 15, note F. Dekeuwer-Défossez

¹¹⁵ CEDH, 17 juillet 2008, *X c. Croatie*, n° 11223/04, *JCP famille* septembre 2008 n°9, veille par M. Bruggeman.

Désormais, le Droit n'a plus le monopole de la famille. Aux juristes, s'ajoutent les anthropologues, les sociologues, les démographes, les économistes, les historiens et les scientifiques pour ausculter et comprendre la famille. Leur discipline se nourrissent les unes des autres et construisent le lien familial

Tous l'ont étudié et tenté de lui donner un sens et des repères. Qu'est-ce qu'un lien de couple et un lien de filiation ? Quels sont les fondements et les conséquences de ces liens. Peut-on les créer et les rompre librement ?

L'étude des familles d'ailleurs permet de voir que l'humanité ne cesse d'inventer de nouvelles formes pour modeler les deux piliers de tout système de parenté : l'alliance et la descendance (Partie préliminaire).

A travers la famille sont véhiculées la culture et les valeurs d'une société. C'est la raison pour laquelle la famille est à la fois une affaire privée et un enjeu politique.

Comment évoluera la famille française dans les cinquante prochaines années ? Personne ne peut donner une réponse définitive sérieuse à cette question. Cependant, certaines tendances peuvent être dégagées de l'analyse des facteurs d'influence sur la famille au premier rang desquels se trouvent les notions d'égalité et de liberté dans les relations familiales.

La famille n'est plus une fatalité mais un choix. On choisit de former un couple (homosexuel ou hétérosexuel) et de le dissoudre. On choisit d'avoir des enfants ou pas, d'en être ou pas le parent biologique. On peut même choisir de changer de sexe.

Le droit doit s'adapter à cette nouvelle famille qui se construit sur des fondations mouvantes dans une société mondialisée, multiculturelle et fondée sur le partage de valeurs communes (Partie I). Même si l'on comprend certaines résistances, la réalité familiale contemporaine ne permet pas de conserver le modèle matrimonial traditionnel ni le fondement exclusif de la filiation sur le biologique.

Pour comprendre la famille, il faut « *s'ouvrir au trouble* »¹¹⁶, c'est-à-dire à la réalité, au progrès scientifiques, aux transformations sociétales. Se troubler, c'est aussi se demander dans quelle mesure les difficultés ou les problèmes que rencontre la famille tiennent de nos institutions nationales ou des institutions internationales, de notre droit ou de notre politique familiale (Partie 2).

¹¹⁶ Expression de la sociologue Irène Théry dans l'entretien accordé sur France culture retranscrit dans France Culture Papiers de l'automne 2014 n°11 p.97

Partie préliminaire

LA FAMILLE : UNE VALEUR UNIVERSELLE OU UNE CONSTRUCTION SOCIALE ÉPROUVÉE

138. La famille est à la fois une « affaire privée » qui concerne individuellement chaque membre qui la compose et « une affaire d'Etat » puisque la famille est indiscutablement un groupe social. Elle est également le miroir, parfois déformant et réducteur, d'une société.

Elle existe dans tous les schémas humains du monde, même si sa morphologie, sa fonction, son rôle et les relations qui s'y nouent varient beaucoup d'une société à l'autre.

Aussi peut-on légitimement se demander si la famille est un modèle universel ou juste une entité marquée d'une particularité culturelle, si elle constitue un cadre de vie oppressant pour la liberté individuelle et souvent inégalitaire ou si, au contraire, elle favorise l'épanouissement de chacun, si elle est une institution nécessaire à la transmission des valeurs et au fonctionnement même d'une société qui doit, à ce titre, être protégée ou si encore, elle pourrait disparaître sans compromettre la société dans son ensemble.

Toutes (ou presque) les sociétés ont eu tendance à légitimer leurs institutions en expliquant qu'elles étaient les seules conformes aux lois impératives de la Nature ou de Dieu. En réalité, quand on observe différents types de famille sur l'ensemble de la planète, on est surtout frappé par l'incroyable variété de formes que les êtres humains ont pu imaginer pour vivre ensemble et élever leurs enfants.

Section 1 - UNE FAMILLE, PLUSIEURS MODÈLES

139. En effet, ce ne sont pas des facteurs naturels tels que le climat, la composition du sol, l'emplacement géographique ou la couleur de peau qui définissent le modèle familial mais plutôt des facteurs culturels, tel que la façon dont les personnes sont éduquées, les lois et coutumes auxquelles elles sont soumises, leurs traditions ou encore l'idée qu'elles se font de la famille.

La famille est donc universelle dans son existence mais elle ne l'est pas dans sa fonction, ni dans sa composition, ni dans les valeurs qu'elle transmet.

Une expérience réalisée par l'anthropologue américaine, Laura Bohannan¹¹⁷, illustre cette approche et permet d'appréhender avec recul l'universalité du modèle familial.

§1 . LES TIV¹¹⁸

140. Madame Bohannan s'est rendue en Afrique de l'Ouest auprès des TIV. Son expédition avait pour but de prouver que l'être humain avait une compréhension universelle de certains concepts, au-delà même des différences de culture. Elle offrait de vérifier son hypothèse auprès des Tiv et de prouver le caractère universellement compréhensible de la pièce de Shakespeare, Hamlet.

Une première difficulté apparaît quand elle évoque le fantôme d' Hamlet Père s'adressant aux gardes. Les Tiv admettent parfaitement les esprits envoyés par les sorciers mais ne conçoivent pas les fantômes. Poursuivant son récit, Laura Bohannan raconte qu'Horatio, jeune garde, s'adresse alors au fantôme pour lui demander ce qu'il doit faire pour que l'âme du souverain défunt puisse trouver la paix. Sans réponse, il décide de confier cette affaire au prince Hamlet. Pour les TIV, il est impossible de confier ce type de mission à un jeune d'autant que le roi défunt a un frère, un Ancien, à qui il revient de s'en occuper. Les Tiv affirment alors ne pas pouvoir donner un avis éclairé s'ils ne savent pas avec certitude si Hamlet et son frère Claudius ont la même mère, détail généalogique qui n'est pas précisé dans la pièce. L'anthropologue en vient alors à évoquer le cas de Gertrude, veuve d'Hamlet et mère du prince. Il est traditionnellement admis, lors d'une lecture occidentale, de s'offusquer de la rapidité avec laquelle la veuve se remarie, joyeusement, avec son ancien beau-frère, sans attendre un délai décent. Les Tiv se demanderont comment elle avait pu attendre si longtemps, « les champs n'attendant pas pour être binés ».

L'approche d'Hamlet n'a donc rien d'universelle parce que le modèle familial et les fonctions de la famille et de ses membres à l'intérieur de la famille ne sont pas universels. Ce que l'on retire de cette pièce est conforme à notre représentation de la famille et de la mort : l'approche des Tiv sur ces sujets est

¹¹⁷ L. Bohannan, « Hamlet chez les TIV », traduction Jean Verrier, in Revue des Sciences Humaines, Presse universitaires de Lille, n°240, 1995, p.164

¹¹⁸ Les Tiv sont un peuple d'Afrique de l'Ouest, installé pour l'essentiel au Nigéria et au Cameroun. Les Tiv sont chrétiens et animistes.

plus collective qu'individuelle et implique une idée partagée des relations familiales.

§ 2. L'UNIVERSALISME EN CAUSE

141. Ce détour littéraire permet d'imager la différence qui existe entre la famille et Les familles. Les confondre reviendrait à ne pas distinguer langage et langues particulières. Le rapprochement, physique, psychologique ou affectif entre les individus est un phénomène universel, dès l'instant où il se détache de la nature mais il s'actualise concrètement selon les formes particulières que sont les phénomènes culturels particuliers, qu'il s'agisse de systèmes politiques, de règles morales ou de constructions économiques. Considérer une de ces formes comme étant l'incarnation de valeurs universelles, c'est oublier que toute culture est limitée dans l'espace et dans le temps, quelle que soit sa volonté d'expansion. Une culture qui prétendrait porter des valeurs universelles devrait, de fait, se présenter comme étant la seule véritable culture reléguant nécessairement les autres formes de fonctionnement sociétal, familial ou religieux considérés comme infra-culturel.

On peut, en revanche, retenir que chaque culture particulière est porteuse de valeurs ; elle soutient des valeurs universelles dont elle est l'un des piliers. Une culture particulière ne peut pas être seule porteuse de telles valeurs parce qu'elle devrait universaliser ce qui n'est que particulier.

L'universalisme fut un principe généreusement promu par les philosophes des Lumières. Mais il résiste difficilement aux critiques de Marx ou de Claude Lévi-Strauss : défendu par les seuls Européens, il a été accusé d'être le masque des intérêts particuliers, ceux d'un groupe qui prétend exporter ses valeurs au nom du Bien. L'universalisme ne peut sans doute plus reposer sur l'affirmation a priori d'un modèle humain. Il s'invente, il se négocie entre des cultures proches ou incompatibles, au risque de se réduire à un simple dénominateur commun.

Pourtant le souci de l'universel demeure, ne serait-ce que dans l'indignation des consciences devant une injustice insupportable, lorsqu'on attente à l'intégrité ou la dignité d'un autre humain, quel qu'il soit.

§ 3. APPROCHE ANTHROPOLOGIQUE

142. L'importance donnée à la famille par les différentes nations repose en partie sur le fait que beaucoup d'entre elles considèrent que la famille est la base de la société. La considérer comme telle est d'ailleurs la position adoptée par les membres de l'ONU inscrite à l'alinéa 3 de l'article 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme. C'est également ce qu'indique la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dont l'article 18 précise que « *la famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'Etat qui doit « veiller à sa santé physique et morale » (1^{er} alinéa). « L'Etat a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté » (alinéa 2).*

143. L'anthropologue Maurice Godelier ne partage pas cette idée et affirme que la famille n'est pas la base de la société¹¹⁹. Le fondement des sociétés contemporaines se trouverait dans la sphère du politico-religieux. Ainsi, les rapports de parenté ou d'alliance et les activités économiques ne constituent pas un ensemble qui peut être pensé comme un tout unificateur par ses membres et par ceux des territoires voisins. La langue et la culture ne fondent pas non plus cette unité.

« *Ce qui fonde la société, c'est un territoire contrôlé et revendiqué par une population qui veut s'y reproduire. Autrement dit, il faut que des clans et des individus revendiquent d'être perçus comme un groupe territorial doté d'un « grand nom » pour que l'on puisse identifier une société. Ce groupe territorial fonctionne sur le registre du politico-religieux, avec des rapports sociaux qui ne se confondent pas avec la famille ni avec les rapports de parenté. »*

144. L'auteur appuie sa démonstration sur l'étude des Baruya de Nouvelle-Guinée. Cette société exerce sa souveraineté par diverses institutions comme l'initiation des hommes et des femmes, le système des âges et les rites des shamans. Les rapports de parenté ne fondent pas l'unité de la société. Ils fondent la construction des individus à partir de leur naissance. La famille est donc indispensable à la construction de soi. En revanche, les Baruya ont institué des initiations qui s'apparentent à ce que les Occidentaux appellent « des rapports politico-religieux ». Politiques, parce qu'ils fixent des rapports d'autorité et de

¹¹⁹ Maurice Godelier, *Au fondement des sociétés humaines : Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel, 2010

pouvoir entre les clans et entre les sexes, et religieux, parce que différents éléments, comme le Soleil ou les esprits de la nature, soutiennent les humains.

La France (et l'Occident, plus généralement) s'est détachée, au moins officiellement, des fondements religieux et fonde la société sur l'Etat de Droit et le partage de valeurs. C'est autour de ces valeurs et des droits de chacun que se construisent encore des liens affectifs, symboliques, patrimoniaux, qui composent une identité partagée, et qui se transforme au cours du temps.

C'est, en fait, le Droit, et plus spécialement l'égalité de droits qui constitue un principe essentiel de notre organisation sociale. C'est à la fois une norme et un projet. Le danger est alors, pour ce qui concerne plus spécifiquement la famille, de ne pas attribuer des qualités morales à ce qui n'est que normatif.

La société occidentale contemporaine a fait de l'individu le centre de la société. Cela signifie que les aspirations de ce type de société est de promouvoir les individus en tant qu'individus et non pas en tant que membres d'un groupe ou d'une famille. Si la famille n'est plus le fondement de la société, elle continue à jouer un rôle essentiel dans le développement de l'identité et de la personnalité des individus. Elle est le lieu où s'exerce la fonction familiale de chacun et où chacun occupe une place. La famille n'est pas spontanée, naturelle et, encore moins, évidente. C'est le droit qui cristallise ce qu'elle est.

145. Elle est culturelle et c'est la raison pour laquelle les différentes formes de famille sont datées et localisées : le nombre de conjoint(e)s, la formation du couple, le statut et la place des enfants et de la femme, la dissociation entre la parenté et la parentalité sont autant d'éléments qui, par leur diversité dans le monde, montrent que la famille est avant tout une question de lieu et d'époque.

Section 2 - LES FAMILLES D'AILLEURS : DES MODÈLES DIFFÉRENTS

146. La famille est à la fois une réalité et un objet construit qui organise des liens naturels en liens sociaux. Sur un même territoire, peuplé par des individus d'une même culture, on a vu que la famille pouvait naître de différentes manières. Il n'existe donc pas de paradigme familial mais plusieurs modèles de famille.

La famille ne se reconnaît d'ailleurs pas toujours à sa morphologie mais aux fonctions qu'elle assume et qui fixent son importance sociale. Ces fonctions se retrouvent dans différents modèles : la notion de couple, la reproduction de l'espèce, la socialisation primaire des enfants, la protection des membres d'une

même famille contre les périls (physiques et moraux), la production et la transmission de biens et de repères culturels.

§ 1. LES NA DE CHINE¹²⁰

147. Les Na sont environ 30.000 et vivent près de l'Himalaya dans la province du Yunnan. Ils parlent une langue tibéto-birmane. Ils constituent la seule ethnie répertoriée qui ne connaît pas l'institution du mariage. Il ne s'agit pas d'une évolution moderne des mœurs chinoises puisque Marco Polo en parlait déjà dans ses récits.

Tout n'est pas permis dans cette société peu ordinaire. L'inceste notamment y est interdit. Les Na forment une société de célibataires polyandrogynes qui institue un système de relations sexuelles sans mariage. La liberté sexuelle de la femme serait le commencement du progrès de l'espèce humaine. La femme est libre d'utiliser sexuellement son corps sans inhibition ni préjugés moraux. La fidélité est considérée comme honteuse. Elle est assimilée à du marchandage.

Chez les Na, les femmes ne s'apparient (aller par paires, en couple) que le temps d'une nuit, à l'occasion d'une union libre, avec un membre masculin d'un autre clan. Si un enfant naît de cette union passagère, sa mère sera celle qui lui aura donné naissance, mais son père sera l'un des frères de la mère (l'oncle utérin). Le « géniteur » n'aura aucun droit ni statut. La notion même de mariage n'existe pas plus que celle de paternité. Il n'y a pas de terme dans la culture Na pour désigner le père.

148. La vie sexuelle est très organisée. Elle commence à 13 ans pour les filles et les garçons et se termine à 55 ans pour les femmes et 61 ans pour les hommes. Au-delà de cette limite, la vie sexuelle n'est pas interdite mais simplement désapprouvée. Une femme peut recevoir autant de visites furtives qu'elle le souhaite et, sans doute pour simplifier les choses, toute relation qui se noue entre un homme et une femme s'appelle *açia*. Hommes et femmes affirment leur désir de nouer une *açia*, de façon égale. Aucun homme n'a de femme attirée et il n'y a pas d'attachement affectif ni de jalousie.

¹²⁰ Lire le très instructif ouvrage de Cai Hua, *Une société sans père ni mari. Les Na de Chine*, PUF, 1997

149. Il existe trois genres d'unions sexuelles :

- la visite furtive,
- la visite ostensible,
- la cohabitation et même le mariage depuis que le régime de Pékin tente de mettre un terme au particularisme sexuel Na en leur imposant le mariage ; des terres sont distribuées aux hommes qui déclarent vouloir fonder une famille.

Dans le cas de visites furtives, les hommes et les femmes décident d'entretenir librement des relations sexuelles avec plusieurs partenaires successifs. « *L'homme possède l'initiative [de la visite], la femme a toujours le droit de refuser, qu'elle soit déjà pourvue d'un compagnon pour la nuit ou que plus simplement elle n'ait pas envie d'avoir des rapports sexuels. Son refus ne sera jamais considéré comme outrageant...* »¹²¹. Un individu est d'autant plus estimé qu'il est capable de connaître le plus grand nombre d'*açias*. Les visites peuvent se faire auprès d'habitants d'autres villages.

Il y a une totale liberté dans le choix du partenaire et dans la possibilité de multiplier les visites. La situation est en fait assez comparable aux joyeux modes de vie qu'a connus toute une génération en France dans les années 70.

150. La visite ostensible constitue une suite logique de la pratique précédente. Si un sentiment d'attachement naît entre un homme et une femme, ils peuvent convenir de s'unir plus durablement en échangeant leur ceinture (symbole de durée des sentiments). Ce choix ne suppose pas de renoncer aux visites furtives. La femme s'engage simplement à ne pas recevoir de visite furtive si son partenaire lui a annoncé sa visite.

Les individus continuent d'habiter chacun de leur côté.

La cohabitation n'a lieu qu'en cas de mariage. Cette forme d'union est rare car elle suppose de rester plus attaché à quelqu'un ce qui, chez les Na est un peu ridicule. Toutefois, le nombre de mariages est en constante évolution sous l'influence du modèle chinois imposé par les médias et par l'éducation (dispensée en chinois mandarin). Le mari demande à sa partenaire de vivre chez lui. Cette situation est source de conflit car l'épouse devient chef de la maisonnée, ce qui entraîne beaucoup de conflits entre la femme et la mère et les sœurs du marié. Il n'existe pas de terme pour qualifier la belle famille puisqu'elle n'existe pas dans

¹²¹ D. Elisseff et M. Cartier « Les Na : une structure familiale en marge » In: Perspectives chinoises. N°45, 1998. pp. 58.

la vie des Na. L'épouse pourra toujours reprendre « les vieilles habitudes » et recevoir des visites furtives si son mari s'absente.

151. Dans la culture des Na, un dicton affirme que « *la part de l'homme dans la reproduction est comme l'action de la pluie sur l'herbe des prairies : elle fait pousser, sans plus* ». L'homme n'a aucun droit ni devoir à l'égard des enfants de sa partenaire, fussent-ils ses enfants. Il peut même être chassé de sa famille par ses enfants. Les enfants, eux, n'ont qu'un devoir moral à l'égard de leurs oncles maternels. Quel que soit le type d'union adopté, la rupture est possible pour l'un comme pour l'autre, sur simple décision, sans formalité ni rituel.

Le regard général posé sur la société Na montre qu'il s'agit souvent moins de l'étudier et d'en comprendre les mécanismes que de juger à l'aune des valeurs des autres sociétés. Cette attitude est aussi bien le fait des occidentaux que de la population majoritaire en Chine, les Han. Ceux-ci n'acceptent pas cette société sans mariage (qui plus est sans domination masculine). Ils cherchent à imposer la monogamie et y parviennent en partie en assurant la scolarisation des enfants Na et en leur inculquant la valeur d'une société fondée sur le mariage et la reconnaissance d'une filiation paternelle et maternelle.

Il existe bien d'autres sociétés différentes du modèle prôné par les occidentaux.

§ 2. LES NUERS DU SOUDAN¹²²

152. Les Nuers forment un peuple du Sud du Soudan qui vit aussi dans l'ouest de l'Éthiopie. On estime qu'ils sont aujourd'hui plus d'un million. Les Nuers reconnaissent le mariage entre femmes.

Quand une femme est stérile, elle perd son statut de femme et devient le « fils » de ses parents. Officiellement, elle devient un homme.

Pour retrouver une place convenable dans la société, elle va essayer d'avoir des enfants en tant qu'homme. Elle va recevoir une part des dots versées pour ses nièces qui se marient (les filles de ses frères). « *Avec ce capital, elle peut à son tour acquitter le « prix de la fiancée » pour une jeune fille qu'elle épouse légalement et pour laquelle elle accomplit les rites officiels du mariage. Elle lui choisit un homme, un étranger pauvre, pour cohabiter avec elle et engendrer des enfants. Ces enfants sont les siens, ils l'appellent « père » et elle leur*

¹²² Lire E.E. Evans-Pritchard, *Les Nuers*, Gallimard, 1968.

*transmet son nom. Son épouse l'appelle « mon mari », lui doit respect et obéissance, la sert comme elle servirait un véritable mari. »*¹²³

Ces unions ne sont d'aucune manière des relations homosexuelles.

153. Chez les Nuers, une famille peut même être constituée par un homme mort sans descendance. Pour cela une femme est épousée au nom du mort par l'un de ses parents, le mari substitutif. Les enfants qui naîtront de cette union seront socialement et légalement ceux du mort, du seul fait que le partenaire sexuel de la femme a prélevé sur le bétail du défunt le montant de la dot qu'il a versée en son nom. L'important est la légalité du mariage, démontrée par le paiement du "prix de la fiancée", c'est-à-dire un acte non pas naturel ou biologique, mais social et culturel.

Le mariage entre femmes existe aussi chez les Yoruba du Nigeria où une femme de haut rang épouse, en la dotant, une autre femme à laquelle un homme étranger fera des enfants ; la femme noble deviendra alors le « père » des enfants¹²⁴. La femme riche peut épouser plusieurs femmes qu'elle envoie faire du commerce dans d'autres villages, libre à elles de se mettre en ménage. Quand les enfants de ces femmes atteignent six ou sept ans, la femme-époux vient les chercher (les enfants sont légalement les siens) ou monnaie la possibilité de les laisser avec leur père biologique (qui accepte de payer une compensation financière pour garder ses enfants).

Cette femme n'est pas obligatoirement stérile. En revanche, elle est impérativement riche. L'une des femmes sera donc considérée comme le père légal et l'autre comme la mère biologique¹²⁵. Là encore, il n'y a pas de caractère homosexuel dans cette union car il n'y a aucune relation charnelle entre les mariées.

Le plus important pour entrer dans la norme est d'avoir une descendance. La sexualité, avant d'être privée, est clanique et sociale.

¹²³ F. Héritier, « Les mille et une formes de la famille », *Le Monde*, 24 décembre 1975

¹²⁴ Notamment cité dans l'ouvrage de C. Rivière, *Introduction à l'anthropologie*, 3^{ème} édition, Les Fondamentaux, Hachette, 2013.

¹²⁵ C. Levi-Strauss, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Coll. du XX^{ème} siècle, Seuil, 2011.

§ 3. LES TIBÉTAINS

154. Chez les Tibétains, bien que ce phénomène devienne peu à peu minoritaire, il existe une forme de polyandrie, la polyandrie fraternelle. L'adoption de cette structure familiale a été expliquée par un motif économique étant donné la petite surface de terre labourable attribuée à chaque individu.

Quand le frère aîné épouse légalement une femme, celle-ci épouse ensuite, à intervalles réguliers, les frères de son mari : tous les enfants de la femme ont pour père social l'aîné des frères ; tous les autres sont des oncles. Les hommes commercent loin de chez eux et font en sorte de limiter la cohabitation de la fratrie dans la même maison.

155. Le consentement de l'épouse est requis (mais on ne peut pas pour autant parler de consentement libre). Pour les familles qui n'ont qu'un fils, celui-ci est généralement envoyé auprès d'une femme qui n'a « que » deux ou trois maris et à laquelle il propose de devenir son quatrième mari. Cette offre est rarement déclinée et le jeune homme s'installe immédiatement dans la nouvelle famille.

*« Une même femme, quand elle épouse un homme, se trouve en même temps la femme de tous ses frères ; d'après les auteurs qui ont cherché les raisons de cette coutume, ce serait le désir d'éviter le morcellement de la propriété de la terre entre les familles monogames des frères, après la mort du père, qui aurait poussé les Tibétains à cette polyandrie fraternelle. En effet, au cours du temps, certaines de ces propriétés étaient devenues si petites qu'elles ne permettaient pas à un groupe conjugal de pouvoir vivre sur elles ; il fallait donc lutter contre ce mouvement de fragmentation aboutissant à des micropropriétés et il n'y avait pour cela que deux solutions possibles : ou bien l'un des fils abandonnait la propriété pour entrer dans les ordres religieux, ou bien les frères vivaient ensemble avec la femme de l'un d'eux. Et la preuve que, dans le cas tibétain, la polyandrie serait bien d'origine économique, c'est qu'on la trouve surtout dans les classes inférieures de la société ; les Tibétains riches sont monogames ou même parfois pratiquent la polygynie ».*¹²⁶

156. La polygamie est mal perçue par l'Occident qui la considère majoritairement comme un délit.

¹²⁶ F. Héritier, « FAMILLE - Les sociétés humaines et la famille », *Encyclopædia Universalis* URL : <http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/famille-les-societes-humaines-et-la-famille/>.

Elle reste liée, pour l'essentiel, aux communautés musulmanes mais le monde juif ¹²⁷ et chrétien n'a rien à leur envier même si ces pratiques ne concernent qu'une minorité d'entre eux.

Rappelons d'ailleurs que si le Coran pose le principe général de la supériorité de l'homme sur la femme (IV, 38 ; II, 228), la Bible n'est pas en reste puisqu'elle mentionne (Genèse, III, 16) que Dieu, avec peu de bienveillance, avertit la femme (Eve, en l'occurrence): « *J'augmenterai la souffrance de tes grossesses, tu enfanteras avec douleur, et tes désirs se porteront vers ton mari, mais il dominera sur toi* ».

§ 4. LES MORMONS

157. L'Eglise des saints des derniers jours, appelée communément "église mormone", a été fondée par Joseph Smith. « *Le fondateur de la secte des Mormons, dernier de la lignée des prophètes s'est, entre autres, offert pour voler au secours de la condition féminine. Il prit ainsi une bonne cinquantaine de femmes pour lui, afin de les protéger et de leur assurer des conditions de vie décentes. La polygamie fut ainsi au fondement de la secte, et à l'origine de son rapide développement à la suite d'une forte natalité. Ceci permit de peupler un espace désertique, l'Utah aux USA, État mormon* »¹²⁸. La secte est ainsi liée à la colonisation de l'Ouest américain. Les mormons ont pratiqué la polygamie jusqu'en 1890, date à laquelle cette pratique fut interdite. La polygamie relève d'un rapport particulier à la famille qui se fonde sur la fonction procréatrice (souvent très active dans les sectes) et sur le contrôle de la sexualité par le gourou.

¹²⁷ La polygamie existait pour le peuple juif, avant même l'époque de Moïse, qui perpétua cette pratique sans imposer aucune limite quant au nombre de femmes qu'un homme pouvait simultanément épouser. L'ancien Testament révèle plusieurs cas de polygamie qui semblait alors une institution sociale acceptée et incontestée. Qu'Abraham choisisse une deuxième femme, Hagar, sur proposition de Sarah, semble aussi banal que la situation de Jacob, contraint d'épouser Leah, avant d'épouser Rachel. (Genèse 29-31). Ses deux épouses auront l'esprit suffisamment ouvert pour proposer à leur mari d'épouser également leur servante respective. Les quatre femmes se répartiront la tâche d'enfanter les douze garçons de Jacob (à l'origine des douze tribus d'Israël). David avait sept femmes avant de régner sur Israël. La Bible accorde aussi à son fils, le roi Salomon, sept cents femmes et trois cents concubines (premier livre des Rois 11.1.3).

¹²⁸ E. Lecourt, « Comment la question de la perversion peut introduire à l'étude de la dimension sexuelle du fonctionnement psychique en situation groupale », *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2004/2 no 43, p. 113.

La création de la collectivité se confond avec celle de la famille. L'endogamie est une règle essentielle : « *Il vaut mieux, pour une fille, épouser son père, si elle ne trouve pas par ailleurs un partenaire doué de cet attribut absolument nécessaire à la définition d'un être humain : la possession de la foi* »¹²⁹.

Il y a encore actuellement, en Utah, des familles pratiquant « le mariage pluriel ». La polygamie est interdite sur l'ensemble du territoire américain mais les poursuites sont rares et se voient toujours opposer la liberté religieuse qui justifie les modes de vie.

158. Au Canada, la polygamie, interdite depuis plus d'un siècle, a fait l'objet de débats houleux. Il a été préconisé de décriminaliser la polygamie pour aider les femmes d'un polygame qui ne sont pas protégées par la loi, vu l'illégalité de leur union, de demander le divorce et de bénéficier des mêmes protections légales que les monogames. Cette idée n'a pas eu de soutien unanime. Dans ce pays où la polygamie est plus tolérée qu'aux États-Unis¹³⁰, les mormons polygames sont évalués à un millier. Cette relative tolérance a provoqué l'exode de mormons américains sous le coup de la loi dans leur pays, vers Bountiful, une bourgade reculée du sud de la Colombie-Britannique, à plusieurs centaines de kilomètres de Vancouver et de Calgary. Le chef de la communauté, Winston Blackmore, a épousé vingt-six femmes et a quatre-vingts enfants. En vertu de leurs croyances, les hommes de Bountiful doivent épouser un maximum de femmes pour gagner leur place au paradis alors que la femme, elle, ne peut l'atteindre que sur invitation de son mari.

Si, selon le Code criminel du Canada, la polygamie est passible de cinq années de prison, aucune condamnation n'a été prononcée depuis 1937. A la demande du gouvernement de la Colombie-Britannique, la Cour suprême de cette

¹²⁹ Propos de Cl. Levi-Strauss, rapporté par M. Lebailly « Différences culturelles et risques géopolitiques : Esquisses de réflexion à partir de l'exemple coréen », *Les cahiers Irice*, 2010/2 n°6, p. 119.

¹³⁰ Il faut préciser que la polygamie n'est pas un devoir religieux puisqu'elle n'est ni obligatoire ni défendue, ni recommandée ni répréhensible. Comme elle ne constitue pas un devoir religieux, elle ne peut pas faire l'objet d'un accommodement raisonnable en vertu du droit à la liberté de religion. La polygamie reste interdite au Canada. Cependant, cette pratique au sein de la secte des mormons de Bountiful est encore tolérée car contrairement aux musulmans, ces mormons dissidents (l'église mormone officielle interdit la polygamie) considèrent la polygamie comme une obligation religieuse dont l'accomplissement relève de la liberté de religion. L'important est donc la sincérité de la croyance.

Lire l'article de J.-R. Milot « La polygamie au nom de la religion au Canada: l'islam est-il en cause ? » publié dans la revue *Cahiers de recherche sociologique*, no 46, septembre 2008, pp. 123-133. Montréal : Département de sociologie, UQAM. Liber, Éditeur. Un numéro intitulé : *L'islam, l'Empire et la République*.

province a dû se prononcer en octobre 2011 sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie au regard de la Charte canadienne des droits et libertés. La presse canadienne a relayé les débats qui ont agité l'opinion publique sur ce sujet. La Cour suprême de Colombie-Britannique a estimé que la loi canadienne interdisant cette pratique portait une atteinte «minimale» à la liberté de religion et que cette limite est justifiée par les préjudices inhérents au mariage polygamiques causés aux femmes et aux enfants.

§ 5. L'EXCEPTION MAHORAISE¹³¹

159. Le 31 mars 2011, Mayotte est devenue le 101^{ème} département français et le 5^{ème} département d'outre-mer. Nécessaire préalable, pour devenir un département français, Mayotte, dont 95% de la population est de religion musulmane, a dû accepter des évolutions de société profondes et l'abandon de certaines traditions. Le statut civil de droit local a dû évoluer afin d'être compatible avec les droits et libertés garantis par la Constitution française. En outre, plusieurs dispositions du statut personnel étaient également en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'Homme applicable à l'ensemble du territoire français (même s'il est possible de tenir compte pour les territoires d'outre-mer des « nécessités locales »). Malgré ces réserves, certaines règles applicables à Mayotte remettaient en cause des dispositions de la Convention : article 6 (droit à un procès équitable peu compatible avec le fonctionnement de la justice cadiale), article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), article 14 (interdiction des discriminations fondées notamment sur le sexe ou sur la naissance).

C'est la raison pour laquelle la loi de programme du 21 juillet 2003 pour l'outre-mer¹³² a conduit à une profonde mutation du statut civil de droit local afin de le faire évoluer, progressivement, vers un plus grand respect des règles de vie défendues par la République française.

Elle a, ainsi, dans un premier temps :

- limité le champ d'application du statut personnel de droit local à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités, à l'exclusion de tout autre secteur de la vie sociale ;

¹³¹ Rapport d'information n° 675 du Sénat « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis », enregistré à la présidence du Sénat le 18 juillet 2012. et « La justice musulmane abrogée à Mayotte »Le Monde.fr du 02.06.10

¹³² Loi de programme n° 2003-660 du 21 juillet 2003 pour l'outre-mer

- interdit la polygamie pour les personnes qui accèdent à l'âge requis pour se marier (à l'époque de 18 ans pour les hommes et de 15 ans pour les femmes) à compter du 1^{er} janvier 2005 ;
- prohibé la répudiation unilatérale. Pour les personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005, le mariage ne peut être dissous que par le divorce ou par la séparation judiciairement prononcée ;
- interdit les discriminations entre enfants devant l'héritage, fondées sur le sexe ou sur le caractère légitime ou naturel de la naissance, pour les enfants nés après la promulgation de la loi de programme, lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public.

160. L'évolution s'est ensuite poursuivie par la loi du 26 mai 2004¹³³ :

- la procédure de droit commun en matière de divorce est rendue applicable aux cas de divorce entre personnes relevant du statut civil de droit local ;
- l'accès au juge de droit commun est autorisé pour la partie la plus diligente dans le cadre des conflits de toute nature entre personnes relevant du statut civil de droit local.

Enfin, l'ordonnance du 3 juin 2010¹³⁴ achève le processus de mise en conformité du statut personnel au droit français et conventionnel¹³⁵. Elle affirme, en effet, que le statut de droit local « régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » mais ne saurait « contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français ».

Elle décrit la procédure de renonciation au statut de droit local qui est irrévocable.¹³⁶

La faculté de renoncer au statut de droit local au profit de celui de droit commun est prévu à l'article 75 de la Constitution qui dispose que « les citoyens de la république...conservent leur statut personnel tant qu'il n'y ont pas renoncé ».

¹³³ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

¹³⁴ Article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, JORF, 4 juin 2010, p.10256.

¹³⁵ A. Ali Abdallah, *Le statut juridique de Mayotte: Concilier droit interne et droit international : réconcilier la France et les Comores*, L'Harmattan, 2014, p.500 et suiv,

¹³⁶ L'ordonnance affirme aussi la primauté du droit commun. En effet, dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique. Dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités. Dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire.

La finalité de cette disposition est l'assimilation juridique au Droit commun français de tous les nationaux mais cela implique que le Français de statut particulier renonce à un mode de vie et à une culture. L'assimilation passe donc par le gommage des traces de traditions mahoraises considérées « comme les vestiges d'un passé et en tout cas d'une tradition empreinte d'une certaine nostalgie que seule une certaine génération continue de revendiquer »¹³⁷.

Par ailleurs, l'ordonnance :

- met un terme à l'inégalité entre les hommes et les femmes en matière de mariage et de divorce et renforce l'égalité en matière de droit du travail (droit de travailler et de disposer de son salaire et de ses biens) ;
- proscrit la répudiation et les unions polygames pour l'avenir ;
- relève à 18 ans l'âge de mariage des femmes, ce qui permet d'ailleurs à la France d'adhérer à la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, adoptée à New-York le 7 novembre 1962, adhésion jusqu'ici reportée en raison de la spécificité des règles applicables à Mayotte¹³⁸.

Cependant, les situations de polygamie déjà nées ont été maintenues. D'autres nées depuis, mais qui constituent des polygamies de fait, et non de droit, sont fréquentes mais la loi française est impuissante¹³⁹ envers la polygamie de fait nées d'unions religieuses, des concubinages ou d'unions libres¹⁴⁰.

¹³⁷ Mansour. Kamardine, *J'assume*, Editions Orphie, Coll. Autour du Monde, 2009, p. 20

¹³⁸ Lire sur le portail du gouvernement français : <http://gouvernement.fr/gouvernement/statut-civil-de-droit-local-applicable-a-mayotte>.

¹³⁹ Cette situation est partout la même. Puisque cela n'a aucune valeur juridique, les individus agissent comme ils l'entendent.

¹⁴⁰ Frédéric Angleviel, *Les outre-mers français, Actualités et Etudes, Volume 1 – année 2012*, Editions l'Harmattan, 2012, p. 191 et suiv.

§ 6. L'AFRIQUE DU SUD

161. Votée le 8 mai 1996, la Constitution sud-africaine est entrée progressivement en vigueur de 1997 à 1999. Elle adopte 16 langues officielles et instaure une démocratie libérale, très progressiste en matière de protection des droits de l'homme, interdisant toute discrimination, protégeant la liberté d'expression et abolissant la peine de mort. La constitution met en place une république unitaire (malgré les réticences des chefs zoulous et des leaders afrikaners qui réclamaient une fédération).

Cette Constitution est la première du monde à interdire la discrimination en raison du genre, de la culture et de l'orientation sexuelle. Elle contient aussi des définitions pluralistes du mariage et de la famille qui permettent à ce pays de faire cohabiter le mariage homosexuel et la polygamie.

162. Le 14 novembre 2006, l'Afrique du Sud est devenue le premier pays du continent africain à légaliser l'union de deux personnes du même sexe, par mariage ou partenariat civil, une initiative inscrite dans la continuité de sa constitution, qui interdit "toute discrimination sur des critères d'orientation sexuelle"¹⁴¹. Cette loi contient toutefois une disposition qui permet aux officiers d'état civil d'invoquer des «objections de conscience» pour refuser de célébrer un mariage entre personnes du même sexe. Le droit au mariage était la dernière grande bataille juridique des homosexuels sud-africains qui ont déjà obtenu de nombreux droits, dont celui d'adopter des enfants.

En effet, dès septembre 2002, la Cour suprême du pays avait estimé que des personnes vivant " dans une relation permanente de même sexe " devraient être autorisées à adopter. Dès lors, la famille n'était plus un homme, une femme et des enfants, mais deux adultes vivant ensemble dans une relation permanente.

La Cour constitutionnelle sud-africaine, saisie par deux magistrates vivant ensemble depuis 1989, a autorisé l'une d'elle à adopter les deux enfants de l'autre en reconnaissant que « *la vie de famille, telle qu'envisagée par la Constitution, peut être vécue de différentes façons* ». La Cour a considéré que « *la stabilité, le soutien et l'affection pour un enfant recherchés par la législation peuvent tout à fait être assurés par un couple homosexuel, et qu'en conséquence les couples en relation permanente de même sexe devraient pouvoir adopter* ».¹⁴²

¹⁴¹ Le Monde du 14 novembre 2006

¹⁴² Afrique Express n°255 du 17/9/2002

163. En même temps, le dernier Président de la République, Jacob Zuma (qui a pris ses fonctions le 6 mai 2009), affiche sans complexe sa polygamie. La situation matrimoniale de M. Jacob Zuma est restée floue jusqu'à la publication d'une biographie officielle. Il apparaît finalement qu'il a quatre épouses (fin décembre 2014) et une vingtaine d'enfants. La culture zouloue, dont est issu le Président qui revendique aussi sa foi chrétienne sans doute « aménagée », autorise la polygamie. Cependant, Monsieur Zuma considère l'union civile des homosexuels, légalisée en mai 2006, comme « *un déshonneur* ».

La nouvelle Constitution sud-africaine oblige les tribunaux et les Sud-africains de diverses communautés à « jongler » entre la protection à la fois des prérogatives coutumières et l'égalité de principe en matière familiale.

164. Si la loi sud-africaine semble être la plus égalitaire du monde, la réalité quotidienne des citoyens remet en cause cette appréciation. Un rapport de Human rights Watch de décembre 2011¹⁴³ montre que les lesbiennes et les hommes transgenres dont la couleur de peau est noire sont très souvent victimes de violence et de discrimination.

Le chapitre premier de la Constitution sud-africaine place la dignité humaine, l'égalité, le progrès humain au cœur des valeurs du pays. Le racisme et le sexisme sont aussi exclus par ce texte¹⁴⁴ qui protège également de multiples

¹⁴³ <http://www.hrw.org/fr/news/2011/12/05/afrique-du-sud-les-droits-de-la-communaut-lgbt-ne-sont-pas-suffisamment-respect-s>

¹⁴⁴ Extrait de la Constitution Sud-Africaine (consultable dans son intégralité sur Internet (en Anglais): http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=182082

Chapitre 1 : Dispositions relatives à la fondation

Section 1 : République d'Afrique du Sud

La République d'Afrique du Sud est un État démocratique souverain fondée sur les valeurs suivantes :

(a) La dignité humaine, la notion de qualité, ainsi que la promotion des droits et des libertés de la personne.

(b) L'exclusion du racisme et du sexisme.

(c) La suprématie de la constitution et la primauté du droit.

(d) Le suffrage universel pour les adultes, un rôle national commun pour les électeurs, des élections régulières et le multipartisme [...].

Chapitre 2 L'égalité paragraphe 9 (La Charte des droits (*Bill of Rights*), incluse dans la Constitution)

1. Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi.

2. L'égalité inclut la pleine et égale jouissance de tous les droits et les libertés. Pour promouvoir la réalisation de l'égalité, des mesures législatives et autres visant à protéger ou promouvoir les personnes ou catégories de personnes défavorisées par une discrimination injuste peuvent être prises.

3. L'État ne peut pas injustement user de discrimination directement ou indirectement envers qui que ce soit sur un ou plusieurs motifs, notamment la race, le sexe, la grossesse, l'état matrimonial, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, la croyance, la culture, la langue et la naissance.

dimensions de la vie familiale puisque l'individu bénéficie de toute liberté pour se marier ou s'unir et pour assurer sa descendance.

Les enfants se voient accorder un droit à la famille et aux soins parentaux.

L'égalité des cultures et la liberté d'opinion et de religion permettent à l'Etat sud-africain de reconnaître les mariages souscrits selon toute tradition à condition qu'ils soient compatibles avec le reste de la Constitution.

Les homosexuels se sont vus reconnaître des droits et une protection *-de jure -* extraordinaire lors de la première décennie qui a suivi l'entrée en vigueur de cette nouvelle Constitution.

*« Des recours constitutionnels ont fait abroger les lois antisodomie, ont obtenu l'égalité pour les couples de même sexe concernant l'immigration, le droit d'adopter des enfants conjointement et, plus récemment, le mariage. La Cour a même comparé les lois contre la sodomie aux lois contre le métissage en vigueur sous l'apartheid »*¹⁴⁵

165. Ces droits restent toutefois très théoriques car la société sud-africaine demeure, dans les faits, l'une des plus inégalitaires. La culture est fortement marquée par l'hétérosexualité, la domination masculine et l'homophobie.

L'égalité prônée par la Constitution ne s'accorde guère avec le respect des pratiques familiales coutumières. La domination patriarcale de fait s'accorde mal avec le principe d'égalité entre les sexes.

Une loi de 1998 de reconnaissance des mariages coutumiers accorde une reconnaissance civile limitée aux mariages pluriels et précise que les femmes disposent du « plein statut » et de la « pleine capacité » à posséder des biens et à en disposer.

Le mariage civil est exclusivement monogame. La loi interdit à une personne ayant déjà contracté un mariage civil, d'en contracter un autre, civil ou coutumier.

166. Le droit sud-africain a également été innovant en matière successorale. En 1994, la Cour constitutionnelle a donné une suite favorable à un recours contre

4. Nul ne peut injustement user de discrimination directe ou indirecte envers qui que ce soit sur un ou plusieurs motifs exposés au paragraphe 3. La législation nationale doit être promulguée afin d'empêcher ou d'interdire toute discrimination injuste [...].

¹⁴⁵ *Mariages et homosexualités dans le monde- L'arrangement des normes familiales*, Ouvrage collectif sous la direction de V. Descoutures, M. Digoix, E. Fassin et W. Rault, Editions Autrement – Collection Mutations/sexes en tous genres, p.85

la primogéniture masculine¹⁴⁶ qui s'appliquait dans le droit coutumier africain de la succession, au motif qu'il était contraire aux droits des femmes inscrits dans la Constitution.

Les femmes mariées selon la coutume musulmane ne sont pas protégées de la même façon. Jusqu'en 1997, le droit civil sud-africain a refusé de reconnaître les mariages musulmans. L'affaire Ryland contre Edros¹⁴⁷ a été la première à accorder à l'épouse musulmane une pension alimentaire à la suite d'un divorce unilatéral de son mari.

167. En l'absence d'accord explicite des parties pour l'application du droit coutumier, le juge saisi prend en compte le style de vie des parties. Si celles-ci vivent « à l'occidentale », le droit civil leur est appliqué ; si elles vivent « à l'africaine »¹⁴⁸ le droit coutumier s'applique. Les réparations attribuées sont alors une conséquence de la qualification du style de vie de chacun.

Le droit coutumier apparaît alors racialisé ce qui est contraire à l'engagement antiraciste de la Constitution.

Une théologienne afrikaner blanche, Christina Landman, membre de l'Eglise réformée néerlandaise, a protesté contre le monopole de la population noire concernant la polygynie légitime. Le but affiché de Madame Landman était de faire baisser le nombre de divorces en permettant qu'une nouvelle union puisse se construire autrement que sur les cendres de la précédente. Le marié pourrait ainsi prendre une nouvelle épouse sans écarter la première. Les blancs d'Afrique du Sud peuvent donc maintenant s'unir légalement à plusieurs épouses¹⁴⁹. Il suffit alors de prendre soin de ne pas contracter un premier mariage civil qui interdit de former d'autres mariages coutumiers.

Il sera ainsi plus facile pour les homosexuels noirs d'accéder à la polygamie car certaines cultures traditionnelles noires d'Afrique du Sud pratiquaient la polygamie de même sexe (alors que la plupart des mariages entre Blancs sont

¹⁴⁶ Selon cette règle, seuls les mâles ont le droit d'hériter. Dans le droit coutumier des successions héréditaires, il est interdit aux femmes de succéder *mortis causa*. Dans une famille monogamique, par exemple, c'est le fils aîné qui bénéficie du droit de succession à la mort du père. S'il n'y a pas de fils, c'est le père de la veuve qui hérite.

¹⁴⁷ Ibidem p.86

¹⁴⁸ Ibidem, article de Marius Pieterse- "It's a black Thing : upholding Culture and customary law in society founded on nonracialism", South African Journal of Human Rights n°17,2001, p.364-391 – p.86

¹⁴⁹ Le Daily Telegraph – article repris par Courrier International du 28 janvier 1999

chrétiens et donc réputés monogames). La polygamie pourrait donc être réclamée en tant que pratique coutumière et au titre de la clause constitutionnelle d'égalité.

L'Afrique du Sud n'impose pas de modèle familial puisque, en droit, tous les modèles sont de même valeur. Le droit sud-africain embrasse la diversité mais les relations sexuelles et familiales de ce pays subissent encore (et sans doute pour longtemps) les traces du passé.

Partie I

INFLUENCES CROISÉES NATIONALES ET INTERNATIONALES

168. La famille n'est pas, comme on peut le lire dans les *médias*, en crise. Elle est simplement « en marche ». Elle évolue au gré du temps et de l'espace en élargissant ses frontières traditionnelles et en s'appuyant sur de nombreux supports relationnels (filiation, parentalités, couple).

En France, le plus grand bouleversement vient du fait que les relations familiales sont devenues une histoire de conscience strictement personnelle. En cela, elles se rapprochent de la religion qui, depuis la révolution française, n'est plus « l'horizon indépassable » des rapports sociaux puisqu'il appartient à chacun de suivre ou de ne pas suivre des préceptes religieux. Les institutions, elles, ne garantissent que la liberté de conscience. La religion n'a pas disparu mais le rapport à la religion a changé.

La société n'impose plus de dogme religieux depuis longtemps et, aujourd'hui, elle ne peut plus imposer de paradigme familial. Ce qu'une société traditionnelle chrétienne considérait et acceptait comme un devoir familial, une société moderne laïque l'analyse dans le cadre des droits individuels. Cette société a « désacralisé » la famille jusqu'à la réduire à une commodité juridico-fiscale.

169. Pour les relations de couples, tout n'est plus également qu'une histoire de conscience. Le développement des moyens de contraception a bouleversé les relations entre les hommes et les femmes. Dans les sociétés occidentales, la pilule est un vrai phénomène de société, presque un changement de civilisation, puisqu'elle a délié la sexualité de la grossesse et a permis aux femmes de devenir « des hommes comme les autres » c'est-à-dire de ne plus subir les « effets secondaires » de la sexualité.

Le couple, en général, et le mariage, en particulier, ne sont plus la finalité d'un projet amoureux mais une étape qui peut se répéter ou même ne jamais exister.

La première conséquence est l'indépendance totale des relations parent/enfant à l'égard de la relation de couple.¹⁵⁰

A l'intérieur d'une même société, la famille change si significativement qu'il est parfois difficile de la reconnaître. Des pratiques familiales innovantes apparaissent régulièrement, à tel point qu'il semble délicat, voire impossible, d'en fixer les contours à partir desquels se fixerait une norme familiale.

170. Si la famille semble être une institution immuable, c'est justement parce qu'elle change constamment. L'instabilité de la composition et du fonctionnement familial permet la survie même, au cours du temps, de la famille en tant qu'institution encore symbolique dans les sociétés actuelles occidentales qui sont « dominées » par l'individualisme. Elle est pensée dans le droit-fil de l'époque, assez ductile pour coller à la morphologie des modes, des progrès scientifiques et habilement opportuniste pour se fondre dans les différents modes de vie pour ne rester qu'une possibilité du « vivre ensemble ».

Le droit interne de la famille s'est adapté à ces mutations en affirmant certains concepts, empreints de culture « nationale », qui singularisent chaque Etat. Il n'est cependant qu'au début de ses adaptations qui, pour éviter une rupture générationnelle, sont à poursuivre. La famille n'est pas seulement une structure nationale. Elle est présente dans toutes les sociétés, qu'elles soient « primitives » ou développées, et ne cesse d'évoluer. La société moderne a vu se développer les moyens de communication et de transport qui ont amplifié des mouvements de populations, un brassage d'hommes et de cultures. De ces mouvements sont nés des rencontres et des familles. Ce brassage permanent de populations, de cultures, d'horizons, d'âge, de religions et de milieux si différents est une richesse qui réclame un regard objectif et tolérant. Pour cela, il a fallu que les individus et la société qu'ils forment s'ouvrent à des comportements, des traditions parfois inconcevables voire inacceptables.

La confrontation culturelle la plus manifeste concerne le statut personnel longtemps soumis à la loi nationale, en raison notamment de l'importance de la répartition sexuée des rôles, des droits, des obligations et des responsabilités (relations dans le couple, entre parents et enfants, au sein de la fratrie et du clan familial).

¹⁵⁰ Le seul lien subsistant est la présomption de paternité du mari de la mère.

Des institutions venues d'ailleurs ont pu paraître surprenantes et dérangeantes.

Exemple :

- la réserve héréditaire de l'enfant, qui semble « indéboulonnable » en droit interne français, est absente du droit anglo-saxon¹⁵¹.
- il n'y a pas de représentation des héritiers prédécédés par les descendants en droit musulman.
- dans ce même droit, les héritiers féminins reçoivent en général seulement la moitié de ce que reçoit un héritier masculin du même degré de parenté.
- le mariage homosexuel se banalise en Europe et aux Etats-Unis alors que les homosexuels encourent encore la peine de mort dans certains pays¹⁵² et la prison dans beaucoup d'autres.
- la polygamie, prohibée (dans sa forme officielle) en Occident, est admise dans de nombreux pays.

171. Les décisions de justice sur ces questions ne peuvent plus être élaborées en autarcie par des instances confinées dans leur propre système de droit. L'accélération mondiale des flux migratoires depuis une vingtaine d'années impose désormais au juge international de traiter de véritables « conflits de civilisations » en matière familiale. Ainsi, les tribunaux se trouvent confrontés à des institutions étrangères relevant d'une conception du droit de la famille radicalement opposée, ou simplement différente de celle qui prévaut en Europe, comme, par exemple, la polygamie et la répudiation. L'ordre public, en tant que garant des principes fondamentaux du droit de la famille, prend dès lors une nouvelle dimension et occupe un rôle central dans le traitement des litiges internationaux. Il doit concilier deux impératifs contradictoires : le respect du droit étranger et celui des droits fondamentaux.

172. La prise de contrôle progressive du droit international de la famille par le droit européen a introduit un facteur de hiérarchisation des systèmes de protection, de contrôle et d'exception qui permet au juge de définir des solutions juridiques mieux adaptées à l'extrême diversité actuelle des conflits familiaux. La fonction de cet « ordre public objectivé » est de définir un véritable ordre public de proximité qui se caractérise par un indice multicritère de localisation. Le « choc » culturel a aussi lieu à l'intérieur même des familles multinationales vivant dans une société dont les valeurs essentielles quant à la conception de la

¹⁵¹ Sauf en Ecosse, en Irlande du Nord et en Louisiane

¹⁵² Notamment en Arabie Saoudite, aux Emirats Arabes Unis, en Iran, Mauritanie, au Nigeria....

famille sont inconciliables avec celles des sociétés dont les membres de la famille sont issus.

173. Si la famille est avant tout un phénomène social¹⁵³, elle est considérée dans la plupart des Etats européens comme la cellule de base de la société, une cellule intermédiaire entre l'individu, la communauté et l'Etat. Chaque Etat la protège et tente, à travers elle, d'orienter et de modeler les comportements individuels dans un sens conforme aux valeurs et aux droits fondamentaux qu'il défend (Titre 1).

La famille n'est plus seulement le « pilier de la société »¹⁵⁴, elle est aussi un pilier de la construction européenne. Cette dernière avait une vocation initiale essentiellement économique mais il est vite apparu que la sauvegarde de la cohésion sociale au sein de l'Europe ne pouvait naître que de la cohésion et de la protection des familles.

Les outils majeurs de cette protection sont la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH)¹⁵⁵ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁶ qui visent à assurer le respect, par les Etats membres, des Droits de l'Homme et de l'Etat de droit. Elles font prévaloir les droits des individus sur la raison d'Etat et protègent la vie privée et familiale (Titre 2).

¹⁵³ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 2006, 9e éd., spéc. p. 7.

¹⁵⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, [2001], 10^{ème} éd., LG.D.J., 2013 p. 221.

¹⁵⁵ Nom usuel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a été adoptée à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La France l'a ratifiée le 13 décembre 1973 avec effet au 3 mai 1974 et a accepté le droit de recours individuel prévu à l'article 25 de la Convention le 2 octobre 1981.

¹⁵⁶ Le Bot, O., « Charte de l'UE et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », RTDH n° 55/2003

TITRE 1 : UNE CERTAINE IDÉE DE LA FAMILLE

174. La famille est une instance polymorphe par excellence qui joue un rôle d'intermédiaire entre l'individu et l'Etat tout en occupant de multiples fonctions. Elle joue notamment aux côtés d'autres collectivités ou de communautés un rôle prépondérant dans la socialisation et la protection des individus. Elle peut aussi être perçue comme une menace pour la liberté individuelle de ses membres, liberté qui est un droit fondamental individuel.

L'Etat doit ainsi trouver un équilibre entre l'apparente antinomie qui existe entre l'individu et sa famille perçue tour à tour comme valeur ou comme carcan. Il doit ainsi protéger le premier contre la seconde tout en assurant la sécurité matérielle de chacun tout en respectant la « vie privée et familiale », les croyances et la culture de chacun.

Le cœur du problème est de pouvoir concilier le droit et les libertés individuelles avec l'intérêt général y compris celui des familles, lieu de médiation entre la société et l'individu. La solution se trouve vraisemblablement dans la recherche d'un consensus sur le contenu des valeurs essentielles à défendre

175. L'essor de l'individualisme caractérise la société moderne dans le sens où la modernité conduit à valoriser l'individu, à le faire « émerger » du collectif : il devient libre de faire des choix, émancipé des anciennes tutelles que représentaient la religion, les traditions ou le pouvoir absolu.

Cela signifie que les individus peuvent choisir leurs comportements, leurs idées, se différencier de la culture ou des pratiques jusqu'alors adoptées. Certains groupes revendiquent aujourd'hui la reconnaissance dans l'espace public de leur appartenance particulière à une communauté qui partage des valeurs communes distinctes de celles véhiculées par la société dans laquelle ils vivent et qui pour certaines, sont déterminantes dans les rapports interindividuels et donc familiaux. Or les règles de ces communautés peuvent entrer en conflit avec celle de la société qui les abrite et celle-ci doit donc, sans tout accepter, autoriser certaines d'entre elles au nom du maintien du lien social et du respect des libertés individuelles.

Section 1 - LA FAMILLE : AFFAIRE PRIVÉE- AFFAIRE PUBLIQUE

§ 1. UN ENJEU NATIONAL

176. Pourquoi l'Etat devrait-il intervenir pour assurer la protection de la famille alors qu'elle est encore ce que l'on appelle communément « une affaire privée » ? C'est tout d'abord parce qu'il répond à l'obligation qui lui est faite dans la déclaration universelle des droits de l'homme qui stipule dans son article 16 que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* ».

Les intérêts individuels devant s'effacer devant l'intérêt collectif, l'ordre public est concerné par l'institution familiale. La famille occupe une place de choix dans les politiques publiques. Après la Révolution française, l'Etat a succédé à l'Eglise qui exerçait jusqu'alors la tutelle des familles en guidant et en sacralisant les unions et la parenté. Rappelons aussi que depuis que le religieux s'est dissocié de l'Etat, c'est le droit qui s'occupe désormais de tout et notamment de sexe et de morale. Depuis le début du XX^{ème} siècle et surtout depuis les années 1970, l'Etat s'est substitué aux « instances intermédiaires » qu'étaient l'Eglise ou la famille en reprenant au prêtre et au père de famille la

délégation d'autorité et de pouvoir dont ils usaient (et abusaient ?) précédemment. La famille était inégalitaire mais l'œil de l'Etat n'y entrait pas souvent.

Au moment de la révolution des mœurs, l'espace privé n'a pas été repensé et organisé avec d'autres règles, notamment avec une notion d'égalité, mais il a été totalement ouvert. L'Etat est alors rentré dans la maison, dans le rapport au couple et dans les relations aux enfants.

177. En France, la politique de la famille s'est développée à partir des années 30 notamment sous l'influence de courants familiaux (certains religieux) qui considéraient qu'il est de la responsabilité de l'Etat de défendre et de protéger la famille, la famille étant perçue comme une institution essentielle à la structuration de la société et à la transmission des valeurs mais aussi sous la pression d'un courant nataliste selon lequel l'Etat, garant de la continuité de la Nation, doit veiller au renouvellement des générations¹⁵⁷. La famille-cellule de reproduction assume la première socialisation des enfants et la transmission des valeurs symboliques et fondatrices de la société. Son rôle consiste aussi à donner une dimension symbolique à un système de relations indispensable à la vie en société.

178. La famille est considérée comme une instance de régulation fondamentale. Elle constitue un atome de la société civile, gestionnaire des "intérêts privés" et essentielle à la marche des Etats. La famille assure la médiation entre individus, société civile et Etat. Sa nature duelle lui permet d'assurer la communication entre le public et le privé puisqu'elle appartient aux deux et justifie qu'elle soit « sous contrôle ».

La famille est aussi un observatoire privilégié du lien social puisqu'il est clairement établi que les changements familiaux précèdent ou suivent les changements sociaux, d'où l'attention croissante que l'Etat porte à la famille et son intervention en cas d'incapacité des familles à assumer le rôle qui leur est attribué.

La multiplication des « spécialistes » de la famille en témoigne : la famille n'est plus uniquement un lien de droit définitivement établi par la naissance ou l'alliance, mais une entité qui doit répondre aux aspirations personnelles de chacun tout en s'inscrivant dans une société.

¹⁵⁷ En cela, la politique familiale de l'Etat rejoint les préoccupations de l'Eglise catholique pour laquelle la famille, ne serait-ce que dans sa fonction procréatrice, est la condition même de l'existence de la société et de l'Etat.

Aussi la famille est-elle devenue l'observatoire des juristes, des économistes, des généticiens, des sociologues, des psychologues. Aujourd'hui, ces derniers sont souvent chargés de baliser la « bonne conduite familiale ». Ils sont, d'ailleurs, les premiers experts convoqués par le juge aux affaires familiales pour établir un rapport qui doit aider à la décision.

La famille reste donc une histoire collective tout autant qu'une convention entre des aspirations et des droits individuels. Chacun peut d'ailleurs les faire valoir : droit de l'enfant, de la femme, de l'époux divorcé, par exemple.

Les questions actuelles posées par la famille sont celles de cette articulation entre ses dimensions privées et publiques.

§ 2. INDIVIDUALISME, FAMILLE ET COMMUNAUTARISME

179. La famille est un "échelon intermédiaire" entre la société et l'individu, le premier échelon qui lui donne une place et qui l'insère dans un tissu de relations de proximité. Tout se passe donc, aujourd'hui, comme si le lien social se tissait directement entre l'individu et l'ensemble de la société, ce qui permet, d'un point de vue pratique, d'émanciper la personne des vieilles attaches issues de la société traditionnelle.

L'individualisme a pu entraîner une anonymisation du lien social qui a d'ailleurs détruit le sentiment de solidarité au sein d'une même nation parce que les individus se sont sentis dispensés personnellement du devoir d'entraide dès lors qu'il est assumé collectivement. Ce mouvement a été renforcé par l'affaiblissement des identités nationales dans un contexte de paix durable (l'Histoire montre que les conflits armés « aident » à "souder" les communautés nationales) et de mondialisation économique et culturelle.

180. Mais l'individualisme se vit de plus en plus, au quotidien, dans le cadre de solidarités intermédiaires comme la famille, la religion, l'ethnie...Il existe aussi sous forme de repli des individus sur des appartenances communautaires.

On constate une nette tendance, inverse à l'individualisme, qui vise à reconstruire des liens communautaires, fondés sur l'appartenance, sur l'identification de l'individu à un groupe intermédiaire. Le développement des signes d'appartenance religieuse ostensibles (le voile ou le niqab par exemple) montre ainsi une montée du communautarisme religieux.

En dehors de toute connotation religieuse, on trouve aussi des médias de type communautaire (orientations sexuelles - Pink TV) ou des revendications régionalistes (Bretagne, Corse, Pays Basque) qui se limitent pour l'instant à

l'utilisation de la langue régionale comme langue administrative ou langue d'enseignement (ce qui discrimine évidemment ceux qui ne sont pas originaires de la région).

Il se crée alors un lien social plus spontané que celui créé dans la famille. Un lien choisi qui tisse une solidarité de proximité.

Ces mouvements peuvent être vus comme l'expression d'une forme d'individualisme car afficher une particularité marque une autonomie vis-à-vis de la société. Cette approche est surtout vraie pour les identités minoritaires. On parle alors d'individualisme communautaire.

L'homme moderne est défini comme celui qui a le choix, qui exerce son autonomie. C'est un sujet de raison autonome. Il n'empêche que cet individu vit toujours dans une famille, dans un endroit particulier. Il parle une langue, il a une culture, éventuellement une religion, une orientation sexuelle... Toutes ces identités, l'individu les a. Il ne naît pas hors de toute appartenance.

Le communautarisme se définit désormais dans cet espace là.

181. Mais dans notre société, ouverte, libérale, l'individu prime. Il prime dans nos conceptions. Il prime aussi dans le droit. Cela signifie que le droit individuel est opposable à une éventuelle règle communautaire que voudrait imposer telle autorité religieuse ou telle autorité auto-proclamée. Le communautarisme cultive les différences entre les groupes et peut déboucher sur une remise en cause de la cohésion sociale. Or, cette cohésion repose sur les points communs et non les différences entre individus. Dans les cas extrêmes, on peut arriver à ce que les groupes aient des représentations politiques ou judiciaires distinctes.

Le communautarisme suppose une société qui se compose de communautés (groupes d'individus ayant une même appartenance religieuse, culturelle ou ethnique) différentes qui ont chacune des valeurs spécifiques alors que l'universalisme suppose une société fondée sur des valeurs communes plus importantes que les valeurs particulières des communautés de cette société.

Le communautarisme n'est donc pas neutre dans une société, les valeurs de la communauté n'étant parfois pas les mêmes que celle du pays dans lequel elle vit. On voit donc l'intérêt et l'enjeu d'accepter ou de subir le communautarisme.

Une conception communautariste de la société ne risque-t-elle pas de ruiner la notion d'égalité et de renoncer à certaines valeurs pourtant considérées comme fondamentales, chaque communauté revendiquant des droits propres, spécifiques, différents de ceux des autres communautés ?

Une conception universaliste de la société ne risque-t-elle pas de nier ou de ne pas reconnaître les spécificités de différentes communautés ?

On voit bien qu'il y a un vrai débat entre ces deux visions de la société, un débat dont les enjeux sont fondamentaux pour l'avenir de l'ensemble de la société et de chaque « sous-groupe » qui la compose (famille, groupes religieux, groupes ethniques, groupes d'appartenance et/ou de préférences sexuelles...).

§ 3. DES REVENDICATIONS IDENTITAIRES : EXEMPLE DE LA BURQA

182. Les questions soulevées par le communautarisme apparaissent de différentes manières comme le montre l'exemple de la Burqa.

Les vêtements dits religieux ne sont pas toujours religieux. Le Coran n'a pas fixé de « dress code » et ne prescrit pas de porter la Burqa ou le voile intégral. La sourate 24 verset 31 demande seulement aux femmes de rabattre leurs vêtements sur leur gorge.

Rappelons qu'il y a 100 ans, la III^{ème} République voulait interdire la soutane¹⁵⁸. La soutane n'a jamais été prescrite, non plus, dans l'évangile. Derrière le vêtement il y a autre chose. En ce qui concerne le voile intégral, il y a une certaine conception de la femme comme il y avait une conception de l'homme sous la soutane. Les laïcs refusaient que des hommes aient des vêtements de femme.

En réalité, il s'agit plutôt de liens entre religions et traditions et plus encore de conception ou de statut de l'homme et de la femme.

Le débat sur la Burqa n'a pas été un débat religieux. Il ne s'agissait pas d'une guerre de religion mais d'un vrai choc culturel qui va à l'encontre de l'universalité des valeurs dans lesquelles les Français, et parmi eux beaucoup de musulmans, se reconnaissent, c'est-à-dire, les droits de l'homme, l'égalité entre les hommes et les femmes, les droits des minorités religieuses ou sexuelles.

183. Dans beaucoup de grandes villes africaines, peuplées majoritairement de musulmans, à Rabat, à Bamako ou à Dakar, les femmes ne portent pas le voile intégral. Pourquoi ? La réponse est plus sociologique que religieuse ou

¹⁵⁸ N'oublions pas non plus que le port du pantalon était encore interdit aux parisiennes jusqu'au 30 janvier 2013, date à laquelle le ministère des droits des femmes a abrogé -de façon implicite- l'«ordonnance concernant le travestissement des femmes » qui leur faisait encourir, depuis plus deux siècles, l'emprisonnement, celle-ci étant « incompatible avec les principes d'égalité entre les femmes et les hommes qui sont inscrits dans la Constitution et les engagements européens de la France ».

juridique. Elles ne le portent pas parce qu'elles ne pensent pas que leur conception de la femme soit menacée dans ses traditions.

En Europe, certaines femmes, une minorité de femmes musulmanes, pensent que leur conception de la vie de la femme et de leurs relations avec les hommes est menacée par les valeurs occidentales d'émancipation de la femme.

Le débat est au cœur de la réalité politique. L'essentiel du rôle politique est d'assurer la concorde sociale sur un territoire. Or la discussion d'aujourd'hui sur la Burqa, en France, a commencé au milieu des années 70 car, jusque là, on reconnaissait que le système républicain qui avait été mis en place en France était un système qui facilitait la concorde sociale notamment par l'assimilation des étrangers.

184. Et c'est à partir du milieu des années 70 que la « laïcité à la française » a été remise en question. La question de prendre la même direction que les pays anglo-saxons¹⁵⁹, qui vont vers davantage de communautarisme, s'est posée.

En France, le 11 avril 2011 est entrée en vigueur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010¹⁶⁰. Ce texte se positionne à la fois sur la laïcité et sur la sécurité publique. Afin de justifier une telle interdiction, eu égard aux droits et libertés fondamentaux des individus, la loi promulguée a finalement visé « toutes tenues destinées à dissimuler le visage ».

¹⁵⁹ En Angleterre, par exemple, le communautarisme n'est pas perçu comme une menace mais comme une évidence et un élément d'identité individuel fondateur. Au Canada, les « accommodements raisonnables » permettent de trouver un compromis entre la société démocratique laïque canadienne et les groupes demandant la prise en compte de pratiques liées à des marqueurs identitaires et confessionnels.

¹⁶⁰ La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 (JORF, n°0237 du 12 octobre 2010, p. 18344). L'article 1er dispose que « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Relevons que la tenue doit être *destinée* à dissimuler le visage. Si la tenue a pour *effet* de dissimuler le visage, mais n'est pas destinée à cela, l'interdiction ne s'appliquera pas. L'article 2 définit l'espace public « *l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public* » et précise une série d'exceptions. La loi ne s'applique pas « *si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles* ». L'article 3 prévoit les sanctions (contraventions de la deuxième classe). Enfin l'article 4 crée un nouveau délit de dissimulation forcée du visage, en insérant dans le Code pénal l'article 225-4-10 « Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende.

Le Conseil d'État¹⁶¹ avait déjà considéré que la « pratique radicale de la religion » qui reposait sur le port du voile islamique intégral et un mode de vie de « recluse et retranchée de la société française » se révélait incompatible avec les « valeurs essentielles de la communauté française et notamment avec le principe d'égalité des sexes ». Il en avait déduit que la requérante (qui contestait le décret d'opposition à la nationalité française) ne remplissait pas la condition d'assimilation posée par le code civil.

En utilisant le terme de « communauté », le Conseil d'Etat rejoint la terminologie de l'article 21-24 du code civil qui, à propos de la naturalisation, évoque l'assimilation à la « communauté française ».

Intégrer la communauté c'est, étymologiquement, partager, mettre en commun quelque chose (« munus ») — un bien, une ressource, ou bien au contraire une obligation, une dette. Il faut distinguer la communauté et le communautarisme. La différence entre le communautarisme et la communauté est la même qu'entre le nationalisme et la nation.

La communauté se constitue de l'unité et exclut le particularisme. En ce sens, seule une « assimilation » (visible dans ses comportements, dans sa façon de vivre, de vivre en famille) permet de se fondre, d'appartenir à la communauté. Appartenir à la société suppose, en revanche, de s'y intégrer quitte à garder ses différences (et à accepter celles des autres, si possible).

La communauté française n'est donc pas réduite à une société et l'obtention de la nationalité donne vocation à entrer dans la communauté nationale et non simplement à intégrer la société française. L'engagement n'a pas la même profondeur.

Y a-t-il en France un communautarisme qui pourrait remettre en cause les libertés individuelles ? Il y a des pressions, des tentations. Le phénomène est mondial. Plus il y a de mondialisation et plus il y a de réactions à cette mondialisation. Plus il y a de diversités et plus il y a d'identités.

¹⁶¹ CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n°286798, AJDA 2008 p. 2013 note Philippe Crestia.

§ 4. ASSIMILATION OU MIXITÉ CULTURELLE

185. Mais il existe aussi d'autres approches du communautarisme. Des pays comme le Royaume-Uni ont pratiqué une politique communautariste volontaire. Le multiculturalisme modéré existant en Grande-Bretagne a été défini en 1966 par Mr. Roy Jenkins, alors secrétaire du Home Office, comme « la diversité culturelle, couplée à l'égalité des chances, dans une atmosphère de tolérance mutuelle ». On y trouve une société divisée en communautés financées et organisées par les pouvoirs publics. Le multiculturalisme y a fait l'objet d'un consensus que les attentats de Londres de juillet 2005 ont fait voler en éclats. Car le multiculturalisme n'a de sens que s'il aboutit à une forme de paix sociale, où les dirigeants communautaires s'appliquent à diffuser des valeurs civiques, religieuses ou morales particulières, mais qui aboutissent à la soumission à un ordre public global.

La différence entre l'Angleterre et la France en ce qui concerne le communautarisme remonte à l'époque coloniale. Les Anglais (comme les Hollandais) pratiquaient l'*indirect rule*. Ils ne se mêlaient pas, dans leurs colonies, de la gestion des problèmes de la population locale. Les traditions et les coutumes étaient l'affaire des gouvernements locaux.

Au contraire, la France, dans ses colonies, pratiquait une administration directe qui éliminait les autorités locales (sauf en Indochine, au Maroc et en Tunisie). La France imposait l'application des lois de la République par des fonctionnaires français et à toute la population quelle qu'en soit l'origine, la religion, la race. Toutefois, pour s'allier le pouvoir traditionnel et éviter de provoquer un conflit entre deux conceptions morales divergentes, ce qui n'était pas sans danger pour l'ordre public, l'administration décida de respecter les « coutumes indigènes »¹⁶²

Ce regard sur la manière de vivre des non britanniques s'est prolongé quand il s'est agi de vivre au Royaume-Uni avec d'autres communautés. La manière dont les gens s'habillent, vivent et mangent ne regardait pas les autorités anglaises mais devait être encadrée par leur communauté. C'est aussi, une question de mentalité. Le Britannique ne s'occupe pas de son voisin et ne porte pas de jugement sur sa façon de vivre. En revanche, en France, on a considéré que

¹⁶² Sur la question des rapports entre coutumes, droit colonial, « condition de la femme » et « mariage indigène » en Afrique occidentale française, lire Marie Rodet, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'études africaines*, 187-188 | 2007.

c'était à la République de s'occuper de tout ce qui concerne les citoyens des différentes communautés.

186. Les Pays-Bas ont connu une configuration similaire à celle du Royaume-Uni. Ils avaient mis en place et organisé le communautarisme, pour des raisons purement historiques parce que les Pays-Bas sont un pays formé sur une logique du consensus. Historiquement, les Pays-Bas étaient constitués d'un certain nombre de communautés les unes vivant à côté des autres (les protestants, les catholiques et les juifs notamment). Chaque communauté avait ses écoles, ses universités, ses associations et quand il s'agissait de l'intérêt supérieur du pays, les représentants de chaque communauté se réunissaient pour parvenir à un consensus. L'idéal était que tout Hollandais puisse naître, grandir, s'épanouir, au sein de sa communauté d'origine. Dès 1917, le gouvernement a permis que les protestants, les catholiques, les travaillistes et les libéraux disposent chacun de leurs syndicats, écoles, organisations de jeunesse, dispensaires, journaux et même chaînes de télévision. Les Pays-Bas sont sans doute un des rares Etats dans le monde à avoir codifié et officialisé une forme de communautarisme fondé non pas sur les ethnies mais sur les convictions politiques et religieuses. Ce système a souvent été perçu comme l'expression d'une tolérance mutuelle. A partir des années soixante, le modèle, qui empêchait ou au moins ralentissait les mixités culturelles a commencé à essuyer quelques critiques. Mais c'est l'arrivée de nouvelles communautés qui a précipité le changement de vision du communautarisme. Dans les années 70, les autorités néerlandaises ont développé une politique d'accueil pour les immigrés marocains et turcs. Elles plaçaient le respect des différences au-dessus de l'intégration. Ces nouveaux travailleurs (« gasterbeider » ou « travailleurs invités ») se sont vus proposer le même schéma de vie en communauté sans l'obligation d'apprendre le néerlandais, les nouvelles communautés ayant leurs écoles, leurs lieux de cultes. Ces nouvelles communautés n'avaient pas la pratique culturelle du consensus. Cette rupture a pu conduire à l'assassinat de Théo Van Gogh¹⁶³ et à la montée de l'extrême droite qui prend une dimension considérable aujourd'hui et à la réforme de certaines réglementations comme par exemple l'enseignement obligatoire de la langue néerlandaise.

¹⁶³ Le cinéaste Theo Van Gogh a été assassiné le 2 novembre 2004 par un jeune néerlandais d'origine marocaine Mohamed Bouyeri. Ce dernier fréquentait une mosquée installée dans une ancienne école d'Amsterdam où se pratiquait un islam radical et intolérant. Les autorités publiques ignoraient ce qui s'y passait. La Hollande a laissé les communautés vivre entre elles sans chercher à les intégrer à la société.

Section 2 - L'EXEMPLE QUÉBÉCOIS

187. Le 2 mars 2006, alors que le port d'arme est illégal, la Cour suprême du Canada a autorisé les élèves sikhs à porter leur kirpan¹⁶⁴ à l'école à la condition qu'il soit enveloppé dans un étui cousu et dissimulé sous les vêtements.¹⁶⁵

Dans cette affaire, la Cour suprême autorisa le port d'une arme blanche à l'école, sous prétexte que « *l'argument selon lequel le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme* ».

Cette décision accorde à la liberté religieuse une exception accommodante.

Elle fut d'ailleurs très critiquée et on reprocha beaucoup à cette Haute Cour de verser dans le particularisme au détriment des droits collectifs alors que les libertés fondamentales n'étaient pas en jeu. Dans une tempête médiatique, La Presse, un quotidien canadien (québécois), publia, les 13 et 14 mai 2006, un dossier intitulé « Du kirpan... à la Charia ».

Le Québec possède une culture et une identité héritées de son histoire. Il reçoit depuis longtemps une immigration diversifiée qui continuera d'être importante et qui apporte une grande diversité (autochtones, francophones, anglophones, catholiques, musulmans...) qui peut être la source d'obstacles, de principe ou pratiques, à ce que l'on puisse pratiquer plusieurs religions, se reconnaître dans différentes traditions autres que celles de la majorité, tout en cohabitant au sein d'une même citoyenneté.

Le peuple québécois n'est pas une entité abstraite, indifférenciée et homogène et pour que cette diversité ne soit pas une source d'instabilité, le Canada a mis en place une politique d'intégration et de cohabitation interculturelle qui a débouché sur la recherche « d'accommodements raisonnables ».

Cette évolution multiculturelle a également touché le droit de la famille. Le défi, pour les tribunaux, est d'établir un équilibre entre les revendications des minorités religieuses et les droits et valeurs collectives de la société d'accueil.

¹⁶⁴ Le kirpan est une arme symbolique – qui s'apparente à un poignard, portée par les Sikhs orthodoxes pour rappeler le besoin de lutter contre l'oppression et l'injustice.

¹⁶⁵ Cour suprême du Canada, Multani c/ Commission scolaire Marguerite Bourgeoys et Procureur général du Québec, Arrêt notamment cité dans l'article du Professeur Dimitrios Karmis, « *Le « dissensus » québécois : l'affaire du Kirpan sous la loupe* » dans l'Annuaire du Québec 2007 « Le Québec en panne ou en marche ? », publié par l'Institut du nouveau monde, éditions Fidès, p.138 à 145

§ 1. À L'ÉPREUVE DU MULTICULTURALISME

188. La société québécoise est devenue multiculturelle mais l'« affaire du Kirpan » a remis en cause le multiculturalisme accusé de mener à l'acculturation et à la disparition d'une culture commune, d'un socle fédérateur.

L'article 27 de la Charte canadienne des droits et libertés consacre la « reconnaissance officielle » du multiculturalisme. La Charte ne crée aucun droit collectif au maintien d'une culture particulière immigrée : elle s'adresse à des individus.

Cet article figure sous la rubrique *Dispositions générales* de la Charte des droits de la Constitution du Canada. L'inscription du multiculturalisme dans la Charte allait à l'encontre de la théorie des deux peuples fondateurs et a pour conséquence d'isoler le Québec en en faisant une minorité parmi d'autres au Canada.

En 1988, la loi sur le multiculturalisme encourage les Canadiens à conserver les coutumes et leurs traditions¹⁶⁶ et considère qu'il n'y a pas de hiérarchie des cultures nationales ou ethniques. Seule prime la culture des droits individuels. Il n'y a aucun relativisme culturel dans le multiculturalisme. Le principe des libertés et droits individuels prévaut sur tout autre trait culturel.

189. Mais à la différence de l'État canadien, le Québec n'est ni bilingue, ni multiculturel. Le français, parlé par 85% des québécois, est l'unique langue officielle. Ces francophones ont des origines ethniques diverses.

¹⁶⁶ Loi sur le maintien et la valorisation du multiculturalisme au Canada du 21 juillet 1988

Article 3 : « La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste :

a) à reconnaître le fait que le multiculturalisme reflète la diversité culturelle et raciale de la société canadienne et se traduit par la liberté, pour tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait;

b) à reconnaître le fait que le multiculturalisme est une caractéristique fondamentale de l'identité et du patrimoine canadiens et constitue une ressource inestimable pour l'avenir du pays, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait;

c) à promouvoir la participation entière et équitable des individus et des collectivités de toutes origines à l'évolution de la nation et au façonnement de tous les secteurs de la société, et à les aider à éliminer tout obstacle à une telle participation;.... ».

On peut consulter l'intégralité du texte sur le site du ministère de la justice canadien <http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/C-18.7/TexteComplet.html>. Lire Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la réconciliation. Rapport*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, page 118.

En ce qui concerne le multiculturalisme, la politique officielle du Canada n'est pas celle du Québec.¹⁶⁷ Plutôt que de multiculturalisme le Québec met en avant l'inter-culturalisme.

Partant du principe que les citoyens ont des héritages culturels divers, le Québec veut favoriser l'intégration nationale et décourager les «cloisonnements ethniques».

L'inter-culturalisme québécois est un contrat moral entre le nouvel arrivant et sa société d'accueil. La Charte de la langue française adoptée à l'Assemblée nationale du Québec le 26 août 1977 prévoit les modalités d'une intégration à la culture commune, c'est-à-dire, à la culture québécoise majoritaire.

Le multiculturalisme, au Canada, n'empêche pas une culture de convergence, bien souvent américano-anglophone. La question au Québec est de savoir laquelle, de la culture anglophone canadienne ou de celle qui caractérise le Québec, sera la culture de convergence. En affirmant son modèle interculturel, le Québec défend le principe d'une culture québécoise de convergence. Il s'agit d'une culture -matrice de l'intégration de la diversité.

La culture du Québec veut répondre à une double préoccupation : une intégration linguistique à la culture commune et, sur le plan religieux, une réaffirmation des principes de la laïcité comme règle de la neutralité et de l'égalité.

Elle distingue une approche multiethnique (associée au multiculturalisme) d'une approche multiculturelle. L'ethnicité renvoie à la naissance et au sang. La culture est, en revanche, ouverte : comme la langue, elle s'apprend à l'école, en société, voire en autodidacte.

190. La neutralité de l'Etat à l'égard des religions n'est pas la même au Québec que dans le reste du Canada. Dans le modèle canadien multiculturaliste (comme dans les autres pays anglo-saxons), il est établi une neutralité favorable aux religions. On leur accorde une place plus large dans l'espace public. Le modèle québécois, plus républicain, valorise la laïcité, donc un État et un espace public au-dessus de la religion davantage reléguée à l'espace privé. Dans le premier cas, la liberté est définie d'abord par des droits individuels d'où une liberté de religion comprise dans un sens extensif. Dans l'autre, la liberté est définie par la participation à la collectivité politique nationale et par l'autonomie de celle-ci d'où un espace public neutre et libéré des contraintes des divers clergés.

¹⁶⁷ Le Québec n'a pas paraphé la Constitution de 1982 qui entérine notamment le multi-culturalisme.

Que l'on se situe dans une société interculturelle ou multiculturelle, la gestion de la diversité culturelle et religieuse est très épineuse. Elle se place à la frontière du droit privé et du droit public, la distinction entre les deux domaines n'étant plus très « étanche ».

§ 2. LES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES

191. La volonté juridique du Québec d'intégrer une large diversité culturelle a donné naissance au concept d'accommodement raisonnable.

La notion d'accommodement raisonnable a fait son entrée en droit canadien dans l'arrêt O'Malley¹⁶⁸, rendu en 1985 par la Cour suprême du Canada.

Dans cette affaire, une employée reprochait à son employeur de restreindre sa liberté religieuse parce qu'il exigeait d'elle qu'elle travaille le samedi, jour de *sabbat*, alors que ses convictions religieuses le lui interdisaient.

La Cour suprême avait alors estimé que l'employeur devait adapter l'horaire de travail de cette employée de manière à tenir compte des particularités propres à sa pratique religieuse : « *Une condition d'emploi adoptée honnêtement, pour de bonnes raisons économiques et d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut néanmoins se révéler discriminatoire si elle touche une personne ou des personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes visées. L'intention d'établir une distinction n'est pas un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne visant à éliminer la discrimination. C'est plutôt le résultat, l'effet de la prétendue mesure discriminatoire qui importe* ». En l'espèce, les conditions d'emploi imposées pour de simples raisons commerciales à tous les employés avaient pour effet d'établir une distinction à l'égard d'une salariée en l'obligeant à agir contrairement à ses croyances religieuses alors que cette même condition n'avait aucun effet semblable sur les autres membres du personnel.

L'égalité formelle entre les citoyens suppose un traitement uniforme s'appliquant à tous sans distinction mais « *l'égalité de fait ne signifie pas toujours l'égalité de traitement. Il faut parfois des traitements différentiels pour respecter l'égalité entre les personnes* »¹⁶⁹. L'idée pour la plaignante n'était pas

¹⁶⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears*, du 17 décembre 1985, 2 R.C.S. 536. Arrêt consultable sur le site de la Cour suprême du Canada : <http://scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html>

¹⁶⁹ J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill*, 325; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Réflexion sur la portée et les limites de l'accommodement raisonnable en matière religieuse*, 2005, note 4 p.15.

d'obtenir l'annulation pure et simple de la mesure qui n'est discriminatoire qu'au vu des circonstances de l'espèce. L'idée était d'obtenir de l'employeur de traiter différemment l'employé ou le groupe d'employés lésé(s) afin que la mesure cesse de produire des effets discriminatoires à son égard.

192. D'un point de vue sociologique, l'accommodement raisonnable est un outil d'intégration citoyenne des minorités ethniques et religieuses. En adaptant les institutions du groupe majoritaire (québécois francophone chrétien) pour tenir compte du pluralisme ethno-religieux, on prend le pari de favoriser l'identification des membres des minorités à la communauté citoyenne. La notion d'accommodement renvoie donc à une citoyenneté, non pas uniforme (comme le modèle français) mais plutôt différenciée en fonction des particularismes socio-identitaires des individus et des groupes qui composent la société. Il s'agit donc d'une citoyenneté aux pourtours « multiculturels ou interculturels ».

L'accommodement permet aussi de ne pas figer la norme. La norme fixée par les institutions n'est jamais neutre puisqu'elle épouse les intérêts et le modèle du groupe politiquement dominant (par exemple : les hommes, les blancs, les non handicapés, les hétérosexuels).

L'accommodement atténue, dans un souci de justice et d'égalité sociale, le déséquilibre « politique » inévitable entre la majorité et les minorités (religieuses, sexuelles, ethniques...).

Au sens juridique, l'accommodement raisonnable est une conséquence du droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination. C'est donc une mesure corrective qui vise à assurer qu'une personne puisse avoir accès aux mêmes droits, services, emplois ou établissements que les autres québécois, peu importe ses caractéristiques personnelles (âge, handicap, religion, langue, etc.).

193. L'accommodement raisonnable est toujours accordé à un ou plusieurs individus précis et jamais à un groupe. Il crée donc une norme différente pour une personne sans pour autant pénaliser le reste du groupe ou lui profiter.

Un accommodement n'est « raisonnable » que s'il n'impose pas une contrainte excessive à l'organisme ou à l'entreprise concernés.

L'accommodement est une véritable obligation juridique découlant du droit à l'égalité, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle, en accordant un

traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme.

Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le concept d'accommodement raisonnable trouve à s'appliquer.

-L'électeur doit se rendre seul dans l'isoloir pour voter. Dans le cas d'une personne aveugle, la loi elle-même reconnaît la nécessité d'assouplir cette règle et de permettre à cette personne de se faire assister. On adapte alors la règle générale pour tenir compte du handicap de la personne et lui permettre d'exercer son droit de vote.

-Les horaires de travail ou de cours peuvent être aménagés pour permettre à des musulmans de faire les cinq prières quotidiennes prescrites par le Coran.

L'accommodement est une obligation légale qui incombe aux institutions qui n'est cependant pas inconditionnelle et qui ne s'applique que dans les limites du raisonnable. Une demande d'accommodement devient « déraisonnable » à partir du moment où elle impose à l'institution ou à l'entreprise une contrainte dite « excessive ». L'accommodement raisonnable a surtout été appliqué aux rapports entre employeurs et salariés, ce qui explique que les critères de la contrainte excessive tendent à traduire prioritairement des considérations d'ordre matériel et financier.

Mais il arrive aussi que l'accommodement soit demandé à l'État pour la reconnaissance de particularismes religieux qui risquent d'entrer en conflit avec d'autres droits, valeurs ou principes fondamentaux inscrits dans le droit québécois.

C'était le cas quand il s'agissait d'autoriser le port du Kirpan à l'école, de la ségrégation sexuelle demandée par des étudiantes musulmanes lors de baignades dans un contexte scolaire. Le Québec a, par exemple, considéré, en se fondant sur le concept jurisprudentiel de l'accommodement raisonnable ainsi que sur les dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne, que les institutions publiques avaient un devoir d'accommodement à l'égard des jeunes filles qui demandaient à porter le hijab. Les autorités québécoises ont considéré qu'interdire ce voile pourrait revenir à priver ou à limiter le droit des jeunes filles musulmanes à l'instruction publique gratuite, un droit garanti par l'article 40 de la charte québécoise. Une telle interdiction aurait pu aussi inciter plusieurs de ces filles à se tourner vers une école privée à vocation religieuse ou ethno-religieuse dans laquelle il n'y aurait sans doute pas d'échanges interculturels avec le groupe majoritaire québécois. Cette possibilité de porter le voile s'appuyait aussi sur le fait que la signification du hijab variait d'une femme à

l'autre, qu'il pouvait juste être un marqueur identitaire et qu'il ne devait pas être réduit à une lecture sexiste.

Le problème se complique lorsque l'exercice d'un droit (par exemple la liberté religieuse) porte atteinte à d'autres droits (notamment le droit à l'égalité des sexes).

Les tribunaux cherchent à atteindre un juste équilibre qui préserverait les droits de chacun¹⁷⁰.

La Cour suprême du Canada a précisé l'intérêt d'adopter cette méthode d'équilibrage *a posteriori* des droits en conflits : « *Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits aux dépens d'autres droits [...]. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits* ». ¹⁷¹

Il apparaît clairement dans le préambule de la Charte québécoise (quatrième considérant) que « *les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général* ». Les droits des uns s'arrêtent donc là où commencent ceux des autres.

La charte québécoise prévoit ¹⁷² aussi que « *les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec* » et précise que « *La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice* ».

La protection contre la discrimination est reconnue en droit comme étant d'ordre public. Toute demande d'accommodement religieux qui serait potentiellement discriminatoire à l'endroit des femmes devrait être rejetée par les tribunaux parce que contraire à l'ordre public.

Que se passe-t-il si une demande d'accommodement lié à la religion menace les droits des femmes ?

Les mouvements féministes canadiens ont montré que les femmes sont parfois les étendards des mouvements traditionalistes et de l'authenticité culturelle du groupe. En conséquence, elles subissent de manière souvent disproportionnée le poids des traditions. Ainsi, au nom d'arguments culturels ou religieux, les libertés des femmes peuvent être restreintes, leur corps et leur sexualité

¹⁷⁰Ch. Brunelle « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans *La Charte des droits de la personne : Pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, page 372.

¹⁷¹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [8 décembre 1994] 3 R.C.S. 835, 877; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [31 mars 2005] C.S.C. 15. note 10, 877

¹⁷² Article 9.1 Chapitre 1 Partie 1

étroitement surveillés, non seulement par les hommes de la communauté, mais aussi par d'autres femmes (mères, belles-mères...).

Les pratiques patriarcales, justifiées au nom de la religion, sont contestées par les femmes immigrantes elles-mêmes. Celles-ci réclament une relecture des textes sacrés par le prisme de l'égalité des sexes. Cependant, il faut bien reconnaître que ces phénomènes sont encore marginaux par rapport au discours dominant tenu par les autorités religieuses qu'elles soient chrétiennes, juives ou musulmanes.

Les tribunaux sont appelés à tenir compte de ce déséquilibre des forces lorsqu'ils doivent évaluer le bien-fondé d'une mesure d'accommodement raisonnable revendiquée au nom de particularismes religieux ou culturels. La tâche est particulièrement délicate sur le terrain de l'arbitrage religieux en matière familiale.

§ 3. LE CAS DES TRIBUNAUX D'ARBITRAGE RELIGIEUX EN MATIÈRE DE DROIT FAMILIAL

194. Un des sujets les plus débattus au Québec, et plus généralement dans tout le Canada, depuis 2003 a été celui d'une éventuelle implantation de tribunaux d'arbitrage islamiques compétents en matière de droit de la famille. Encore une fois l'argument du multiculturalisme a été invoqué.

Dans un pays qui revendique la coexistence de différentes cultures à l'intérieur de ses frontières chacun devrait pouvoir vivre selon ses propres règles. Or, le Coran édicte des règles très précises qui doivent être suivies par tous les musulmans.

Le débat a été vif quand il a été question d'ouvrir en Ontario l'arbitrage religieux à la Charia, de la même façon que cette province permet déjà l'arbitrage aux chrétiens et aux juifs¹⁷³. La loi sur l'arbitrage ne visait pas à accommoder la diversité et « *la création d'une occasion juridique de mettre sur pied des tribunaux de droit familial de nature religieuse n'était aucunement liée à un processus de réforme d'inspiration multiculturaliste [...] C'est la conséquence accidentelle d'une réforme de l'environnement juridique* »¹⁷⁴. Pour finir, l'assemblée nationale du Québec s'est prononcée contre les tribunaux

¹⁷³ La loi sur l'arbitrage ontarienne permet la résolution de litiges civils et matrimoniaux — divorce, garde d'enfants, successions — par un arbitre indépendant, si les deux parties l'acceptent. Catholiques, mennonites, juifs, autochtones et membres des Témoins de Jéhovah ont eu recours à cette loi pour régler des conflits familiaux sans aller devant les tribunaux.

¹⁷⁴ Lire l'article du philosophe, Will Kymlicka, « La charia en Ontario - Est-ce la faute au multiculturalisme ? » dans le journal canadien, *Le Devoir*, du 10 septembre 2005.

islamiques. A l'occasion des débats parlementaires, il a été rappelé que l'article 2639 du code civil du Québec exclut l'arbitrage pour tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes dans les matières qui concernent la famille et l'ordre public. Comme le code civil s'applique à tous les habitants du Québec, quelle que soit leur appartenance religieuse, aucun arbitre – qu'il soit religieux ou laïc – ne peut prononcer un divorce, décider d'une pension alimentaire, du droit de garde des enfants ou du partage des biens entre les conjoints.

Quant à la médiation en matière familiale, le code de procédure civile prévoit qu'elle doit être effectuée par un médiateur officiellement accrédité.

195. La non-application du droit religieux par le juge canadien est une conséquence du principe de laïcité¹⁷⁵.

Jusqu'à présent le concept d'accommodement raisonnable a été principalement soulevé, au Canada, eu égard à des problèmes liés aux modalités d'application de liberté religieuse ou du droit à l'égalité, tous les deux garantis par les Chartes¹⁷⁶.

Ce concept pourrait également être évoqué sous l'angle de revendications liées aux normes religieuses édictées par une loi étrangère et applicable au Canada par le mécanisme des règles de conflit de lois.

La religion n'est pas un facteur de rattachement reconnu par le code civil du Québec. Elle reste cependant un critère pertinent lorsqu'elle est le fondement de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for. Ces conflits sont peu fréquents au Québec en raison d'une immigration, notamment de population musulmane, encore faible et parce que le rattachement principal pour les différents aspects du droit de la famille est le domicile ou la résidence¹⁷⁷.

La simple appartenance à une ethnie ou à une religion peut déclencher une demande d'accommodement raisonnable. Ce droit se trouve dans l'article 27 de la Charte des droits et libertés de la personne.¹⁷⁸

Il faut considérer l'application d'un droit étranger comme un accommodement raisonnable. L'application de ce droit étranger peut conduire alors à l'application de normes religieuses.

¹⁷⁵ Le Canada est un pays laïc, mais non athée. Le préambule (partie I) de la *charte canadienne des droits et libertés* reconnaît explicitement la suprématie de Dieu et la primauté du droit.

¹⁷⁶ La Charte des droits et libertés de la personne et la Charte canadienne des droits et libertés.

¹⁷⁷ En France, comme dans d'autres Etats européens, même si le principe est « en perte de vitesse », la loi de la nationalité régit l'état et la capacité d'une personne ainsi que plusieurs aspects du droit de la famille.

¹⁷⁸ Il s'agit d'une loi dite "quasi constitutionnelle" adoptée le 27 juin 1975 par l'Assemblée nationale du Québec. Elle est entrée en vigueur le 28 juin 1976.

Cependant, l'accommodement raisonnable en droit international privé québécois dépend largement des restrictions imposées par l'ordre public. Une simple divergence est insuffisante et l'inapplicabilité d'une loi étrangère doit être motivée par le fait qu'elle est manifestement contraire à l'ordre public du for et qu'il existe une divergence intolérable entre la loi étrangère et les principes fondamentaux québécois.¹⁷⁹

Un accommodement raisonnable peut être revendiqué dans certains aspects du droit de la famille. Il s'agit alors de savoir si l'accommodement de normes religieuses et de traditions culturelles édictées en vertu d'une loi étrangère ou de principes religieux sont applicables au regard du droit québécois en matière familiale.

§ 4. ACCOMMODEMENT RAISONNABLE ET DROIT DE LA FAMILLE EN DROIT QUÉBÉCOIS

Les accommodements ont des incidences diverses selon qu'il s'agisse des conditions de forme du mariage, de la polygamie ou de succession.

A - LE MARIAGE

196. Les conditions de forme des mariages sont soumises à des choix alternatifs (lieu de célébration, domicile ou nationalité des futurs époux) en droit québécois. Dès lors rien ne s'oppose à la reconnaissance d'un mariage entre Chinois conclu lors d'une cérémonie du thé, à l'étranger ou au Québec. L'accommodement raisonnable est alors justifié pour valider un tel mariage.

En revanche, l'ordre public s'opposerait à reconnaître l'annulation d'un mariage conclu au Québec sous prétexte de l'absence de célébration religieuse, même si celle-ci était requise par la loi d'un époux.

Pour les conditions de fond, le droit québécois retient la loi du domicile des époux. Mais compte tenu du fait que la conception occidentale du mariage n'est pas celle de toutes les sociétés, une revendication d'accommodements raisonnables peut être déclenchée dans certaines hypothèses.

Dans le cas de mariages arrangés, et même si les règles québécoises imposent un consentement libre et éclairé, le recours à l'ordre public ne se justifierait que s'il existait un lien réel et étroit avec le Québec au moment de la formation du mariage. Si le mariage a eu lieu à l'étranger et que les époux y ont vécu

¹⁷⁹ Article 3081 du Code civil québécois

plusieurs années avant d'immigrer au Québec, la société québécoise n'en sera pas suffisamment « perturbée ». Il s'agit là d'une application du principe de proximité puisque l'on distingue les cas où la société québécoise est réellement touchée dans ses valeurs par l'application d'une loi étrangère de ceux où elle ne l'est pas vraiment.

B - LA POLYGAMIE

197. Le Québec rejette la polygamie jugée incompatible avec un système de droit fondé sur la morale chrétienne et avec l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁸⁰. Le principe est donc de refuser de reconnaître la validité de tels mariages. Les tribunaux québécois ne se sont pas encore prononcés sur ce point. Le sujet est très sensible dans cette province, surtout depuis que la cour suprême du Canada a été consultée pour donner un avis¹⁸¹.

Des accusations de polygamie ont été portées contre deux dirigeants (l'un avait 3 femmes l'autre 19) d'une secte mormone installée à Bountiful, en Colombie-Britannique. Le 23 septembre 2009, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté les accusations contre les époux polygames. Leurs avocats avaient plaidé le fait que la loi canadienne interdisant la polygamie violait leur droit à la liberté de religion.

A la demande du gouvernement de la Colombie-Britannique, la Cour suprême¹⁸² de cette province a rendu, le 23 novembre 2011¹⁸³, une décision dans laquelle elle affirmait que le crime de polygamie au Canada, bien que susceptible de violer la liberté de conscience et de religion, devait être

¹⁸⁰ D'un point de vue strictement budgétaire, la prise en compte de plusieurs conjointes augmente de manière substantielle les coûts de plusieurs programmes sociaux.

¹⁸¹ Un gouvernement fédéral peut s'adresser directement à la Cour suprême du Canada pour obtenir cet avis. La Cour doit répondre à cette demande. Théoriquement, l'avis de la Cour n'est que consultatif. Mais on considère généralement qu'il a la force d'un jugement. Le mariage homosexuel, par exemple, fut légalisé (loi sur le mariage civil du 20 juillet 2005) à la suite de procès dans lesquels les juges ont déterminé que l'ancienne loi sur le mariage, le limitant aux couples hétérosexuels, était anticonstitutionnelle.

¹⁸² Le pouvoir judiciaire est réparti au Canada entre le gouvernement fédéral et les dix gouvernements provinciaux. Ces derniers ont compétence sur l'administration de la justice dans les provinces (la constitution, le maintien et l'organisation des tribunaux, civils et criminels dans la province, et la procédure civile devant ces tribunaux). Les tribunaux sont organisés selon une structure à quatre niveaux. Au sommet se trouve la Cour suprême du Canada qui fonctionne comme une cour de dernier ressort nationale. C'est une cour générale d'appel pour le Canada. Elle entend les appels provenant à la fois du système des tribunaux fédéraux, chapeauté par la Cour d'appel fédérale et du système des tribunaux provinciaux, chapeauté dans chaque province par la cour d'appel de cette province.

¹⁸³ Le jugement peut-être consulté sur l'adresse électronique suivante : www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/11/15/2011BCSC1588.htm#SCJTITLEBookMark3714

sauvegardé en tant que « *limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique* » en vertu de l'article premier de la Charte canadienne.

Le recours à l'ordre public par le juge et à l'accommodement raisonnable par les parties dépend de l'incidence de l'union polygame sur le territoire québécois.

Si les époux n'ont aucun lien avec le Québec et que les époux ne demandent rien d'autre que la reconnaissance de leur union, rien ne s'oppose à ce qu'un accommodement raisonnable soit revendiqué pour obtenir cette reconnaissance.

Si, en revanche, il existe une vraie proximité de la situation avec le Québec, les choses changent. Admettons qu'un homme soit marié avec deux femmes et que ce trio réside au Québec¹⁸⁴. La seconde épouse pourrait-elle demander le divorce et obtenir le versement d'une prestation compensatoire ? Non, car ce serait reconnaître le mariage polygame et cette reconnaissance pourrait avoir un impact négatif sur la société.

Les droits de la première épouse sont toutefois « partageables » en matière successorale. L'ordre public du Québec ne s'opposera pas à ce que le mariage polygame produise des effets successoraux. Le partage de la succession interviendra en tant qu'accommodement raisonnable à l'égard de la loi islamique. Le résultat sera donc identique à celui obtenu en France par l'effet atténué de l'ordre public¹⁸⁵.

En revanche, si le premier mariage est célébré au Québec et que le second est célébré dans le pays d'origine du mari, même valablement selon les règles de ce pays, « *il y a tout lieu de croire qu'aucun accommodement raisonnable n'aurait été fait en faveur de la reconnaissance de ce second mariage ou de ses effets pour la seconde épouse* »¹⁸⁶. Là encore, la solution est la même qu'en France où

¹⁸⁴ En droit québécois, les questions liées aux conditions de forme des mariages sont soumises à des choix alternatifs (lieu de célébration, domicile ou nationalité d'un des futurs époux) (article 3088 al.2 du code civil). En revanche, les conditions de fond comme l'âge, le consentement des futurs époux et celui des parents, les empêchements au mariage, sont régies par la loi du domicile de chaque époux (article 3088 al.1 du code civil).

¹⁸⁵ Selon une jurisprudence bien établie (notamment Cass. civ.1^{ère} ch., 3 janvier 1980, Dame Bendedouche c/ Dame Bouzama, Bull. civ., 1980, I, p.3, RCDIP 1980, p331, note Batiffol) « *l'ordre public français, en raison de ses effets atténués, ne s'oppose pas à ce qu'un mariage polygamique contracté régulièrement à l'étranger selon la loi locale produise en France des effets d'ordre successoral au bénéfice d'une seconde épouse et de ses enfants légitimes. Lorsque la loi nationale étrangère applicable à l'établissement de la parenté reconnaît la polygamie, la seconde épouse et ses enfants viennent en concours avec la première épouse et ses enfants sur les immeubles situés en France dépendant de la succession du mari* » : M. Révillard, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 8^{ème} éd. Defrénois 2014, n°588.

¹⁸⁶ *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois* par Jeffrey A. Talpis, Conférences Roger-Comtois 7, 2009, Editions Thémis, p.25.

l'on considère qu'une deuxième épouse ne peut pas partager la rente d'un conjoint survivant avec la première épouse si celle-ci est Française¹⁸⁷ alors que le partage est fait si la première épouse n'est pas Française.

C - LES RÈGLES SUCCESSORALES

198. Un conflit de lois pourrait naître si un citoyen étranger, originaire d'un pays de droit musulman, décédait au Québec, après avoir désigné sa loi nationale pour régir sa succession¹⁸⁸.

L'exclusion d'un héritier uniquement fondée sur la religion ne serait pas tolérée, et ce, pour préserver l'ordre public. En revanche et malgré l'égalité des sexes prévue par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, une loi étrangère qui appliquerait une discrimination fondée sur le sexe pourrait être tolérée (solution impensable en France).

Le droit québécois ne connaît pas la réserve héréditaire¹⁸⁹. En conséquence, cet homme aurait pu désigner la loi québécoise pour régir l'ensemble de sa succession et donner par testament une part encore plus grande à son fils « au détriment » de celle de sa fille, en prenant soin de les désigner nommément à titre d'héritiers sans les distinguer comme tel en fonction de leur sexe. Il y a là ouverture à un accommodement raisonnable.

¹⁸⁷ Arrêt *Baaziz*, Cass, civ. 1^{ère}, 17 février 1988, Rev. crit. D.I.P. 275, note Lequette.

¹⁸⁸ Selon l'article 3098 al.2 du code civil « [...] une personne peut désigner, par testament, la loi applicable à sa succession à la condition que cette loi soit de l'Etat de sa nationalité ou de son domicile au moment de la désignation ou de son décès ou, encore, celle de la situation d'un immeuble qu'elle possède, mais en ce qui concerne cet immeuble seulement » Cl.Emanuelli, Droit international privé québécois, 3^e éd. Wilson & Lafleur, 2011, n°516.

¹⁸⁹ Christine Morin, «Le droit civil québécois: un droit successoral d'origine française ignorant la réserve», 2005, Droit de la famille (LexisNexis JurisClasseur), étude n° 12.

Chapitre 2 - LA FAMILLE, VALEUR UNIVERSELLE ET VALEUR ESSENTIELLE DU DROIT FRANÇAIS

199. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme¹⁹⁰ a fêté, en 2015, ses soixante six ans. Fondée sur la notion de dignité de la personne, promouvant et défendant le respect vis-à-vis des peuples et de chacun de leurs membres, elle a certainement représenté une conquête pour l'humanité. Elle n'a certes pas empêché les nombreuses atteintes et violations portées aux droits de l'homme au cours de ces années. Cependant, la reconnaissance de ces principes constitue, sans aucun doute, un stimulus notable pour l'esprit et la pratique de la justice dans les différents pays et dans les relations entre les pays, dans la mesure où se conserve la véritable « universalité », et où la Déclaration n'est pas soumise à des fragmentations pouvant altérer son caractère originel.

Il peut sembler curieux de s'arrêter sur l'importance de la DUDH alors que le droit privé français s'appuie pour l'essentiel sur la CESDH et la Charte européenne. La portée politique et idéologique de la Déclaration de 1948 est sans équivalent mais elle n'est qu'une simple résolution sans force obligatoire. Par conséquent, il a fallu élaborer des textes qui rendraient effectifs les droits consacrés par la DUDH en obligeant les Etats qui s'engageront, sous l'égide d'organisations internationales à vocation universelle ou régionale, dans une politique de ratification d'instruments à caractère contraignant protecteurs des droits de l'Homme.

Les droits de l'Homme n'ont pas de support normatif unique mais l'apanage de leur consécration revient traditionnellement à la DUDH qui contient les principes auxquels on peut remonter pour irriguer toute l'interprétation et l'application de ces instruments notamment la CESDH. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg se situe d'ailleurs dans le prolongement de l'esprit même de la déclaration universelle.

On peut considérer que la DUDH est un texte situé historiquement, voire qu'il est « daté ». C'est tout à fait exact, mais les juristes sont habitués à utiliser une interprétation évolutive des textes. Il faut donc se placer à l'heure actuelle et penser que la Déclaration est un repère qui offre encore des ressources intéressantes, notamment dans le domaine de la bioéthique, domaine en

¹⁹⁰ Le sigle DUDH sera ultérieurement utilisé pour évoquer la Déclaration universelle des droits de l'homme.

construction et sur lequel les juristes seront amenés à travailler encore longtemps (notamment à la demande du monde scientifique).

On peut considérer, depuis la fin de la seconde Guerre mondiale, que l'on assiste à l'émergence d'une civilisation planétaire ou globale accélérée par une mondialisation multiforme (information, communication, technologie, industrie, flux commerciaux et de personnes...). Aujourd'hui, aucune société ou presque ne vit en autarcie, indépendamment du reste du monde. Cette civilisation globale s'est dotée avec la DUDH d'un ensemble de règles auquel les sociétés ont déclaré se soumettre. Cependant, si l'évolution de ces sociétés a pu être influencée, plus ou moins subtilement, par les droits de l'homme, il apparaît clairement que ces droits n'ont pas eu le même impact dans tous les pays signataires. Ils restent néanmoins un outil de lecture et de compréhension des différentes sociétés. Le respect des droits de l'homme est, en effet, un indicateur marquant de la nature des relations que pourra entretenir chaque individu avec l'Etat mais également dans la sphère privée puisque les droits de l'homme ont une influence directe sur la place de l'individu dans la famille¹⁹¹ et sur la composition, la fonction et la place de la famille dans la société.

200. La Déclaration universelle reconnaît la famille comme « *élément naturel et fondamental de la société* » (art. 16). En vertu de l'article 12, la famille est une des sphères de vie où chacun a droit à la protection contre toute ingérence arbitraire. Cela étant, la DUDH ne définit pas la famille, terme qui, au XXI^e siècle, peut désigner des structures autres que le traditionnel schéma familial – à savoir deux parents et leurs enfants biologiques.

¹⁹¹ C'est notamment l'idée retenue dans « L'appel des femmes arabes pour la dignité et l'égalité », publié le 8 mars 2012 dans le Monde « *Nous, femmes arabes impliquées dans les luttes pour la démocratie, la dignité et l'égalité, nous, actrices au premier plan des changements exceptionnels que connaît le monde arabe, tenons à rappeler à l'opinion publique que les femmes sont en droit de bénéficier au même titre que les hommes du souffle de liberté et de dignité qui gagne cette région du monde... Les codes de la famille ne sont dans la plupart des pays arabes que des textes instituant l'exclusion et la discrimination. Les autres lois que sont le code de la nationalité, certains codes civils et les lois pénales ne font que renforcer ces discriminations. Ces lois violent les droits les plus élémentaires et les libertés fondamentales des femmes et des fillettes par l'usage de la polygamie, le mariage des mineures, les inégalités en matière de mariage, de divorce, de tutelle sur les enfants ou encore l'accès à la propriété et à l'héritage. Certaines lois permettent même à la parentèle masculine de tuer des femmes et des filles avec le bénéfice de circonstances atténuantes dans le cadre des crimes d'honneur. Si la majorité des pays arabes (à l'exception du Soudan, et de la Somalie) a ratifié avec plus ou moins d'empressement la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Cedaw), adoptée par l'ONU en 1979, ces ratifications sont restées sans impact réel sur le statut et la condition des femmes... ».*

Elle invite à réfléchir sur la place des droits fondamentaux dans le droit de la famille. Cette réflexion doit commencer par l'analyse du contenu de ces droits qu'elle reconnaît, qu'elle proclame mais qu'elle ne confère pas (Section 1). Sans ignorer les réserves que la Déclaration peut susciter, il faut ensuite comprendre comment elle favorise l'individualisme et le subjectivisme tout en imposant le relativisme (Section 2). Elle constitue néanmoins un « point de rencontre » pour la réflexion sur la notion d'universalité du droit et des valeurs à défendre (Section 3).

Section 1 - LE RECOURS FRAGILE AUX DROITS DE L'HOMME

201. Le droit international privé français a accueilli les droits fondamentaux avant même que ne soit signée la déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, l'arrêt Lautour indique que l'ordre public a vocation à assurer la défense des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Cette orientation de l'ordre public est parfaitement cohérente avec l'adoption, quelques mois plus tard¹⁹², de la déclaration universelle des droits de l'homme signée dans l'espoir d'un « avenir idéal commun » trois ans après le grand choc moral créé par la seconde guerre mondiale.

Le contenu, déjà (et toujours) flou, de l'ordre public donné par la décision Lautour n'a pas été précisé ultérieurement mais il a trouvé dans la déclaration universelle des droits de l'homme une assise.

Soixante quatre ans après le vote de la DUDH par les Nations Unies, que reste-t-il vraiment de ces droits ?

Le XXIème siècle pourrait voir disparaître une grande partie des droits qui auraient pu être « l'horizon moral de notre temps »¹⁹³.

La portée juridique de la Déclaration est quasi-symbolique puisqu'elle n'est qu'une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies. Elle n'a donc pas la valeur juridique d'un traité international. Elle n'a donc pas de dimension contraignante et ne peut être invoquée devant un juge.

A l'origine, la Déclaration universelle des droits de l'Homme était perçue par ses rédacteurs et contemporains comme un texte ayant uniquement une grande portée morale. En témoigne le discours prononcé la veille de son adoption par Eleanor Roosevelt, présidente de la commission des Nations unies des droits de

¹⁹² Le 10 décembre 1948

¹⁹³ *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1998, Folio actuel, page 156

l'Homme chargée de son élaboration : « *En donnant notre approbation à la Déclaration aujourd'hui, il est primordial que nous gardions bien à l'esprit le caractère fondamental du document. Ce n'est pas un traité, ce n'est pas un accord international. Il n'est pas et ne prétend pas être une déclaration de principes fondamentaux du droit ou une obligation juridique. Il s'agit d'une déclaration des principes fondamentaux des droits de l'Homme et des libertés, qui doit être estampillée avec l'approbation de l'Assemblée générale par un vote formel de ses membres, et servir comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples de toutes les nations* ». ¹⁹⁴

Le Conseil d'État dans son arrêt "Roujansky" de 1984¹⁹⁵, a d'ailleurs affirmé qu'elle était dépourvue de valeur normative en précisant que « *la seule publication faite au Journal officiel du 9 février 1949, du texte de la déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne ; qu'ainsi, les requérants ne sauraient utilement invoquer cette déclaration pour contester la régularité du scrutin* ».

Dès son adoption, la Déclaration universelle des droits de l'Homme a été perçue comme un texte qui ne devait pas créer d'obligations juridiques. Pourtant, elle crée, aujourd'hui, grâce à une dynamique transrégionale, une légitime obligation. C'est donc un texte dont la portée est avant tout morale, s'appuyant sur l'autorité que confère la signature de la majorité des Etats du monde.

Au cours des soixante dernières années, les droits de l'homme ont traversé et parfois accompagné de grands bouleversements géopolitiques comme la décolonisation, la Guerre Froide, la fin du régime de l'apartheid en Afrique du Sud, l'effondrement des régimes totalitaires en Amérique du Sud et en Europe.

¹⁹⁴ Version originale : « *In giving our approval to the Declaration today it is of primary importance that we keep clearly in mind the basic character of the document. It is not a treaty ; it is not an international agreement. It is not and does not purport to be a statement of basic principles of law or legal obligation. It is a declaration of basic principles of human rights and freedoms, to be stamped with the approval of the General Assembly by formal vote of its members, and to serve as a common standard of achievement for all peoples of all nations* ». Discours d'Eleanor Roosevelt à l'Assemblée générale des Nations unies, 9 décembre 1948, cité in Decaux Emmanuel, « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », pp. 81-119, in La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg (29, 30 et 31 mai 1997), Paris, société française pour le droit international, 1998, p. 83

¹⁹⁵ CE., Assemblée, 23 novembre 1984, M.Roujansky et autres, Recueil Lebon, p. 383, Lachaume, Annuaire français de droit international, volume 31, 1985, p. 943.

Ces bouleversements ont montré la force ou la faiblesse, voire l'instrumentalisation des droits de l'Homme.

Aujourd'hui s'est formé un marché mondial avec de nouveaux partenaires économiques. Or, pour certains d'entre eux, les droits de l'homme, qui constituent l'un des indicateurs de la démocratie, sont contestés (notamment la Chine, l'Inde et les pays musulmans¹⁹⁶ particulièrement ceux qui se proclament Etats islamiques (par exemple, l'Arabie Saoudite, l'Iran, le Soudan). Mais la pression économique qu'ils sont en mesure d'exercer a incontestablement donné une autre dimension aux droits de l'homme qui s'effacent parfois devant la relativité culturelle ou religieuse. Leur place se limite alors à un simple enjeu diplomatique, souvent passé sous silence pour satisfaire les intérêts de la finance et des multinationales. L'universalité, l'indivisibilité et l'applicabilité des droits de l'homme tels qu'ils sont conçus sont en danger.

§ 1. QUELS DROITS DE L'HOMME ?

Que sont les droits de l'homme ? Ce sont les droits inaliénables de tous les êtres humains, quels que soient leur nationalité, lieu de résidence, sexe, origine ethnique ou nationale, couleur, religion, langue ou toute autre condition. Ils sont indivisibles et interdépendants et de différentes natures.

A - TROIS GÉNÉRATIONS¹⁹⁷

202. On distingue traditionnellement, depuis les années 1990, trois générations de droits non hiérarchisées.

1. Les droits de la première génération qui regroupent essentiellement les droits civils et politiques fondés sur la dignité, la liberté et l'égalité des personnes. Ils sont issus d'une tradition individualiste dont le souci premier est de protéger l'individu contre les pouvoirs.

2. Les droits de la deuxième génération, droits économiques, sociaux et culturels parmi lesquels se trouvent le droit à des moyens convenables d'existence, le droit à la protection de la santé, le droit à l'éducation, à la formation et à la culture, le droit à une vie personnelle et familiale dite normale et le droit au logement. L'universalité des droits de l'homme est depuis longtemps contestée

¹⁹⁶ Selim Jahel, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *RIDC*, Vol. 56 N°4, 2004. pp. 787-796.

¹⁹⁷ Sur la théorie des "générations" des droits de l'homme, voir G. Braibant, "Droit d'accès et droit à l'information", *Mélanges Charlier* 1931, p. 703 et A. Holleaux, "Les lois de la troisième génération des droits de l'homme: ébauche d'étude comparative", *R.F.A.P.* n° 15, 1930, p. 527.

au nom d'une prééminence des droits économiques et sociaux sur ceux de la première génération. Le premier document relatif aux droits de l'homme, rendu public par le gouvernement chinois le 13 avril 2009 par l'intermédiaire de l'Agence Chine nouvelle¹⁹⁸, indiquait que « *le gouvernement donne la priorité à la protection des droits du peuple à la subsistance et au développement et garantit légalement le droit de tous...à une participation égale et au développement* »¹⁹⁹. Les autorités chinoises assument leurs divergences sur les droits de l'homme et demandent régulièrement une réorientation et une redéfinition de ces droits.

3. Les droits de la troisième génération, appelés aussi droits de solidarité : droit de vivre en paix, droit de désarmement et droit de protection de l'environnement. Cette dernière catégorie n'est pas unanimement admise. Elle est intégrée dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981 (« *les peuples ont droit au développement économique, social et culturel, à la paix et à la sécurité sur le plan national et international, à un environnement satisfaisant et global* »). Des incertitudes juridiques de ces droits naissent du fait qu'un droit considéré comme un droit fondamental doit avoir un titulaire certain, un objet précis et possible et doit être opposable à une ou plusieurs personnes déterminées, tenues de les respecter. Or, qui est débiteur de ces droits ? Dans le même ordre d'idée, la paix mondiale est-elle dans le « champ du possible » de la réalité humaine ? Les droits de l'homme ne sont pas une donnée abstraite : chaque être humain vivant est individuellement titulaire de ces droits et est fondé à en exiger un exercice effectif.

B - DROITS DE L'HOMME ET BIOÉTHIQUE

203. Aujourd'hui, les droits de l'Homme concernent aussi les domaines scientifiques et techniques que ne pouvait envisager la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. A l'époque, il n'était pas question de recherches sur l'embryon, de bioéthique²⁰⁰, de « traçabilité » ADN²⁰¹, de diagnostic prénatal ni de procréation médicalement assistée ou de gestation pour autrui. Les progrès dans ces domaines sont inégalement répartis sur le globe et l'absence de normes

¹⁹⁸ L'agence de presse officielle du gouvernement de la République populaire de Chine (RPC). Elle est l'une des deux agences de presse en RPC.

¹⁹⁹ Voir l'ouvrage de Gérard Fellous, *Les droits de l'homme*, 2010, La Documentation française.

²⁰⁰ En France, des lois bioéthiques ont été adoptées en 1994, 2004 et 2011. Le principe directeur est le respect de la dignité de la personne humaine qui possède une valeur constitutionnelle et qui se situe donc au sommet de la hiérarchie du droit français.

²⁰¹ Acide désoxyribonucléique. Il constitue la molécule support de l'information génétique héréditaire.

internationales contraignantes et partagées ne protège d'aucun « dérapage », ni d'aucune injustice.

Une analyse sociologique des progrès médicaux permet d'y voir la réponse à un besoin né de l'individualisme des sociétés modernes et à la volonté d'ancrer l'autonomie de la personne dans la revendication de la maîtrise de chacun sur son corps et peut-être même par l'appropriation des fonctions du corps d'autrui.

Les progrès techniques dans le domaine médical ont rencontré la sociologie et ont répondu aux nouvelles attentes sociales notamment en matière de fécondation. En cela, ils ont permis au corps humain d'échapper au seul regard de la société pour ne plus relever que de la volonté de chacun.

La dignité humaine apparaît comme un étendard en droit de la bioéthique. Cependant, la notion est davantage perçue comme un précepte moral que comme une contrainte. Le respect de la dignité humaine est un principe du droit, de portée générale qui justifie que l'on tende vers une solution. Il n'est pas une règle qui commande directement une solution juridique.

L'« intrusion » des droits fondamentaux dans cette discipline ne s'est pas traduite par la promotion d'un ordre public moral ou éthique mais par celle d'un ordre public orienté vers la protection des personnes où d'un ordre public philanthropique²⁰². Le débat s'est en fait déplacé du terrain de la pratique bioéthique, en tant que telle, vers celui de la finalité de l'acte.

Les systèmes juridiques ont aussi eu une influence. En effet, les systèmes anglo-saxons adeptes d'un libéralisme politique privilégient l'auto-détermination de chacun sur son corps et ses fonctions et, de fait, écartent l'objectif de protéger la personne contre elle-même. En revanche, les systèmes continentaux, dans lesquels se reconnaît la France, maternent davantage les individus en les protégeant éventuellement d'eux-mêmes.

C - DES DROITS DE NATURES DIFFÉRENTES

204. La DUDH contient, depuis l'origine, les déficiences qui ont conduit aux désordres futurs. On peut regretter l'assemblage à un seul niveau de droits qui relèvent de catégories bien délimitées les unes par rapport aux autres, avec d'un côté des droits fondamentaux, les droits civiques, qui sont « le droit de... » (comme le droit d'expression) c'est-à-dire une sorte de limitation opposée à la toute puissance de l'Etat et de l'autre côté « les droits de créance », les droits

²⁰² D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » *Le droit privé à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487.

économiques et sociaux qui sont les « droits à... » c'est-à-dire, au contraire, une extension de la puissance de l'Etat sur la société.

Les vingt premiers articles de la DUDH concernent les premiers droits alors que la deuxième partie évoque ce que Raymond Aron²⁰³ appelait non pas des droits mais des « objectifs sociaux souhaitables » qui font l'objet de négociations parce qu'ils sont en face d'autres droits ou objectifs qui peuvent les contredire. Peut-on, par exemple, imputer au gouvernement malien une responsabilité de violation des droits de l'homme pour ne pas avoir établi la sécurité sociale qui figure comme un droit dans cette déclaration ? Peut-être pas. En revanche, on peut lui reprocher d'utiliser la torture ce qui n'est pas exactement la même chose. Attendre qu'une couverture sociale, un droit au logement, un droit d'accès au travail ou à la santé soit « offert » à la population est un objectif social dans lequel tout le monde se reconnaît mais leur absence ne débouche pas sur une condamnation du gouvernement comme auteur d'une violation des droits de l'homme.

L'assemblage des droits fondamentaux est une source de confusion. L'assemblage n'est pas forcément incohérent puisqu'on peut considérer qu'il ne s'agit que d'une feuille de route à partir de laquelle se sont élaborées un certain nombre de conventions qui précisent ce que recouvre chaque droit fondamental protégé. On peut également voir dans les droits de l'homme une manifestation de l'individualisme rejetant l'idée de droit naturel puisque la nature n'aurait pu prévoir de tels droits. L'idée de droits de l'homme n'a pu jaillir que d'esprits soucieux de se détacher de la nature.

Rappelons que, dans un premier temps²⁰⁴, ces grands principes, qui pourtant concernaient tous les hommes, ne se sont appliqués qu'à ceux qui les ont inventés : les hommes privilégiés par leur position sociale. Or, la notion d'individualisme s'appuie sur celle d'égalité. Sauf à renier le principe même d'individualisme, donner des droits à l'individu suppose de les donner à tous les individus. C'est ainsi que peu à peu la notion d'individu, titulaire de droits, s'est

²⁰³ Raymond. Aron, *Etudes politiques*, Gallimard, 1972, p. 255. L'opposition entre les "droits-libertés" et les "droits-créances" a fait l'objet de nombreuses études par les analystes juridiques et politiques, notamment J.Rivéro et H. Moutouh, « Les libertés publiques », tome 1. *Thémis P.U.F.*, 9^{ème} éd., 2003, p. 110 et suiv. ; G. Burdeau « Les libertés publiques », 3^{ème} éd., 1966, p. 19; L. Ferry et A. Renaut, « Philosophie politique », 3^{ème} partie, « Des droits de l'homme à l'idée républicaine », P.U.F., 2007.

²⁰⁴ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, rédigée au début de la Révolution française, a posé les bases juridiques de la nouvelle société française. Ses rédacteurs y affirment les droits et libertés dont doit disposer tout être humain dès sa naissance, consacrant ainsi solennellement la disparition des inégalités de l'Ancien régime.

étendue pour inclure non seulement la gente masculine instruite mais aussi les paysans et ouvriers, et enfin, après de fortes résistances, les femmes.

Les êtres humains, parfois à leur corps défendant ont dû accepter l'idée que, même les femmes pouvaient réclamer et surtout prétendre aux droits de l'homme.

La situation contradictoire des droits de l'homme touche son paroxysme puisque à l'assemblage des droits s'ajoute celui des conventions²⁰⁵ souvent affaiblies par les réserves de certains Etats sur des points essentiels. Rappelons que la Convention contre la discrimination à l'encontre des femmes considérée communément comme la « déclaration universelle des droits des femmes », adoptée en 1979, est la convention la plus ratifiée dans le monde. La majorité des pays ont émis des réserves, justement, sur les articles qui pourraient porter atteintes aux politiques en place, aux pratiques traditionnelles ou religieuses, à l'enfermement des femmes dans la famille, à leur possibilité d'hériter ou même d'avoir une autonomie financière. Petit à petit, certes étoffée par de nouveaux textes, la DUDH a permis l'élaboration de normes mais celles-ci sont vite remises en cause par les réserves des Etats.

D - LA TECHNIQUE DES RÉSERVES : UN MOYEN DE MODULATION DES ENGAGEMENTS

205. La Convention de Vienne de 1963, relative aux traités, définit la réserve comme « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat, par laquelle elle vise à exclure ou à modifier*

²⁰⁵ Notamment, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (Unesco) du 11 novembre 1997, la Déclaration de la conférence mondiale de Pékin sur les femmes du 18 septembre 1995, la Déclaration de la conférence de Vienne du 25 juin 1993, la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités du 18 décembre 1992, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Déclaration de l'Unesco sur la race et les préjugés raciaux du 27 novembre 1978, la Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (Unesco) du 16 novembre 1972, la Déclaration de Stockholm sur l'environnement du 16 juin 1972, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, la Convention contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1965, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 14 décembre 1965, la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, les droits des travailleurs et les conventions de l'Organisation internationale du travail de 1949.

l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat » (art. 2-1).

Elle permet donc de chercher un équilibre entre la volonté d'universalité et la souveraineté des Etats. Soulever la question des réserves revient à discuter l'efficacité qu'une Convention ou un Pacte est susceptible d'avoir auprès des premiers concernés. C'est aussi envisager les limites à imposer quant au choix et au nombre de ces réserves.

Pourquoi multiplier les conventions, mêmes contraignantes, si certains Etats s'en délaissent par la technique des réserves qui leur permet d'avoir l'air de jouer le jeu avant de « nationaliser » le texte en abusant des réserves en remettant totalement en cause le principe d'universalité sous prétexte de l'adapter « à la sauce locale » ?

Citons, à titre d'exemple, le Pacte pour l'élimination de toutes les formes de discrimination envers les femmes de 1979²⁰⁶, ratifié par 186 pays parmi lesquels 51 ont limité l'application du Pacte par la technique des réserves. Parmi ceux-ci 12 pays islamiques ont écarté certains articles au prétexte qu'ils n'étaient pas compatibles avec la Charia²⁰⁷. L'article 15²⁰⁸ qui vise la reconnaissance de l'égalité de l'homme et de la femme devant la loi et l'article 16²⁰⁹ qui concerne

²⁰⁶ CEDAW, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. L'intégralité du texte peut être consultée sur le site des nations-unies : <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm>. La liste des pays signataires et des réserves émises est consultable sur le site des Nations-Unies- Collection des traités : <http://treaties.un.org>

²⁰⁷ Algérie, Arabie saoudite, Bangladesh, Egypte, Emirats arabes unis, Irak, Lybie, Malaisie, Maroc, Mauritanie, Qatar, Syrie.

²⁰⁸ Article 15 :

1. Les Etats parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi.
2. Les Etats parties reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens et leur accordant le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire.
3. Les Etats parties conviennent que tout contrat et tout autre instrument privé, de quelque type que ce soit, ayant un effet juridique visant à limiter la capacité juridique de la femme doit être considéré comme nul.
4. Les Etats parties reconnaissent à l'homme et à la femme les mêmes droits en ce qui concerne la législation relative au droit des personnes à circuler librement et à choisir leur résidence et leur domicile.

²⁰⁹ Article 16 :

1. Les Etats parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :
 - a) Le même droit de contracter mariage;
 - b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement;
 - c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;

« toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux » suscite le plus de réserves. Ces réserves vident la Déclaration de substance quand il s'agit de revenir sur l'application de règles qui instaurent l'égalité de l'homme et de la femme au sein de la famille. Les conventions ne devraient-elles pas conditionner leur signature et ratification à l'absence de réserves incompatibles avec les buts et objectifs du Traité ? C'est probablement la seule option possible de faire appliquer pleinement les conventions par des législations qui se servent souvent d'un Dieu comme « mégaphone » paralysant ainsi toute objectivité. Reste à faire accepter à tous l'intervention d'organes de surveillance.

206. Certains pays, comme le Maroc, même s'ils n'ont pas levé les réserves émises, ont adapté leur loi interne aux exigences du Pacte de 1979. Ces réserves visaient à préserver le Code du statut personnel de 1958 alors en vigueur, code abrogé par le Code de la famille de 2004. Les nouvelles dispositions instaurent le principe d'égalité entre les époux dans la gestion de leur vie commune et familiale (il supprime notamment le devoir d'obéissance de l'épouse vis-à-vis de l'époux)²¹⁰.

d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;

e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;

f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;

g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de familles d'une profession et d'une occupation;

h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

2. Les fiançailles et les mariages d'enfants n'auront pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, seront prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel.

²¹⁰ Les autorités marocaines ont enfin consenti le 22 janvier 2014 (Le Monde du 22 janvier 2014) à abroger l'alinéa 2 de l'article 475 du code pénal qui précisait que « quiconque, sans violences, menaces ou fraudes, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner, un mineur de moins de dix-huit ans, est puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 120 à 500 dirhams. Lorsqu'une mineure nubile ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage et ne peut être condamné qu'après que cette annulation du mariage a été prononcée ». Cette abrogation est intervenue deux ans après le suicide d'Amina Filali, une mineure mariée à celui qui l'avait violée. Pour faire taire la honte qui était tombée sur la famille de la victime, le père de la jeune fille avait demandé et obtenu d'un magistrat qu'il accepte de marier sa fille (en contradiction d'ailleurs, même si l'élément

207. La Tunisie est le premier pays de la région à avoir retiré toutes les réserves spécifiques qu'il avait émises sur le Pacte. Un article de Human Right Watch confirme que « *Le Conseil des ministres tunisien a adopté un projet de décret le 16 août 2011 dans le but de lever ces réserves* » et rapporte les propos de Madame Nadya Khalife : « *Nombre des réserves limitaient l'égalité des femmes au sein de leur famille, et leur suppression reconnaît enfin les femmes comme des partenaires égales dans le mariage et dans la prise de décisions relatives à leurs enfants ... Le gouvernement tunisien, en levant d'importantes réserves émises sur la CEDAW, proclame son engagement envers la promotion des droits des femmes* ». ²¹¹ La Tunisie dispose de l'un des codes du statut personnel les plus « progressistes » de la région. Il contient cependant encore des dispositions discriminatoires. En matière successorale, par exemple, les femmes n'ont pas droit à une part égale à celle des hommes. Le Code du Statut personnel contient toujours des dispositions discriminatoires à l'égard des femmes notamment en ce qui concerne la garde de l'enfant en cas de divorce ²¹². On peut se demander ce qu'il reste des textes initiaux, de l'esprit même des traités, quand les réserves invoquées sous le prétexte du respect des traditions culturelles, ont vidé certains instruments de leur contenu.

§ 2. L'UNIVERSALITÉ MENACÉE

208. L'adjectif « universel » a-t-il encore un sens ? Le principe même d'universalité est, depuis longtemps, remis en cause. Les droits de l'homme sont l'un des indicateurs de la démocratie et de la répartition des bénéfices de la mondialisation. Ils sont contestés par les pays non alignés, à la tête desquels se place la Chine et aussi par les pays islamiques.

semble désormais dérisoire, avec l'obligation de demander une enquête sociale avant de pouvoir célébrer le mariage d'une mineure).

Information notamment reprise par *Courrier international* du 3 avril 2012 ; *Huffingtonpost* du 15 mars 2012, *l'Express* du 15 mars 2012.

²¹¹ <http://www.hrw.org/fr/news/2011/09/07/tunisie-le-gouvernement-l-ve-ses-restrictions-concernant-la-convention-internationale>.

²¹² La garde est confiée à l'un ou l'autre des parents en considération de l'intérêt de l'enfant (art. 67). Si la garde est attribuée à la mère, celle-ci ne doit pas être remariée à moins que le juge n'estime la nouvelle union conforme à l'intérêt de l'enfant. Le fait que la mère ne soit pas musulmane ne la prive pas du droit d'exercer le droit de garde. En revanche, sa famille ne pourra bénéficier de ce droit que tant que l'enfant n'aura pas atteint l'âge de cinq ans et qu'il n'existe aucun risque qu'il soit élevé dans une autre religion que celle de son père.

Il y a deux types d'États : tout d'abord les souverainistes, comme l'État chinois, l'État du Venezuela ou Cuba qui sont totalement favorables à une protection des droits de l'homme qui obéissent à leur propre conception des droits de l'homme. Ils les interprètent à leur guise et ne donnent à personne le droit de contester cette interprétation.

Il y a aussi les États islamistes qui défendent leur position dans les instances officielles, comme le Comité des droits de l'homme, avec des résolutions qu'ils prônent ou qu'ils adoptent en considérant que les droits de l'homme existent et qu'ils ont été dictés par Dieu (qui est, habituellement, peu enclin à la négociation). Pour interpréter les droits de l'homme, il faut donc se référer à la loi divine. On ne doit pas, par exemple, les condamner pour lapidation parce que cette pratique est un droit donné à l'homme par Dieu. La lapidation est prévue par la loi religieuse, la charia, et une loi laïque n'a pas à s'imposer à eux. Il existe alors un conflit moral, religieux et politique entre deux visions qui est contraire à l'universalisme qui, de ce fait, est inévitablement remis en cause.

209. La première caractéristique des droits de l'homme est que, quel que soit le régime politique d'un État, l'intérêt de l'individu (humain) et du citoyen doit pouvoir s'opposer à celui de l'État. Le premier paradoxe est donc que l'État est à la fois le violeur-potentielle et le garant des droits fondamentaux.

La mondialisation touche les échanges économiques, culturels, religieux et humains et a bouleversé l'universalité des valeurs par la singularité des cultures qui y prennent part, à tel point que ces valeurs ont perdu, pour certaines, leur autorité et leur légitimité.

L'universalité des droits de l'homme est désormais clairement menacée. Les origines de cette menace sont multiples : on peut citer le relativisme culturel et religieux mais aussi la nouvelle prééminence des droits économiques et sociaux sur les droits civiques qui remet en cause leur indivisibilité, le progrès scientifique et technique qui rend obsolète certaines approches et appelle une actualisation des droits de l'homme

§ 3. LE RELATIVISME CULTUREL : L'EXCEPTION ASIATIQUE

210. La question est simple : peut-on accepter qu'un particularisme culturel puisse écartier un droit « fondamental » ? Personne ne peut nier que les cultures sont diverses et les sociétés pluralistes. Pourtant si on se réfère à l'article 4 de la déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'Unesco, adoptée le 2 novembre 2001 par l'ensemble des membres de cette institution onusienne, « *la*

défense de la diversité culturelle est un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine. Elle implique l'engagement de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales, en particulier les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones. Nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée ».

La question devrait donc être réglée puisque l'argument culturel est inopérant.

Qu'est-ce qu'une culture ? Nous pouvons retenir la définition donnée par l'Unesco dans la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, en 2001 : c'est « *l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérise une société ou un groupe social. Elle comprend aussi les arts, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, le système des valeurs, les croyances et les traditions* ».

L'ensemble de ces caractéristiques implique qu'il existe plusieurs cultures et plusieurs systèmes de valeurs, de mœurs et de coutumes. Pour un esprit relativiste, l'égalité des cultures s'oppose à l'idée d'universalisme de droits qui fait fi de la diversité. Il intègre d'ailleurs la morale dans son approche. En effet, si l'on considère que la morale, qui distingue le possible de l'impossible par rapport au Bien et au Mal, n'est que l'expression des mœurs et des coutumes alors il faut admettre que ce qui est admissible par une société peut ne pas l'être dans une autre. Admettre une égalité des cultures revient à admettre l'égalité des valeurs qu'elles reconnaissent. Or, si toutes les valeurs se valent, la lapidation peut être légitimée parce qu'elle vient d'une culture ancienne.

Universaliser les droits de l'homme, tels qu'ils sont définis dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, au prétexte qu'ils transcenderaient toutes les cultures, revient à imposer l'ethnocentrisme. On voit bien que le débat sur ce point n'est pas clos et qu'il semble peut probable qu'il le soit un jour.

Si l'universalité de la condition humaine soutient la similitude entre les humains, la singularité des individus et de leur culture alimente les différences. L'inapplicabilité universelle des droits de l'homme s'explique aussi par le fait que ces droits sont attachés à la personne humaine. On peut d'ailleurs voir dans la primauté de l'individu une menace idéologique à l'universalité des droits de l'homme. Les sociétés du Tiers-monde accordent une valeur primordiale au groupe et que c'est à travers la protection des droits collectifs que passent, dans certaines sociétés, la protection des droits de la personne.

211. Le débat sur l'universalité des droits de l'homme a été dominé par la question de savoir si les valeurs et la vision du monde sous-jacentes aux droits humains pouvaient ou non transcender les barrières culturelles. Cette interrogation est peut-être aujourd'hui dépassée : l'esprit des droits de l'homme est, de fait, mondialisé. Mais, ces droits ont la signification concrète qu'ils reçoivent dans différents contextes socioculturels. Ils n'ont donc pas de sens en eux-mêmes et n'acquièrent de signification qu'à travers les utilisations qui en sont faites dans des contextes culturels locaux.

Deux exemples venus d'Asie illustrent ce relativisme : la Chine et l'Inde. La première privilégie le groupe à l'individu et la stabilité sociale au respect des droits individuels. Elle ne nie pas les droits fondamentaux mais elle ne reconnaît pas ceux définis par l'occident. Quant à l'Inde, les droits de l'homme sont tout simplement inadaptés à la société. S'il existe bien sûr une idée de la dignité humaine dans ce pays, elle n'est pas conçue en termes de droit de l'homme mais repose sur le devoir de trouver sa place dans l'ordre de la société (et même du Cosmos).

A - LA CHINE

212. L'exemple de la Chine est significatif. La nation chinoise passe avant toute communauté et la société avant tout individu. L'homme, même au sein de la famille, a peu d'individualité. La famille traditionnelle chinoise est une unité économique et patrimoniale, une unité religieuse tournée vers le culte d'ancêtres communs, une unité communautaire et foncière, puisque tous ses membres vivent sur une même terre, et une unité sociale, puisque chaque membre est responsable des autres²¹³.

Les nécessités économiques et démographiques ont obligé la famille chinoise moderne à évoluer. C'est le gouvernement qui impose désormais la composition familiale en limitant la natalité²¹⁴. Depuis, 1984, l'Etat autorise les milieux ruraux à avoir un deuxième enfant si le premier est une fille.

La politique de l'enfant unique se justifie par le besoin d'écarter une croissance démographique insupportable d'un point de vue économique pour le pays mais, désormais, elle menace la Chine de devoir faire face au vieillissement de sa population (alors qu'il n'existe aucun système généralisé de retraite dans ce

²¹³ J. Pimpaneau, *Chine : culture et tradition*, 1989, Piquier.

²¹⁴ La campagne de planification des naissances, adoptée en 1972, repose sur trois principes :

- retarder les mariages et la procréation
- espacer les naissances
- réduire le nombre d'enfants à deux par couple

pays) et aussi au déséquilibre numérique entre garçons et filles ²¹⁵. La société chinoise privilégie les fils qui perpétuent la lignée et qui prennent en charge leurs parents alors que pour beaucoup, « élever une fille, c'est cultiver le jardin d'un autre ». La politique de l'enfant unique favorise l'avortement sélectif des filles et explique la surmortalité des filles après la naissance, phénomène dont la cause est le défaut de soins et d'alimentation des petites filles. En 2050, il devrait manquer 100 millions de femmes dans le pays²¹⁶. Les autorités ont officiellement averti les citoyens chinois des problèmes familiaux et de société que créera inévitablement ce déséquilibre. La reconnaissance sociale d'un individu ne vaut que parce qu'il s'inscrit dans une famille. Or un homme, du fait de la politique de l'enfant unique, peut n'avoir ni frère, ni sœur, ni oncle, ni tante. S'il n'a ni femme, ni enfant il devient socialement inexistant.

Quant aux femmes, devenue trop rares, elles risquent, dans l'avenir, d'être encore davantage contraintes à des mariages forcés, ou d'être victimes de violences : femmes achetées via des entremetteurs, enlevées, ou contraintes de « servir d'épouses » à plusieurs hommes d'une même famille²¹⁷. La famille chinoise risque d'être profondément affectée par ce déséquilibre si les autorités ne parviennent pas à le réduire.

B - L'INDE

213. Comme la Chine, l'Inde invoque l'inadaptabilité des droits de l'homme tels qu'ils sont définis par l'Occident. L'Inde ne rejette pas les droits fondamentaux mais considère qu'ils sont inopportuns dans ce pays où il n'y a pas de franche coupure entre le règne animal et le monde des humains les uns se réincarnant dans les autres. La vie ou la mort de l'homme a peu de signification puisqu'elles se répètent. Une « vie actuelle » n'est pas plus importante que celle

²¹⁵I. Attane, « Les défis de la Chine : plus de filles, moins de personnes âgées », *Populations et sociétés* n° 416, INED, octobre 2005

²¹⁶ Isabelle Attane, *Au pays des enfants rares*, 2011, Fayard

²¹⁷ La Corée du Sud a connu un phénomène similaire mais les naissances sont désormais rééquilibrées depuis le milieu des années 1990. Le gouvernement coréen a dans un premier temps sanctionné les médecins qui pratiquaient l'avortement en fonction du sexe. Puis, les coréens ont pu constituer un régime de retraite qui leur a permis de ne plus dépendre de leur fils. Le travail des femmes a également été valorisé. L'ensemble de ces mesures a permis d'estomper la préférence traditionnelle. En Chine, les autorités ont aussi fait des efforts en accordant des subventions lors de la naissance des filles, en les accompagnant jusqu'à 18 ans avec des bourses d'études, en offrant de l'argent lors du mariage et en offrant une protection sociale aux parents de filles. Lire de B. Manier *Quand les femmes auront disparu : l'élimination des filles en Inde et en Asie*, 2008, Ed. La Découverte.

qui sera la nôtre après la mort²¹⁸. Les droits individuels ou politiques ont peu d'importance, se pose à peine la question de leur existence.

Comme en Chine la notion de liberté se fonde dans celle d'harmonie. L'homme n'est pas individualisé comme il l'est dans les droits de l'homme occidentaux. L'harmonie de concepts bouddhistes est celle de l'univers et de l'être humain comme être collectif, dans des relations ritualisées, c'est-à-dire civilisées²¹⁹.

Il faut ajouter à cela la structure même de la société indienne fondée sur un système hiérarchique de classes sociales qui est la cause d'inégalités sociales très fortes au sein de la population. Le système des castes²²⁰ est une forme d'organisation de la société en petites communautés assez autonomes, différentes et inégales, intégrées à un ensemble hiérarchisé selon une échelle sur laquelle chaque échelon correspond à un degré de pureté²²¹.

L'article 15 de la Constitution indienne précise bien que tous les Indiens sont égaux devant la loi et interdit toute discrimination fondée sur la caste, le sexe, le lieu de naissance ou la religion. L'article 16 abolit l'intouchabilité. L'article 23 quant à lui, institue l'inégalité du travail forcé.

Toutes ces dispositions ont, entre autres, abouti à l'institution d'une politique de discrimination positive. Des quotas des postes dans la fonction publique, les collèges et les universités sont réservés aux Dalits. Mais cette politique ne parvient pas de manière significative à lutter contre des coutumes sociétales ancestrales. Il s'agit en fait d'une forme d'apartheid. Les autorités indiennes

²¹⁸ La réincarnation permet le passage de vies successives dans différents corps (humains, animaux ou végétaux, selon les théories). À la mort du corps physique, l'« âme » quitte ce dernier pour habiter, après une nouvelle naissance, un autre corps.

²¹⁹ A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil essais, 1997, p.68.

²²⁰ Robert Deliège, *Les castes en Inde aujourd'hui*, Presse universitaires du septentrion et pour une approche plus politique, 2006 ; Raphael Gutmann *Entre castes et classes, les communistes indiens face à la politisation des basses castes*, Ed. de l'Harmattan, 2010.

²²¹ Cette structure découle du fait qu'un Etre Suprême créa l'homme à partir de son propre corps. De sa bouche, sortit la quintessence de la pureté, le brahmane, prêtre et gardien du Temple, qui a pour mission de porter aux hommes ; le kshatrya est le produit de ses épaules et de ses bras qui saisissent les armes. Il représente le combattant, le guerrier ; le vaishya est né de ses cuisses et a la charge de la production (agriculture, élevage, commerce); vient enfin, l'« impur », susceptible de « polluer » les membres des trois castes supérieures, le shudra qui est le produit de ses pieds. C'est la caste des serviteurs, paysans et artisans. Il existe ainsi une séparation d'origine héréditaire de la société indienne qui se justifie par une crainte de contamination entre les castes. L'individu naît, se marie et meurt dans sa caste.

La société indienne a constitué une cinquième catégorie, qui n'a même pas de statut et dont les membres sont considérés comme des « intouchables » parce qu'ils formaient la partie la plus « polluée de l'énergie divine ». Ils se désignent eux-mêmes du nom de « Dalits », ce qui veut dire « hommes brisés ». Ils représentent environ 17% de la population indienne soit plus de 170 millions d'individus. Exclues des quatre castes, les intouchables sont victimes de toutes sortes de discriminations.

refusent encore d'y voir une violation des droits de l'homme prétextant qu'il s'agit d'un problème interne de religion. Mais, au quotidien, les Dalits ne se battent pas pour les Droits de l'Homme, ils se battent pour avoir le droit d'être considérés comme des hommes.

§ 4. LE RELATIVISME RELIGIEUX

214. Les droits de l'homme universels se revendiquent laïcs. Ils sont donc étrangers à toute inspiration religieuse. Toute absence à une référence religieuse n'est pas anodine puisque les questions relatives à la création de l'homme ont été évoquées sans pour autant être retenues comme propositions de principe²²². La déclaration universelle des droits de l'homme ne fait référence aux religions, dans son article 18, que pour en garantir le libre exercice. Le sujet est aussi repris par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui abordent la liberté de pensée, de conscience et de religion. Tout devrait donc rapprocher communautés religieuses et "mouvement des droits humains". La réalité montre cependant de nombreuses frictions entre les deux domaines comme le montrent, par exemple, les débats dans certains pays sur le "foulard islamique" ou la burqa qui ont divisé les défenseurs des droits humains et ont montré en même temps que, derrière les principes que l'on entend défendre, il y a aussi des préjugés idéologiques et des traditions ancestrales. Les communautés religieuses ont aussi manifesté leur position face à des questions telles que les droits reproductifs, le mariage d'homosexuels, la morale sexuelle, le droit des femmes ou les débats sur le blasphème.

215. L'expression « droits de l'homme » a pu laisser supposer qu'il s'agissait d'un "credo unique" dont l'universalité avait les mêmes limites que celles de l'Occident aux origines judéo-chrétiennes. C'est d'ailleurs ce que semblent montrer les tentatives de produire des déclarations islamiques sur les droits de l'homme, distinctes de la Déclaration universelle²²³.

²²² Monica Pinto, "L'écriture de la Déclaration universelle: Les lacunes et les compromis" in La Déclaration Universelle des droits de l'homme. Avenir d'un idéal commun, Paris, La documentation française, 1999, p. 183-186.

²²³ Le Pacte arabe des droits de l'homme, préparé par la Ligue des Etats arabes, en 1982 ; le Pacte des droits de l'homme et du peuple dans le monde arabe de 1986 ; la Grande Charte verte des droits de l'homme de l'ère jamahirienne (Libye) de 1988 et la Charte arabe des droits de l'homme de la Ligue arabe de 1994. Aucun de ces textes n'est entré en vigueur. A ceux-ci s'ajoutent neuf documents relatifs aux droits de l'homme élaborés par l'Organisation de la conférence islamique (O.C.I), créée depuis 1970 : Charte de l'OCI du 4 mars 1972, modifiée par le 11ème sommet islamique de Dakaren

Droits de l'homme et religions ont des points de convergence : le droit à la vie, le droit à la préservation de l'intégrité physique de l'homme, le droit à la propriété, le droit de fonder une famille et d'avoir des enfants sont des droits reconnus pour tous, par toutes les religions (à l'exception des prêtres catholiques). Toutes les religions appellent également à la justice et à la solidarité sociale.

La plus grande divergence vient de l'inspiration des droits. Le judaïsme et le christianisme ont affirmé leur attachement aux droits de l'homme. Le Pape Benoit XVI a affirmé, à plusieurs reprises, l'attachement du catholicisme aux droits de l'homme et à leur universalité. Devant l'ONU son discours est sans ambiguïté : la DUDH est « *le fruit d'une convergence de différentes traditions culturelles et religieuses, toutes motivées par le désir commun de mettre la personne humaine au centre des institutions, des lois et de l'action des sociétés* ». Il s'inquiète de voir « *que certains nient l'universalité des droits humains* » avant de conclure que « *ces droits trouvent leur fondement et leur forme dans la nature transcendante de la personne* ». ²²⁴

216. Dans les pays islamiques, les droits de l'homme ne transcendent pas la religion mais sont dictés par elle. Les droits fondamentaux sont ainsi définis et interprétés à la lumière de la Charia qui encadre notamment l'inégalité de l'homme et de la femme.

La conception sexuée de la société islamique consiste en un partage des rôles et non en une égalité entre les sexes. Les hommes et les femmes sont égaux en dignité mais ils n'ont pas les mêmes devoirs ni les mêmes responsabilités en raison de leurs différences physiques.

L'éventuelle ratification de traités, conventions ou Déclaration internationaux par les Parlements n'a aucune valeur en terre d'islam, les pouvoirs législatifs

mars 2008 ; Déclaration des droits et des obligations fondamentaux de l'homme en Islam en 1979 ; Déclaration islamique universelle, en 1980 ; Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981 ; Déclaration sur les droits de l'homme en islam en 1981 également ; Déclaration de Dacca sur les droits de l'homme en Islam de 1983 ; Déclaration islamique des droits de l'homme de Téhéran de 1989 ; Déclaration des droits de l'homme en Islam , dite du Caire, de 1990 ; Déclaration sur les droits de l'enfant dans le monde islamique de 1994.

²²⁴ Le texte du discours prononcé par Benoit XVI devant l'assemblée de l'ONU le 18 avril 2008 est intégralement reproduit sur le site du Vatican : <http://www.vatican.va>

devant par essence se soumettre à la Loi divine²²⁵. Or, les lois des hommes changent fréquemment ; elles sont éphémères et désacralisées.

La religion reste un conservatoire du « règlement durable ». Il ne faut pas conclure à l'incompatibilité définitive entre les droits de l'homme et l'Islam. Il suffit d'évoquer l'Inquisition ou la monarchie absolue pour remarquer que l'Occident a aussi connu un certain relativisme religieux et culturel. Le droit musulman n'est pas seulement un droit religieux. Il est aussi le produit de l'Histoire qui a su s'adapter aux exigences contemporaines.

L'ensemble du monde arabo-musulman n'est pas monolithique et ne parle donc pas d'une voix unique : l'Islam radical rejette la DUDH qui bafoue les valeurs énoncées dans le Coran alors que l'Islam plus modéré et évolutionniste adopte une lecture plus souple et plus moderne du Coran.

Il existe aussi la pratique musulmane de la diaspora en pays laïcs qui doit concilier, comme c'est le cas en France, les valeurs de la République et la pratique religieuse. Or, religion et laïcité sont convoquées, aujourd'hui, au nom de l'identité et posées comme s'opposant en miroir l'une à l'autre. La laïcité est un choix de société alors que la religion entre dans le cadre du choix personnel. Dans la religion, on distingue aussi la croyance, qui est un fait, de la foi, qui est un choix. Le fait est indéniable, le choix est discutable. Le fait relève de la culture, la foi renvoie au culte. La cohabitation entre une vision citoyenne laïque et vision sociétale dictée par Dieu est inévitablement houleuse.

Comme souvent en matière de conflit « *in medio stat virtus* » mais les débats sur ce sujet²²⁶ ne se soldent pas souvent par un compromis. Comment y parvenir quand sont placées sur le même plan valeurs de la République (ici, liberté et dignité de la femme) et manifestation d'un relativisme religieux ? L'Etat français aurait légitimé ce relativisme en acceptant une issue autre à ce débat qu'un refus total de cette pratique religieuse.

²²⁵ Il s'agit d'ailleurs d'une approche récente puisqu'en 1948, sur les 56 Etats ayant voté la DUDH, huit Etats se sont abstenus mais un seul d'entre eux était un Etat musulman: l'Arabie saoudite. L'Afghanistan, l'Egypte, l'Iran, l'Irak, le Pakistan et la Syrie ont tous voté en faveur de la Déclaration.

²²⁶ Souvenons-nous de ceux sur le niqab ou la burqa

Section 2. L'INFLUENCE DE L'ESPRIT DES DROITS DE L'HOMME DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

217. Des transformations de différente nature furent nécessaires pour lisser l'inadéquation du droit de la famille aux mutations de la vie sociale, politique, économique et familiale au cours des cinquante dernières années.

Les économistes, les sociologues et les démographes s'accordent à considérer que progressivement le lien affectif l'a emporté sur la conception de la famille comme espace économique. Le respect des sentiments et de la place de chacun sont devenus plus importants que la seule protection d'un patrimoine. Les juristes aussi ont dû se plier à l'évolution de la famille et à sa double nature puisqu'elle concerne à la fois les droits et les mœurs. La priorité des sentiments a eu pour incidence le fait que les individualités qui forment la famille se tournent désormais vers les droits de l'homme pour protéger, non le groupe qu'ils forment, mais les personnes qui le constituent.

Si le droit de la famille était étranger aux préoccupations des rédacteurs de la DUDH, les droits de l'homme sont désormais au cœur des relations familiales. Cette place a été progressivement occupée grâce à la pénétration des droits de l'homme dans les différentes sources nationales et internationales du droit de la famille. Rien d'étrange à cela puisque le droit est censé s'adapter à la réalité de son temps. Or cette réalité est aussi une évolution du statut de la femme, de celui des enfants, du démariage, de la libération sexuelle mais aussi du nombre de familles internationales qui oblige à « repenser » l'avenir même du droit de la famille français. Sans force contraignante, la DUDH n'a pu s'imposer « que » dans les esprits.

En revanche, l'Europe a engagé depuis plusieurs décennies une véritable intrusion dans le droit de la famille de ses membres alors que ce domaine semblait relever, par excellence, des droits nationaux.

218. Le recours à la notion de droit de l'homme a permis d'introduire au sein des relations familiales la notion de conflit potentiel. Alors que la Déclaration universelle des droits de l'homme protège prioritairement le citoyen face à l'Etat, donc, l'individu face au groupe, le législateur protège d'abord chaque individualité. Ainsi la femme est protégée contre une éventuelle agression du mari et les enfants sont protégés contre les agissements et les abus des parents. Ce paradoxe a très probablement incité le législateur à préserver une cellule que l'on a pu croire en péril comme en témoigne la promulgation du code de la famille et de l'aide sociale, en janvier 1956, qui fut suivi de nombreuses normes de

régulation sociale. La politique publique de la famille est aujourd'hui autant fondée sur des impératifs sociaux et économiques que sur la philosophie des droits de l'homme, ce qui n'implique pas l'autonomisation de la structure familiale par rapport à l'intervention publique. Cependant, on constate aujourd'hui que l'Etat a délaissé les pères auxquels il avait donné tant de pouvoirs²²⁷ et qu'il a laissé à la femme la propriété de son ventre et la liberté de procréer. Il a aussi accepté la substitution des nouvelles familles recomposées aux familles plus traditionnelles. N'est-ce pas parce qu'il est plus préoccupé par les protections individuelles que par la protection d'un « groupe- famille » ?

219. L'influence des droits de l'homme s'est glissée dans l'attitude des Etats qui doivent désormais se borner à maintenir l'ordre en garantissant à l'homme le libre exercice des libertés nécessaires au développement de sa personnalité. Cette influence explique le rejet individuel, affiché et revendiqué, des contraintes qu'elles soient d'ordre économiques, sexuel ou familial qui aboutit au bouleversement du modèle familial traditionnel et à l'appel de nouvelles dispositions législatives.

Le recours à l'idéologie des droits de l'homme a permis de concevoir une politique familiale non plus fondée sur la soumission des plus faibles sous la puissance patriarcale mais sur la promotion et la protection de chaque individu. Aujourd'hui encore, la réglementation de la famille, consécutive aux recompositions familiales, aux préoccupations sociales, économiques et politiques, ou encore aux nouvelles méthodes de procréation, garde en « toile de fond » l'esprit des droits de l'homme.

On peut considérer le caractère universel des concepts des droits de l'homme comme un obstacle à leur pénétration dans le droit de la famille. L'universalité se plie mal à la notion de famille qui est au contraire liée de près à la culture. La morphologie familiale, les rôles de chacun de ses membres et la place de la famille dans l'organisation sociale varient avec les différentes cultures. La variation existe non seulement d'une culture à l'autre mais encore d'une société à une autre au sein d'une même culture. Le droit de la famille est donc plus empreint de relativisme que d'universalisme. Se pose alors la question de la place des législations familiales nationales dans un contexte d'internationalisation des droits de l'homme.

²²⁷ F. Granet, « Les droits des pères dans les législations européennes à la fin du XXe siècle », dans J. Délumeau et D. Roche (dir.), *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2e éd., spéc. p. 462.

§ 1. LE FREIN DE L'UNIVERSALITÉ

220. Les principes dégagés par la Déclaration universelle ont un caractère de standard à l'énoncé volontairement vague pour être reçu dans toutes les cultures, comme s'il était possible de forger une protection des valeurs au-delà de tout phénomène culturel.

Le droit de la famille, plus que tout autre domaine du droit civil, est le reflet de la culture et des mœurs d'une société donnée. Il a pu être considéré comme « le dernier bastion » des particularismes nationaux, tout du moins tant que la famille n'existait qu'en tant que groupe et pas encore, comme c'est le cas aujourd'hui, en tant que somme des individualités qui la composent. En fait, l'individualisme a fait entrer les droits de l'homme dans la famille et dans le droit qui l'encadre. Il a fait sauter l'un des verrous de la porte derrière laquelle se plaçait ce « *droit réfractaire à toute internationalisation* »²²⁸.

Les droits de l'homme, adoptés à l'échelle internationale, ne pouvaient qu'inspirer la transformation des droits nationaux. Leur affirmation a sans nul doute contribué à la pénétration de la notion de dignité de la personne et de respect universel des individualités dans les relations familiales. Les droits de l'homme, surtout la liberté et l'égalité, sont même devenus l'un des moteurs du droit de la famille²²⁹.

En France, ils ont, par exemple, eu un impact direct sur le droit de la famille avec la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant²³⁰.

Ils sont aussi à l'origine, en Grande-Bretagne, de la suppression dans les droits anglais, gallois et écossais d'une interdiction au mariage²³¹ consécutive à la

²²⁸ P. Malaurie et H. Fulchiron « *La famille* », Defrenois, 4^{ème} édition, 2011, p.55

²²⁹ Kiteri Garcia « Le droit civil européen : Nouveau concept, nouvelle matière », 1^{ère} édition, 2008, Editions Larcier, p.36.

²³⁰ Le législateur a adapté les textes du code civil aux mœurs et a rendu le droit français conforme aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, texte ratifié par la France. La loi n°93-22 du 8 janvier 1993, dans le prolongement de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 (loi Malhuret), posait notamment un principe d'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale. Pour rappel, la loi du 4 juin 1970 a supprimé la puissance paternelle et institué l'autorité parentale qui est exercée, dans les couples mariés, par les deux parents. En cas de divorce, la garde est toujours attribuée à l'époux « innocent ». La loi du 22 juillet 1987 a rendu possible l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les couples divorcés, sur décision du juge, et dans les couples non mariés, sur déclaration conjointe devant le juge des tutelles. La notion de garde de l'enfant est alors abandonnée. En cas d'autorité parentale conjointe, le juge fixe chez l'un des parents la résidence habituelle de l'enfant. Enfin la loi du 8 janvier 1993 a consacré le principe de la coparentalité dans la famille naturelle et dans le cadre du divorce. Textes de lois consultables sur www.legifrance.gouv.fr

²³¹ En Angleterre et au Pays de Galles, la loi relative au mariage de 1949 a été modifiée de manière à supprimer la prohibition du mariage entre beaux-pères et belles-filles. Cette modification a été

condamnation du Royaume-Uni²³² pour violation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme dont les législations empêchaient le mariage entre un beau-père et sa belle-fille si leurs ex-conjoints respectifs n'étaient pas décédés (même si la simple volonté d'éviter ou de ne pas encourager l'augmentation des disparitions inexplicables et soudaines de personnes divorcées aurait pu suffire à inciter le législateur britannique à modifier la loi²³³).

La France pourrait un jour être condamnée sur le même fondement puisque sa législation interdit ce type d'union. En effet, l'article 161 du Code civil précise que « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et alliés dans la même ligne* ». La Cour de cassation²³⁴ a néanmoins censuré la décision de la Cour d'Appel qui avait prononcé la nullité du mariage d'un beau-père avec son ex-belle-fille, divorcée de son fils. Sans remettre en cause la prohibition prévue à l'article 161 du Code civil, elle estime que l'annulation du mariage serait, à l'égard de l'ex-belle-fille, « *une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée et familiale* ». La finalité de l'article 161 est de protéger la famille. La Cour de cassation le rappelle d'ailleurs fort bien en affirmant qu'il « *se justifie en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, que cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux...* ».

Le mariage d'une femme avec son ex-beau-père ne fait l'objet d'aucune interdiction dès lors que la première ou la deuxième union se passe dans le cadre d'un concubinage, alors que la famille est bien constituée, qu'il y ait mariage ou non.

apportée en application de l'article 10 du Human Rights Act 1998, par une ordonnance entrée en vigueur le 1er mars 2007 ; en Ecosse, la loi relative à la famille (Family Law Act 2006) qui amende le Marriage Act de 1997, est entrée en vigueur le 4 mai 2006 ; en Irlande du Nord, une ordonnance supprimant cette prohibition a été adoptée par le Privy Council le 19 juillet 2006. Lire le bulletin d'information sur les droits de l'homme n° 83 mars-juin 2011 p.86

²³² CEDH, *B.L. c/ Royaume-Uni*, req. n° 36536/02, 13 septembre 2005 ; *Dr. fam*, 2005, comm. n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *JC. G.* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; D.2006, pan. p. 1418, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

²³³ Il suffit de se souvenir des méthodes expéditives, mais néanmoins efficaces, d'Henri VIII pour écarter tout empêchement à ses remariages successifs.

²³⁴ Cass. 1^{ère} civ, 4 décembre 2013, n°12-26066, n°1389, Petites affiches, 7 février 2014, p. 9, note J.-M. Hisquin.

Il n'est pas impossible que la Cour de cassation ait envisagé une action de l'épouse devant la Cour européenne qui aurait pu, comme ce fut le cas en 2005 dans l'affaire B. et L. c/Royaume - Uni, non seulement revenir sur l'annulation du mariage mais également remettre en question l'empêchement en tant que tel sur le fondement du droit au mariage reconnu par l'article 12 de la CESDH.

Cette décision confirme l'impact des droits de l'homme qui, par l'intermédiaire des juridictions et du droit européen, étendent peu à peu, directement ou indirectement, leur influence sur les droits nationaux de la famille.

§ 2. VERS UNE REDÉFINITION DE LA FAMILLE

221. La DUDH protège toute personne contre les « immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance » ainsi que contre les « atteintes à son honneur et à sa réputation » (art.12). La famille est reconnue et protégée en tant qu'« unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants » (préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)). La protection ne vise pas le couple mais la famille qui « a droit à la protection de la société et de l'État » (art. 16§3 de la DUDH et 23§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) « aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge » (art. 10§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

Cette protection de droits individuels n'est pas sans incidence sur la compréhension juridique de la famille car elle laisse place à l'émergence d'un droit à la reconnaissance sociale des relations affectives et au mariage, conçue comme valeur autonome, comme une liberté individuelle indépendante de sa finalité sociale qu'est la fondation et la protection de la famille.

Les questions liées à l'inceste, la polygamie, les empêchements au mariage, les nouvelles formes de parenté (multi-parenté, homo-parenté) ou l'établissement de la filiation sont désormais abordées sous l'angle de la protection, à titre individuel, de sa vie privée et familiale. La première étape à franchir consiste alors à faire qualifier de famille une situation qui, il y a encore quelques années, ne l'était pas.

C'est ainsi que, contrairement aux intentions initiales des rédacteurs des déclarations et conventions relatives aux droits de l'homme, ces derniers sont invoqués pour protéger les familles contre l'État mais ils ont confié à l'État le

pouvoir de définir la famille. En cela, ils servent de « guide » et d'outil aux juridictions et législateurs nationaux.

Le droit se voit ainsi soumis à l'obligation de redéfinir la réalité familiale.

La famille, et même le sexe (puisque l'on parle désormais de genre), ne sont plus des réalités tangibles sur lesquelles le droit peut se fonder avec stabilité, mais des « notions » relatives et dynamiques définies par un droit devenu lui aussi relatif et dynamique.

Il s'agit bien là d'un détournement contemporain de la théorie des droits de l'homme qui est devenue aujourd'hui un instrument privilégié de mise en œuvre de l'individualisme qui, par un curieux paradoxe, renforce l'emprise de l'État sur les individus en échange de la promesse d'une plus grande liberté.

§ 3. LE DROIT DE LA FAMILLE DANS TOUS SES ÉTATS : MONDIALISATION, UNIVERSALISATION ET INTERNATIONALISATION DU DROIT

222. La mondialisation ²³⁵ est le plus souvent présentée sous ses aspects financiers et économiques qui ne sont qu'une des incidences du phénomène dans tous les domaines de la vie sociale. Notre appréhension du monde n'est plus « locale » mais à l'échelle continentale ou planétaire. Les distances seraient réduites au point que le monde serait devenu un « *village global* »²³⁶. Reste que cette vision mondiale des sociétés humaines n'a pas aboli pas la notion de territoire. Elle l'a intériorisé en polarité culturelle. Les distances physiques, rendues effectivement insignifiantes par les moyens de transport et de communication, sont remplacées par des distances culturelles, des éloignements fondés sur les valeurs sociétales.

L'organisation de l'activité humaine s'est modifiée au fil des mutations technologiques, économiques, scientifiques, démographiques, sociologiques et a donné naissance à de nouvelles formes de relations familiales qui ont montré leur aptitude à la flexibilité et à l'adaptabilité aux conditions de vie de l'époque. De nouveaux moyens de communication (télévision, Internet) ont permis de diffuser, ou tout du moins de faire connaître, de nouveaux systèmes de valeur. Cette mondialisation peut être vécue comme une chance, celle de pouvoir

²³⁵ Le terme de « mondialisation » est utilisé dans le sens de processus d'uniformisation du contenu des normes juridiques et de généralisation de leur application dans le monde.

²³⁶ Selon l'expression du sociologue canadien Marshall MacLuhan, *War and Peace in the Global Village*, 1968 rapportée par Gaylor Rabu « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique* 3/2008 (t. XXII, 3), p. 335-356.

exporter ses propres valeurs. Elle porte aussi en elle la déstructuration des sociétés et peut constituer une menace pour les particularismes nationaux.

La mondialisation sera bénéfique si elle n'est pas menée unilatéralement et si elle ne se transforme pas en homogénéisation des sociétés. Elle ne doit donc pas être, comme l'a exprimé Madame Viviane Forrester, « *une dictature sans dictateur* ». ²³⁷ La mondialisation du droit a trouvé sa limite dans la possibilité de chaque Etat de protéger sa culture. La culture doit rester diversifiée comme le sont les sociétés et le Droit doit garder son rôle de protecteur d'une identité culturelle.

Vraisemblablement inévitable, elle suscite autant de crainte que d'espoir en s'imposant comme une nouvelle étape dans l'histoire de l'humanité. Elle est aussi le fruit de « l'intrusion » des instances internationales. L'O.N.U. ou les ONG ont ainsi pu faire pression sur tout le globe pour sécuriser les catégories sociales les plus faibles ou les plus défavorisées (notamment les femmes et les enfants) indépendamment des contextes culturels et politiques particuliers. Dans ces hypothèses, la mondialisation s'avère positive tant dans la méthode que dans ses objectifs.

223. Le phénomène de la mondialisation n'est pas étranger au droit puisqu'aucune société n'a bâti ses normes en totale autonomie. Certaines sociétés n'ont d'ailleurs même pas estimé que le Droit était une nécessité pour l'organisation et la gestion des relations sociales. Pour certaines civilisations, il n'est bon « *que pour les barbares* » ²³⁸.

La conception même du droit n'est donc pas universellement reconnue. Il n'en demeure pas moins que, pour la plupart des sociétés, le droit est l'une des assises de l'État qui consacre la notion d'État de droit qui fonde, elle-même, l'idée de démocratie partagée par les « démocraties occidentales » modèle de vérité universelle s'imposant à tous ²³⁹.

²³⁷ Viviane Forester, *Une étrange dictature*, Fayard, 2000. La critique de l'auteur concernait les aspects financiers et économiques de la mondialisation mais tous les domaines étant interdépendants les uns des autres, les critiques pour l'un, s'appliquent aux autres.

²³⁸ Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11ème éd., Dalloz, Paris, 2002, p.31. La Chine traditionnelle ne connaissait du Droit que le droit-sanction qui ne concernait que ceux qui n'avaient pas compris qu'être civilisé, c'est se comporter moralement, par la recherche de l'équilibre dans la conciliation, par le maintien de l'harmonie et la sauvegarde de l'honneur.

²³⁹ Les anthropologues considèrent que l'observation des normes instituées et vécues par les groupes sociaux est le seul moyen disponible pour caractériser la spécificité d'un groupe par rapport à l'autre. Le Droit est donc un élément de spécificité culturelle. Lire N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris 1991, Sciences humaines, Editions Odile Jacob.

La légitimité du droit est parfois trouvée dans le Sacré. Si le travail du législateur consiste à accomplir une mission « supervisée » et voulue par Dieu, la loi est l'expression de la volonté divine et ne peut être qu'universelle.

Elaborer un droit c'est surtout faire prendre conscience aux individus, qui y sont soumis, qu'ils forment un groupe, une nation, dont les membres disposent des mêmes droits. L'internationalisation des rapports de droit a amené l'ouverture du droit à d'autres groupes et à d'autres situations.

L'ouverture à d'autres groupes se passe de trois façons possibles : soit le droit de l'un s'impose à l'autre (colonisation), soit aucun des droits nationaux ne subsiste au profit de la création d'un droit unifié, soit de nouvelles règles permettent la coexistence harmonisée de plusieurs systèmes normatifs.

L'internationalisation du droit des personnes s'est plutôt orientée vers une harmonisation, une évolution plus ou moins consentie vers un point convergent, une « *évolution par l'harmonisation* » ainsi que l'appelait le Professeur Rieg²⁴⁰.

La première cause de l'internationalisation du droit vient, bien évidemment, de l'internationalisation des situations à laquelle répond un règlement (règlement de l'Union européenne par exemple) ou le droit international privé des pays concernés et donc un droit national avec des règles de conflit de lois. L'internationalisation du droit des personnes se traduit ainsi par l'internationalisation du droit international privé qui estompe les différences entre les droits nationaux.

Mais l'harmonisation des règles de conflit aboutit quand même à l'application d'un droit national, adapté ou pas à la situation, sauf à appliquer directement un droit conventionnel qui se substitue au droit interne et à ses règles de conflit (par exemple, convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale).

Enfin, l'internationalisation du droit des personnes est également née d'un autre facteur : celui de l'internationalisation des droits fondamentaux qui s'est concrétisée par leur consécration dans les instruments juridiques internationaux (DUDH) et régionaux (CESDH) et qui a créé une harmonisation des conceptions de la vie en société.

Le point de vue des justiciables est plus « terre à terre » : les déplacements ne devraient pas avoir d'incidence sur la conception qu'ils se font de la famille, ce que permet aujourd'hui la possibilité offerte par le biais du choix de la loi

²⁴⁰ A. Rieg, « L'harmonisation du droit de la famille, Mythe ou réalité », Mélanges Von Overbeck, 1990, Fribourg, Editions universitaires p.486 et suiv.

applicable, de faire circuler avec eux leurs spécificités culturelles et leur idée de la famille.

Section 3- LA FAMILLE-VALEUR ESSENTIELLE

224. La présence sur le sol français de populations de cultures différentes place le législateur français devant des modèles familiaux bien différents du nôtre, ou des nôtres puisqu'il n'y a plus de modèle interne unique. Peut-on prétendre imposer une conception unique de la famille alors même que s'opposent des conceptions nationales fondamentalement différentes les unes des autres sur certains aspects de la famille ? C'est pourtant par rapport à une norme interne que sera acceptée sur le territoire français une organisation ou une relation familiale « venue d'ailleurs ». Doit-on tout accepter ? Doit-on refuser un modèle sous prétexte qu'il est différent ? Le retour à un fondement juridique de la société peut donner une piste de réflexion.

En effet, la famille n'est pas défendue pour ce qu'elle est mais parce qu'elle est une valeur de la société française.

Nous avons vu que la famille est une institution qui a subi beaucoup de transformations et qui en subira vraisemblablement beaucoup encore.

Les mutations qui nous entourent inquiètent et la famille, paraît-il, rassure. Elle reste décriée mais de façon moins vindicative que par la génération post-mai 1968.

La famille n'a pas de valeur en tant que telle. Cependant, elle reste l'une des charpentes de l'édifice social et le soutien de l'ordre social à travers les fonctions qu'elle a coutume d'assumer. Aussi la place et surtout le rôle de la famille dans la société représentent-ils une valeur. Mais quelle valeur ? Une valeur pieuse, une valeur refuge, une valeur de gauche ou de droite, une valeur centrale de la société, une valeur sûre...

On sait que le rôle de la famille dans la société actuelle a évolué. Elle n'est plus un socle intangible fondateur de la société et de chaque individu mais parfois un simple passage. Elle est un cadre qui balise la vie de chacun des membres.

Le fait qu'elle ait trouvé sa place, sous différentes formes, dans toutes les civilisations et qu'elle s'inscrive dans le temps prouve qu'elle répond à un besoin humain. Mais dans quelle mesure l'épreuve du temps est-elle un critère de valeur ?

Le terme de « valeur » n'est pas univoque et mérite que l'on s'y arrête.

Nous pouvons dire d'une chose qu'elle a de la valeur ou qu'elle est une valeur. Dans le premier cas, nous entendons qu'elle peut servir à satisfaire nos besoins. Elle les assouvit par le fait même d'exister.

Mais lorsque nous disons d'une chose qu'elle est une valeur, l'acception est alors totalement différente (et échappe à la marchandisation). Nous comprenons alors que cette chose mérite d'être suivie comme un principe. Il s'agit alors d'un idéal (comme la liberté), d'une norme (l'égalité ou la justice) ou bien d'une institution.²⁴¹

Une valeur est une manière d'être ou de faire qu'une personne, un groupe de personnes, une nation reconnaît comme importante voire essentielle. Les comportements et les décisions prises par ceux qui partagent ces valeurs sont donc influencés elles qui sont le fruit d'une civilisation et d'une époque.

Considérer un acte, un comportement ou une institution comme une valeur n'est pas neutre puisque cela sous-entend que l'on s'attachera à la protéger et à la défendre. Cela sous-entend que l'on n'ignore pas que la notion de valeur suppose d'être partagée, on sait aussi qu'elle est relative et personnelle. Reconnaître une valeur, c'est reconnaître un principe censé guider nos actions et qui permet de juger l'action ou le comportement des autres comme contraire à la morale, aux mœurs ou aux normes.

225. Pour beaucoup, toutes les valeurs s'équivalent. « *Si toutes les valeurs se valent, le cannibalisme est affaire de goût* » écrivait le philosophe Léo Strauss²⁴². Suffirait-il d'une unanimité pour qu'un comportement ou une institution soit qualifié de valeur ? Ce qui est unanimement accepté dans un pays est rejeté dans un autre. Ce qui est inacceptable un temps devient habituel et banal quelques temps plus tard car non seulement les valeurs changent mais elles changent parfois vite.

À l'intérieur d'une même société, de nombreux codes moraux cohabitent avec plus ou moins de bonheur. La gestation pour autrui est parfois encadrée par la loi, parfois elle est intolérable (la France n'admet pas le don de gestation). Le droit à l'avortement est défendu dans un pays avec la même ferveur qu'il est voué aux gémonies par d'autres. La fidélité est prônée par certains alors que d'autres défendent, avec la même force, la liberté et le refus d'exclusivité

²⁴¹ C'est-à-dire une structure sociale (ou un système de relations sociales) stable dans le temps. D'un point de vue sociologique, une institution est un ensemble des faits sociaux organisés qui se transmettent et s'imposent aux autres (l'Etat, l'Eglise, le mariage). Lire V. Tournay *Sociologie des institutions*, 2011, PUF.

²⁴² Cité dans « *L'Amérique messianique* » Daniel Vernet, Seuil, 2004.

sentimentale. Le mariage homosexuel est souhaité par certains avec la même intensité que certains pays emploient à punir l'homosexualité.

Le sens des valeurs familiales a-t-il changé ? Oui sans aucun doute. Par exemple, auparavant quand un homme se mariait, on pensait que c'était définitif, et que, quoi qu'il arrive, il resterait lié par le joug conjugal pour le bien de la famille. Ce n'est plus le cas car la protection de son bonheur et son équilibre individuel n'a aujourd'hui pas moins de valeur que la protection de la famille qu'il avait créée. Il n'y a donc pas moins de valeurs mais d'autres valeurs (dévouement familial, monoparentalité). Seule une évolution du droit aussi rapide que celle qui affecte les valeurs de la société évitera un vieillissement du droit et la création d'un vrai problème générationnel.

Il y a pourtant des valeurs communes sur lesquelles se fonde une société, comme le respect des droits de la personne, l'égalité ou la tolérance qui fédèrent une diversité foncière. Elles ne peuvent pas être définies et reconnues uniformément et doivent donc être analysées sous différents regards.

§ 1. LE POINT DE VUE DU « SONDEUR »

226. Une enquête²⁴³ ayant pour thème « les valeurs des Français » menée en 2008 auprès de plus de 3000 personnes, montre qu'il existe un consensus de la population concernant une forte valorisation de la famille.

Au palmarès de ces valeurs, la famille arrive largement en tête, avec 87 % de personnes interrogées qui la considèrent comme très importante et 10 % qui la jugent assez importante, des chiffres comparables à ceux de deux précédentes études réalisées en 1999 et en 1990.

Les Français sont toujours et durablement attachés à la famille mais nous l'avons vu, ils ne sont pas attachés à une forme familiale unique. La stabilité de la valeur famille ne cache pas la tolérance puis l'acceptation des nouvelles structures familiales : homoparentales, recomposées, monoparentales... En découle l'obligation pour les institutions françaises d'être particulièrement attentives aux structures et aux comportements familiaux.

La famille a évolué mais l'attachement des Français à cette structure est constant.

²⁴³ P.Bréchon et J.-F.Tchernia, *La France à travers ses valeurs* », Armand Colin, Coll.Hors collection, 2002.

La valeur-famille est également plébiscitée par les Européens, et plus généralement dans le monde occidental.

Notons que la deuxième place du palmarès des valeurs revient au travail. La patrie ne figure pas dans les valeurs retenues par les Français (sans doute, le fait de mêler la Famille, la Patrie et le Travail rappellerait-il de bien mauvais souvenirs !)²⁴⁴.

§ 2. LE POINT DE VUE D'UN ETHNOLOGUE

227. Claude Lévi-Strauss a particulièrement éclairé l'importance de la famille dans les sociétés²⁴⁵. La famille et la parenté sont organisées dans toutes les sociétés de manière à permettre l'échange et la réciprocité. Ce sont des structures qui formalisent les relations au sein d'une société. Il n'y a pas d'institution ou de forme de la vie sociale qui soit limitée à l'instinct biologique. Dès lors, pour Lévi-Strauss, le groupe familial tire son origine de l'organisation sociale qui a pour unité de base la famille.

C'est la prohibition de l'inceste, élément biologique, qui oblige à trouver des partenaires en dehors de sa famille et donc qui implique la création d'échanges, non seulement un échange de personnes mais un échange plus global d'ordre économique, politique, religieux, artistique, scientifique.

Différentes règles sont imposées et leur contenu varie en fonction de l'objectif poursuivi par la société.

1-L'exogamie qui est l'expression élargie de la prohibition de l'inceste. Elle favorise les échanges sociaux entre groupes en obligeant un individu à trouver son conjoint à l'extérieur de son propre groupe social (village, famille, clan, tribu). Cette règle renforce la cohésion sociale.

2- A l'inverse, on peut obliger un individu à trouver son conjoint à l'intérieur de son propre groupe social (aristocratie, groupes religieux, castes) : c'est alors la règle de l'endogamie.

3- Enfin, pour faciliter la transmission d'un patrimoine ou pour le rendre plus important, on peut même recourir aux « mariages arrangés » grâce auxquels les parents atteignent leurs propres objectifs économiques ou sociaux.

²⁴⁴ Pourcentage des réponses principales pour les enquêtes de 1990, 1999 et 2008. S
Source : ARVAL, (Association pour la recherche sur les systèmes de valeur).

²⁴⁵ Cl. Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*. Paris, PUF (rééd., 1967, Paris-La Haye, Mouton), 1949.

Les «structures élémentaires de la parenté» reflètent alors les structures générales du fonctionnement d'une société. L'étude des structures familiales est donc l'élément essentiel de l'étude et de la compréhension de la société (ce qui ne signifie pas que la société est fondée sur la famille).

Les relations familiales en général, et le mariage en particulier, ne sont donc pas une affaire privée. La famille n'existe que parce qu'une société existe.

228. Actuellement, à l'échelle planétaire, on observe un grand nombre de mutations sociales au sein des sociétés contemporaines. Par rapport à l'institution familiale, on peut retenir l'augmentation des divorces, le déclin des mariages qu'ils soient religieux ou civils, l'individualisation des liens sociaux, l'apparition des mères porteuses et de diverses techniques de fécondation artificielle. Ces mutations se traduisent par une variété de groupes familiaux : familles monoparentales, composées ou recomposées...

La fonction sociale de la famille est évidente.

Cette conception de la famille conjuguée à l'émergence des nouveaux phénomènes sociaux qui redéfinissent constamment sa composition en font une réalité qui impose de considérer la famille comme une valeur privée à incidences publiques.

Que l'on partage ou non l'approche et les réponses de Levi-Strauss, on ne peut que reconnaître qu'il a posé les bonnes questions. En tout premier lieu, il rappelle que ce qui se passe là-bas n'est pas foncièrement différent de ce qui se passe ici et qu'en conséquence, les règles qui régissent l'organisation de la famille sont primordiales car elles sont le reflet de la société dans laquelle elles existent.

§ 3. LE POINT DE VUE DU PHILOSOPHE

229. Pour le philosophe²⁴⁶, une valeur est « *un concept que l'on croit vrai* »²⁴⁷. L'homme est multiple et évolutif. Ce qui vaut pour un homme varie selon les époques, les civilisations, les pays, les couches sociales, et selon les individus. Cette diversité et cette multiplicité imposent de relativiser les valeurs. Les valeurs de Justice, d'Égalité, de Paix... ne sont pas suivies par tous les hommes. Elles ne sont donc pas établies en fonction d'un absolu qui les rendrait vraies aux yeux de tous.

²⁴⁶ Lire notamment R. Boudon, *Le sens des valeurs*, P.U.F., 1999, spec p.7et p.21 ; R. Ogien, & Ch. Tappolet, *Les concepts de l'éthique, Faut-il être conséquentialiste ?*, Hermann, 2008., p. 37-44 ;

²⁴⁷ A.Comte –Sponville, *Valeurs et Vérités Etudes cyniques*, P.U.F., 1994

Cependant, d'un point de vue théorique et objectif, selon les sciences humaines, toutes les civilisations se valent justement parce qu'elles n'ont pas de valeurs en tant que telles. Mais si toutes les civilisations se valent, il nous faudrait admettre que celle qui défend l'égalité des êtres humains et leur dignité équivaut à celle qui les bafoue.

Aujourd'hui, il devient difficile de comparer des civilisations car les interactions entre elles sont de plus en plus nombreuses. Les conflits ne seront plus entre civilisations mais entre une « culture mondiale », fondée notamment sur la laïcité et la démocratie, et ceux qui s'y opposent, peu importe l'endroit où ils se trouvent.

Une valeur ne peut pas être universelle puisqu'elle n'est pas adoptée par tous les hommes. Certains défendent d'ailleurs parfois des valeurs opposées. Elle ne peut donc pas être objective.

C'est l'homme qui est à l'origine des valeurs. N'étant pas universelle mais relative, une valeur ne devrait pas être reconnue par tous. Une valeur ne s'impose pas d'elle-même mais son existence ne doit pas être niée. Le relativisme ne doit pas se confondre avec le nihilisme.

On passe alors de l'universel à l'individuel. Tout au plus, peut-on déplorer que ce que la valeur que l'on accorde à la famille ne soit pas partagée par tous. Mais cette institution, telle qu'elle est conçue par un groupe donné, doit quand même être défendue. Même si l'on accepte que ses valeurs ne soient pas infaillibles et absolues, il n'est pas concevable de ne pas s'y attacher. Si nous ne défendons pas nos valeurs, elles s'écrouleront et laisseront place à d'autres valeurs (parfois venues d'ailleurs).

§ 4. LE POINT DE VUE DU SOCIOLOGUE

230. Les sociologues s'intéressent aux questions du « vivre ensemble » dans une société comme la notre qui repose sur le respect, par tous, de règles communes, lesquelles règles reposent sur des valeurs et des consensus.

Ces valeurs constituent un tronc commun susceptible d'évoluer.

Il existe deux modèles de sociétés.

1) Le multiculturalisme (ou pluriculturalisme) qui voit l'individu comme le membre d'une communauté caractérisée par une culture, une religion et une origine. L'équivalence des systèmes de pensée est affirmée et justifie la différenciation des droits. L'harmonie est maintenue par des accommodements (raisonnables au Canada) et mise sur l'espoir que les pays qui la connaissent

seront culturellement homogènes. Ce système présente l'avantage de ne pas nécessairement imposer de valeurs et de répondre favorablement à un droit à la différence. Il va cependant à l'encontre d'un projet d'une société conçue comme un ensemble cohérent. Le droit à la différence prime sur la participation à un modèle commun. L'unité nationale et la cohésion sociale sont recherchées par le biais d'une prise en compte de la diversité qui, poussée à son paroxysme, pourrait aboutir à un affrontement des différences.

Il s'ensuit une accentuation des différences identitaires menant, in fine, au communautarisme, à une forme de « babélisation » du vivre ensemble²⁴⁸. Les différences culturelles ne concernent pas que l'ethnicité et les revendications se fondent de plus en plus sur des particularismes de mœurs (préférences sexuelles, polygamie, émancipation...).

Le multiculturalisme avance l'idée sans une protection de la loi, les cultures minoritaires sont discriminées. Il incombe donc au droit de bâtir une société multiculturelle. Les identités culturelles sont toujours tolérées et parfois même publiquement reconnues et institutionnalisées. La tradition anglo-saxonne accorde ainsi une place centrale au pluralisme social, culturel et politique. Le pluralisme suppose la cohabitation d'une mosaïque culturelle, voire un mélange culturel. Il est intéressant de constater que les Etats-Unis comptent seulement 7% de mariages mixtes (interraciaux) alors que ces mêmes unions représentent un quart des unions françaises qui naissent dans une société interculturelle.

Le Canada, les Etats-Unis, la Colombie ou le Paraguay ont des constitutions multiculturelles. Le pays qui va « le plus loin » dans ce domaine est sans doute l'Afrique du Sud qui n'a pas cherché à aplanir les différences culturelles de ses citoyens mais qui les a toutes placées sur un pied d'égalité. Les régimes juridiques traditionnels continuent de s'appliquer parallèlement au système juridique occidental moderne

L'Afrique du Sud a dû cesser de diviser sa population dans des compartiments ethniques distincts. L'apartheid a constitué la tentative de séparation ethnique la plus résolue et la plus systématique jamais entreprise. Aujourd'hui, la diversité trouve sa place jusque dans les tribunaux qui appliquent un droit différent selon l'appartenance culturelle de la personne sud-africaine concernée.

2) L'interculturalisme, à l'opposé du modèle précédent, fait prévaloir l'individu sur ses attaches culturelles, ethniques, philosophiques ou religieuses : les droits

²⁴⁸ Expression utilisée dans le texte de projet de loi déposé par M. Daniel Bacquelaine devant la chambre des représentants de Belgique le 28 septembre 2010 et visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage. L'intégralité du texte peut être consultée sur le site Internet de la Chambre des représentants de Belgique : <http://www.lachambre.be>

et les devoirs du citoyen ne sont pas fonction de ses affinités ni de ses origines ethniques. Les individus doivent se couler dans un moule.

Ce modèle postule également qu'une société ne peut se construire et favoriser au mieux l'intégration de tous que si les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales, tels le droit à la vie, la liberté de conscience, la démocratie, l'égalité de l'homme et de la femme ou encore la séparation des Églises et de l'État.

Ces valeurs considérées comme étant universelles ne sont pas l'apanage d'une culture ou d'une époque. Au contraire, elles s'imposent à tout Etat qui ambitionne l'émancipation de l'ensemble de ses membres. En France, la tradition jacobine et républicaine tend officiellement à refouler les particularismes culturels dans la vie privée et leur refuse toute reconnaissance dans l'espace public. Ce modèle ne postule pas l'indifférence de l'État à l'égard de la diversité des cultures. Au contraire, cette diversité sera valorisée par l'Etat pour autant que ces cultures s'inscrivent dans le respect des valeurs fondamentales.

§ 5. LE POINT DE VUE D'UN JURISTE

231. Les valeurs ont une place dans le monde du droit mais le plus important est de s'arrêter sur le rôle du droit dans l'émergence d'une « *communauté mondiale des valeurs* »²⁴⁹.

Les valeurs supposent pour exister d'être partagées « en commun ».

Il faudrait donc concevoir une communauté de valeurs qui trouverait sa place dans la diversité des cultures.

Cette communauté de valeurs ne doit pas être le fruit d'une communauté mais bien d'une société, condition pour que soient mises en œuvre des normes juridiques pour les garantir. Si le droit ne crée pas de valeur, c'est bien lui qui les nomme. En les nommant il en devient le révélateur et se place en protecteur de cette valeur.

C'est également le droit qui « norme » les valeurs. En les « normant » il guide et juge les conduites humaines et en les ordonnant (car leur nombre et leur caractère bien souvent antinomique) il leur donne une cohérence d'ensemble.

²⁴⁹ Selon l'expression retenue par Mireille Delmas-Marty lors de sa Conférence du 7 juillet 2008 à l'Institut de France. Texte de sa communication sur le site de l'Académie des sciences morales et politiques.

232. L'ordre juridique est hiérarchique et la hiérarchie est une question de choix.

Le choix des valeurs et leur place dans une hiérarchie ne font pas l'objet d'un débat mondial. De même, leur mise en œuvre et leur garantie dépend du bon vouloir de chaque nation.

Une pluralité des échelles des valeurs est donc inévitable au plan international. En matière des droits de l'homme, l'idée même de hiérarchie contrarie puisqu'ils ont été proclamés avec la même force dans une Déclaration commune. Il n'y a pas de valeur-étalon. Leur caractère indivisible rendrait également une hiérarchie inutile.

Ces différents « points de vue » n'ont pas pour autre but que de montrer que la notion de valeur n'a pas de contours précis. Les points de vue qui convergent ou qui s'affrontent pour approcher la notion de valeur sont tous aussi importants les uns que les autres. Il est dès lors difficile de cerner les différents moyens de la protéger, les protections demandées par les uns pouvant se révéler contraires aux intérêts des autres.

Pour conclure, retenons que les valeurs que la société entend défendre vise les relations à l'intérieur des catégories anthropologiques les plus élémentaires avec lesquelles nous pensons : la filiation, la sexualité, la famille, l'état, les contrats, les accords. Pour ce faire, chaque société utilise le droit non comme un discours mais comme un dispositif autonome ayant une forme action propre active et protectrice qui, au besoin, peut écarter des règles « normalement » applicables.

A cet effet, elle se réfère aujourd'hui, non plus à « *l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »²⁵⁰ mais aux « *principes essentiels du droit français* »²⁵¹ et exclut l'intrusion de valeurs inacceptables.

L'enjeu est alors d'appliquer ou d'exclure un ensemble de valeurs non délimité à des relations familiales elles-mêmes fluctuantes.

Le concept de valeurs regroupées sous la notion d'ordre public est d'autant plus difficile à appréhender que chaque pays a son propre ordre public. Non seulement il est propre à chaque Etat, mais il est aussi progressivement modifié

²⁵⁰ Cass., civ 1^{ère}, *Lautour*, 25 mai 1948 ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2006, n° 19, p. 168 ; *RCDIP* 1949, p. 89, note *Batiffol* ; *D.* 1948, p. 357, note *P. L.-P.* ; *S.* 1949, 1, p. 21, note *Niboyet* ; *JCP G* 1948, II, 4532, note *Vasseur* ; *GAFDIP*, n°19.

²⁵¹ Déclaration du 10 décembre 1948

en fonction de l'évolution de la société, « *au gré des évolutions du droit interne et des humeurs du juge* »²⁵².

²⁵² J. Foyer « *Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde* », Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde », 2005, Dalloz-Sirey, p.286

TITRE 2 : L'INFLUENCE EUROPÉENNE

233. Le Code Civil structure sans aucun doute les relations au sein des familles françaises. « Code d'un pouvoir impérial, il est devenu le code d'une démocratie. Code d'une nation souveraine, il est désormais imprégné de droit européen »²⁵³. Cela témoigne de l'adaptation du droit français à l'évolution de la société contemporaine et de l'intégration des influences extérieures au premier rang desquelles se trouve l'Europe.

L'influence européenne a suscité des oppositions comme celles du Doyen Carbonnier qui considérait le droit communautaire « *comme l'un de ces droits venus d'ailleurs qui portent à notre droit un intérêt possessif. A la vérité, ces droits sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire : ils ont surgi d'abstraction* »²⁵⁴ et affirmait « *J'ai entendu en ce siècle trois explosions...La grande guerre ;...une seconde guerre...grande encore, et mondiale ; ...Mon troisième tremblement de terre s'appelle Europe. C'est un drame, bien qu'il ne soit pas sanglant* »²⁵⁵.

Le « tremblement de terre » annoncé n'a, semble-t-il, pas causé beaucoup de dégâts. Au contraire, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (UE)²⁵⁶ ont une tradition de coopération qui repose sur leurs valeurs partagées parmi les lesquelles on trouve la protection des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit. Aujourd'hui, l'évolution de notre droit, de notre droit de la famille notamment, est faite d'influences croisées. L'Europe exerce une profonde influence sur notre justice et sur notre droit civil.

234. La famille est l'un des enjeux de la construction européenne dans sa dimension humaine comme le montre l'intérêt commun du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne pour la question familiale. Cet intérêt se manifeste notamment dans l'attention particulière qu'ils portent à l'égalité homme-femme,

²⁵³ Extrait du Discours du Garde des Sceaux, Dominique Perben, devant le Conseil de l'Europe, le 25 octobre 2004, à l'occasion du bicentenaire du Code civil français.- Archives consultables sur le site Internet : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2004-10241/>

²⁵⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, paru en 1996, Flammarion 2008 p.47-48.

²⁵⁵ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 5, spéc. p. 10.

²⁵⁶ Le Conseil regroupe 47 Etats membres alors que l'Union européenne n'en compte que 28

aux droits de l'enfant et à la protection de la vie familiale. Ces deux organisations européennes s'attachent à la création d'un espace juridique commun où les personnes circulent librement dans le respect de leurs droits et statuts familiaux. C'est à travers cet objectif commun que les deux ordres juridiques européens supranationaux influencent le droit de la famille alors même que leur texte fondateur²⁵⁷ ne porte pas la trace formelle d'une compétence directe en la matière.

235. Le rôle du Conseil de l'Europe²⁵⁸ dans la protection des droits fondamentaux de la famille s'appuie sur deux textes ayant valeur statutaire²⁵⁹ : il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) et de la Charte sociale européenne. La première contient plusieurs dispositions présentant un lien direct avec la famille telles que notamment le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), le droit de se marier et l'égalité des époux dans le mariage (article 5 du protocole n° 7). Son respect est garanti par la Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH). La Charte sociale européenne complète la protection offerte par la CESDH en ce qui concerne les droits sociaux et économiques. L'article 16 assure la protection sociale, juridique et économique de la famille en général²⁶⁰ et l'article 17²⁶¹ celle des enfants et des adolescents.

²⁵⁷ L'article premier du Statut du Conseil de l'Europe (adopté le 5 mai 1949) précise « *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social. Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

²⁵⁸ Voir F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, éd. Conseil de l'Europe, 2005.

²⁵⁹ Les deux textes ont la même force juridique que les Statuts du Conseil de l'Europe pour l'ensemble des Etats membres (47 en 2015). Leur respect est une condition *sine qua non* à l'adhésion des nouveaux Etats au Conseil de l'Europe.

²⁶⁰ L'article 16 de la Charte sociale européenne dispose : « en vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées. »

²⁶¹ L'article 17 de la Charte sociale européenne dispose : « en vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin,

Le respect de la Charte est soumis au contrôle du Comité européen des droits sociaux (CEDS) saisi selon une procédure de contrôle sur la base de rapports nationaux ou selon une procédure de réclamation collective.

236. L'Union européenne revendique, quant à elle, une orientation avant tout économique et n'a *a priori* pas vocation à intervenir directement en droit de la famille. Cependant, la création de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de justice par le Traité d'Amsterdam a ouvert les ambitions de l'Union européenne à des considérations plus politiques en plaçant le citoyen européen au centre de la construction européenne.

Les intérêts personnels et familiaux de chaque citoyen européen sont pris en considération dans le cadre de leur droit à la libre circulation. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) veille à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁶², mais aussi au respect du droit primaire et dérivé de l'Union européenne.

La jurisprudence de la CJUE et celle de la CEDH sont devenues une source du droit de la famille tout aussi importante que les textes adoptés par les institutions européennes.

237. L'europanisation du droit de la famille suscite des inquiétudes par l'aptitude qu'elle aurait à niveler et uniformiser les cultures et à affaiblir les identités nationales tout en imposant aux peuples et aux États européens des valeurs qui les éloignent quelquefois de leurs propres traditions.

L'europanisation des sources du droit de la famille ne vient pas seulement par le sommet²⁶³. Elle provient également de l'influence des droits nationaux des États membres de l'Union européenne et/ou parties au Conseil de l'Europe.

La famille s'est elle-même europanisée au gré des flux migratoires duquel résulte un brassage des populations et des mœurs familiales. Cette évolution des

notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin ; à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ; à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ; à assurer aux enfant et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire. »

²⁶² Elle comporte notamment des dispositions relatives au respect de la vie privée et familiale (art. 7), au droit de se marier et de fonder une famille (art. 9). Elle affirme le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines (art. 23), et assure la protection juridique, économique et sociale de la famille (art. 33).

²⁶³M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, dans Problèmes de droit des gens », Mélanges offerts à Henri Rolin, A. Pedone, 1965, pp. 488-505, spéc. p. 493.

mœurs, associée à l'intégration croissante des principes fondamentaux de liberté et d'égalité dans le droit de la famille s'est traduite juridiquement par la reconnaissance des nouveaux schémas familiaux notamment liés à la prise en compte de relations familiales de fait. Face à cette réalité, les législateurs nationaux sont désormais plus ouverts aux influences du droit comparé.

Pour analyser la force de l'influence européenne sur le droit de la famille, il convient avant tout de mettre en lumière la conception protéiforme de la famille européenne (Chapitre 1er) avant de percevoir comment, entre méfiance et confiance, cette influence est accueillie par le droit national (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} - L'INDÉFINISSABLE FAMILLE EUROPÉENNE

238. La libre circulation dans l'Union européenne a favorisé le déplacement de citoyens qui franchissent les frontières nationales pour faire des études, se marier, vivre, avoir des enfants, divorcer et mourir. Aujourd'hui, un nombre croissant de couples vivent dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants. Le « Rapport 2010 sur la citoyenneté de l'Union - Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union »²⁶⁴ révèle que « *Sur environ 122 millions de mariages dans l'UE, quelques 16 millions (13 %) présentent une telle dimension transfrontalière. En 2007, sur les 2,4 millions de mariages célébrés dans l'UE, 300 000 couples relevaient de cette catégorie; tel était également le cas pour 140 000 divorces (13 %) sur les 1 040 000 prononcés dans l'UE cette même année* ». « *En outre, 8 500 partenariats enregistrés internationaux étaient dissous par une séparation et 1 266 avaient pris fin par le décès de l'un des partenaires* »²⁶⁵.

La famille étant autant une institution juridique qu'un phénomène social²⁶⁶, les Etats ont cherché à façonner et à orienter les comportements individuels dans le sens des valeurs essentielles communes en agissant sur la famille²⁶⁷.

La famille est « *à la fois phénomène de droit et phénomène de mœurs* »²⁶⁸.

L'évolution du droit de la famille national et international est intimement liée aux évolutions sociologiques, économiques, politiques et scientifiques. Aussi est-il impossible de figer une définition de la famille européenne.

La pénétration des droits fondamentaux, et plus particulièrement des principes de liberté et d'égalité, dans l'organisation familiale, a ouvert la famille à de nouveaux schémas qui convergent pour parvenir à déterminer la morphologie d'une famille réduite au plus petit dénominateur commun.

²⁶⁴ Rapport de la commission européenne du 27.10.2010, COM(2010) 603 final, p.5, consultable sur le site de l'Union européenne: <http://ec.europa.eu>

²⁶⁵ Précision apportée dans la communication de la Commission européenne, « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », COM (2011) 125 final, p.2 : <http://eur-lex.europa.eu>

²⁶⁶ Gérard Cornu, *Droit civil, t.2, La famille*, Montchrestien, 9e éd, 2006, spéc. p. 7.

²⁶⁷ M.-T. Meulders-Klein, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et Société* 23/24, 1993, pp. 163-197, spéc. p. 164.

²⁶⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, [2001], 10^{ème} éd., LG.D.J., 2013, p. 279.

Section 1 - DE LA FAMILLE À LA VIE FAMILIALE

239. Longtemps, le modèle matrimonial traditionnel a tenu à distance les autres formes de conjugalité. Tout se passait comme si les législateurs nationaux avaient fait leur la formule attribuée à Napoléon selon laquelle " *les concubins ignorent la loi; la loi les ignore* ".

Ce fut le cas jusqu'à ce que la réalité sociale et la libre circulation se heurtent à des pratiques discriminatoires. C'est ainsi que furent adoptées, en 2000, les directives anti-discrimination « RACE »²⁶⁹, « EMPLOI »²⁷⁰, suivies, en 2006, de la directive « REFONTE »²⁷¹.

La Directive 2004/38 du 24 avril 2004²⁷², tenant compte de l'évolution des sociétés européennes et de leur législation respective a élargi la morphologie familiale pour y inclure « *le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation de l'État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil* ». Traditionnellement, on admettait que la vie familiale reposait sur la combinaison d'un lien de parenté ou d'alliance et de l'effectivité. Aujourd'hui, l'absence de l'un de ces liens n'empêche pas la protection au nom de la vie familiale.

La jurisprudence européenne ne protège pas la famille comme entité autonome ; elle veille davantage à l'effectivité du droit au respect de la vie familiale. Cet angle d'approche est clairement exprimé dans l'arrêt *Marckx*²⁷³ qui précise que

²⁶⁹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique La directive RACE a pour objet de lutter contre les discriminations raciales ou ethniques ; L'objectif de la directive « EMPLOI » est de combattre les discriminations liées à la religion, aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle dans les domaines de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle. La Directive « Refonte » de 2006 reprend et abroge les précédentes. Elle fixe le cadre de la protection contre les discriminations fondées sur le sexe (notamment dans le domaine de l'emploi et du travail).

²⁷⁰ Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail du 27 novembre 2000, JO UE du 2 décembre 2000.

²⁷¹ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE du 26 juillet 2006

²⁷² Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JOUE du 30 avril 2004.

²⁷³ CEDH 13 juin 1979, *Marcks c. Belgique*, série A, n° 31, Frédéric Sudre et al. *Grands arrêts CEDH*, Paris, PUF, 2005, p. 370.

« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille ».

Les relations familiales de fait, juste fondées sur un lien affectif, sont ainsi désormais prises en compte par les juridictions européennes. La Cour européenne des droits de l'homme englobe dans la vie familiale des « unions », ou « groupements » bien éloignés de la famille traditionnelle. Elle a ainsi reconnu dans l'arrêt X.Y.Z contre Royaume-Uni²⁷⁴ l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne. En l'espèce, le concubin se comportait comme le père de l'enfant et l'existence d'un « lien de parenté *de facto* » suffit à protéger la structure familiale. Le raisonnement pourrait aboutir à la reconnaissance implicite de plusieurs vies familiales pour l'enfant : l'une fondée sur la biologie, une autre sur la parenté juridique et une dernière sur l'effectivité.

240. La reconnaissance d'une vie familiale bénéficie depuis peu aux familles homosexuelles. Jusqu'alors les préférences et orientations sexuelles relevaient de la vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme a ouvert, par l'arrêt *Schalk* du 24 juin 2010, la vie familiale aux couples homosexuels.²⁷⁵ Elle précise en effet, dans le paragraphe 94 de sa décision « *qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation* ».

Il n'est donc pas exclu que cet arrêt favorise la reconnaissance des « familles homoparentales ». Dès lors que le couple de même sexe se comporte comme « des parents », l'effectivité du lien de parenté pourrait suffire à bénéficier d'une protection au nom de la vie familiale.

L'énoncé plutôt lapidaire du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales a fait de cette notion l'un des domaines privilégiés

²⁷⁴ CEDH, 22 avril 1997, *X.Y.Z. c/ Royaume-Uni*, JCP G, 1998, I, 107, n°36, obs. F. Sudre ; D. 1997, jurispr. p. 583, note Sylvain Grataloup ; D. 1997, somm. p. 362, obs. Nathalie Fricero ; Defrénois 1998, art. 36753, p. 311, n° 7, obs. Jacques Massip.

²⁷⁵ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf v. Austria*, n° 30141/04, rejet de la demande de renvoi devant la Grande Chambre le 22 novembre 2010, rendant définitif l'arrêt du 24 juin. Arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 22 juin 2010 : JCP. G. 2010, 1013, obs. H. Fulchiron ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2010, n° 10, Comm. n° 143, note E. Lagarde ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, Etude n° 10, n° 1, obs. A. Gouttenoire.

pour l'interprétation du juge européen. En effet, comme l'a souligné le Professeur Sudre, « *la formulation générale du droit en cause – " le droit au respect de la vie privée et familiale " – et le recours à une notion imprécise – " la vie familiale " »* sont de nature à favoriser « *le développement de la fonction interprétative du juge* »²⁷⁶.

L'absence de définition de la famille dans certaines codifications nationales²⁷⁷ laisse une place à une conception de la famille construite autour de la vie familiale. L'effectivité permet de trouver un consensus sur la composition familiale. Il appartiendra néanmoins aux juges d'en fixer les limites pour que toute vie commune ne soit pas qualifiée de « famille ».

241. La place des enfants dans le droit social communautaire est restée « *pour le moins confuse* »²⁷⁸ parce qu'elle subit les influences et les règles combinées du droit de séjour et des politiques nationales familiales. La place de l'enfant varie, par exemple, en fonction de son âge, de l'union de laquelle il est issu, de son lieu de résidence, de la façon dont est défini « l'enfant à charge »...

Le droit relatif à la libre circulation et au regroupement familial offre aussi, non pas une définition, mais une limitation de la qualification de membre de la famille, seul bénéficiaire de ce regroupement.

Ces règles applicables au regroupement familial s'articulent désormais autour de trois axes : les droits de l'Homme, le droit communautaire et le droit de l'immigration (lié aux nécessités économiques). Ces trois axes sont en pleine mutation et laissent penser que les limites fixées pour le regroupement familial ne sont pas figées. Le regroupement familial a longtemps été considéré comme un droit corollaire et accessoire de la libre circulation jusqu'à ce qu'il devienne la conséquence directe de l'application du droit fondamental de respect de la vie familiale.

²⁷⁶ F. Sudre, *La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in F. Sudre (dir.), « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 38, pp. 11-54, spéc. p. 11.

²⁷⁷ En droit français, belge et espagnol, par exemple, les principales dispositions relatives au droit de la famille ont été réparties dans les livres relatifs aux personnes et aux différentes manières d'acquérir la propriété. Le droit italien et le droit allemand ont consacré un livre de leur code civil au droit de la famille.

²⁷⁸ Jean-Philippe Lhermould, « Les structures familiales en droit social communautaire », *Informations sociales*, Paris, CNAF, n° 129, janv. 2006, p. 108

La définition la plus ouverte était celle reprise dans les articles 10 et 11 du Règlement 1612/68²⁷⁹ qui visaient non seulement le conjoint du travailleur, ses descendants de moins de vingt et un ans, mais aussi ses descendants à charge, ceux de son conjoint, ses ascendants et ceux de son conjoint. Il est sans doute révélateur de constater que le Règlement n° 492/2011²⁸⁰, qui a abrogé le précédent, n'évoque que « la famille » et « les enfants du travailleur » sans autre précision. Les articles 10 et 11 du règlement abrogé ne figurent pas dans le tableau de concordance entre les deux textes, annexé au nouveau règlement. De là à y voir la volonté manifeste de ne pas figer la famille à un standard *a minima*...

242. Le droit de l'Union européenne relatif aux rapports de droit privé n'a pas, lui non plus fixé de définition de la famille et s'est d'abord soucié des aspects les plus contentieux du droit de la famille « rapprochée » (le couple et ses enfants): le couple séparé et les obligations parentales. Son action s'est donc davantage tournée vers la coordination des droits par des règles communes plutôt que vers la conception d'un droit autonome. Cette régulation par des mécanismes juridiques (conflit de lois), visant essentiellement à privilégier la loi ayant le lien le plus étroit avec la situation familiale et personnelle litigieuse, a évidemment influencé la conception européenne de la famille et ses fondements que sont le mariage, la filiation, l'autorité et la responsabilité parentale, l'obligation alimentaire, les successions. Plus simplement, la nécessité de trouver une réponse aux conflits a conduit à s'interroger sur ce qui « fait famille » dans l'espace juridique européen.

Section 2 - LA FAMILLE EUROPÉENNE, ARBITRE DES POSSIBILITÉS INDIVIDUELLES

243. La vocation strictement économique de la Communauté européenne l'a d'abord tenu éloignée des préoccupations familiales²⁸¹. Le droit communautaire présentait alors une « *antinomie initiale* » avec le droit de la famille.²⁸²

²⁷⁹ Le règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté : JO L 257 du 19.10.1968, p. 2.

²⁸⁰ Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union : J.O. L141/1 du 27 mai 2011

²⁸¹ Les traités modificatifs ont donné une nouvelle orientation plus « humaine » à l'Union européenne tournée vers les intérêts des ressortissants européens :

. l'Acte unique européen (AUE), signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987,

.le Traité sur l'Union européenne (UE), signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1er novembre 1993,

Mais ces deux domaines du droit ont trouvé, dans les droits de l'homme, un point de convergence qui confirme si besoin était l'orientation individualiste du droit de la famille. C'est justement parce que le droit de la famille ne se conçoit plus comme l'organisation des rapports humains dans la famille qui serait restée un sanctuaire du droit national, mais qu'il n'a comme vocation que l'épanouissement individuel que le droit de l'Union, d'inspiration libérale, a pu « s'infiltrer » dans les relations familiales.

Dans un premier temps, la Cour de justice des Communautés européennes (devenue CJUE) a pallié l'absence de toute référence formelle relative aux droits de l'homme en instaurant des principes généraux du droit communautaire parmi lesquels figure le respect des droits fondamentaux. Ces droits, s'ils sont protégés doivent quand même supporter les limites justifiées par les objectifs économiques de la Communauté européenne.

La CJUE se réfère à la convention européenne depuis l'arrêt Rutili²⁸³ du 28 octobre 1975 pour considérer que les droits fondamentaux reconnus par la Convention font partie intégrante des principes généraux que la Cour de justice protège. L'arrêt Wachauf conclut la première étape de l'évolution de la situation des droits fondamentaux dans la communauté²⁸⁴. La CJUE a davantage vocation à manier les lois du marché qu'à s'occuper des affaires de famille mais de récents arrêts montrent qu'elle pourrait contribuer à une approche plus

.le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999,

le Traité de Nice signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1er février 2003,

le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009.

²⁸² A. Bénabent, « La réception du droit communautaire en droit de la famille », dans J.-S. bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 51-56, spéc. p. 52

²⁸³ Le principe de proportionnalité dès lors admis comme un Principe Général du Droit Communautaire tiré de la Convention Européenne de Sauvegarde des Libertés fondamentales et des Droits de l'Homme. A partir de cet arrêt, la Cour de Justice définira strictement les contours de la réserve d'ordre public. CJCE, 28 octobre 1975, Affaire 36/75, Rec.1219, *Rutili c/ Ministre de l'Intérieur*. Rec., p. 1219 : *RTDE*, 1976, pp. 141- 144, G. Lyon-Caen ; *cah. Dr. eur.* 1976, pp. 58-67, C. Tomuschat ; *RMC*, 1976, pp 201- 223, D. Simon ; *RCDIP*, 1976, pp. 301-318, L. Dubouis

²⁸⁴ CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, Rec. 1989, p. 2609. Dans cette affaire, la cour a précisé "que les droits fondamentaux reconnus [...] n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société; que par conséquent des restrictions peuvent être apportées à leur exercice [...] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits", avant d'ajouter que "les États membres sont aussi liés par les exigences de protection des droits fondamentaux telles que pratiquées par la Cour lorsqu'ils mettent en œuvre une réglementation communautaire".

économique des relations familiales, notamment par le biais de l'éducation ou des prestations sociales. Ainsi l'arrêt *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* du 1^{er} avril 2008²⁸⁵ marque-t-il le droit social de la famille en décidant qu'un partenaire de vie du même sexe peut avoir droit à une pension. Les juges ont pris soin de préciser que ce droit tenait à la nature de la pension. Il s'agissait, en effet, non d'une pension de solidarité (comme le régime de base de retraite) mais bien d'une pension de survie, considérée comme une rémunération, et qui dépendait donc de la relation entre employeur et employé. La décision est également prise compte tenu du fait que la loi allemande concernant le partenariat de vie ouvre aux partenaires des droits égaux à ceux du mariage en matière de prestations sociales.

244. L'intégration des droits fondamentaux dans toute réflexion et décision des gouvernants a rendu nécessaire l'émergence d'un droit de la famille européen ou plus subtilement, d'un droit relatif à la famille européenne. Il s'agit d'un droit inédit, construit autour d'un centre de gravité à valeur fondamentale. Les droits fondamentaux constituent un gage d'équilibre pour ce droit européen de la famille européen soucieux de préserver à la fois l'intérêt individuel et l'intérêt général. En outre, ils fédèrent, dans une conscience collective, les diversités juridiques et culturelles nécessaires à la construction et à la reconnaissance de ce nouveau droit qui « *s'écrit à plusieurs mains et se lit à plusieurs voix* »²⁸⁶. L'individualisme apparaît clairement dans les droits « au mariage » et « à la vie familiale » qui peuvent se traduire par le droit à l'équilibre sentimental, voire le droit au bonheur. La famille et sa protection se voient à travers le regard des individus et de l'idée qu'ils se font des relations familiales. La revendication du droit à la vie familiale obéit donc à une revendication individuelle et ne correspond plus à la famille « institution ». Le droit à la vie familiale est ainsi un droit individuel à vivre une vie familiale. La protection des droits fondamentaux est aujourd'hui prioritaire et, tout naturellement, la Cour européenne aborde la famille sous cet angle. Il faut alors se demander comment appréhender son influence dans le droit de la famille dont l'un des objectifs reste de veiller à une certaine unité à travers un modèle ou plusieurs modèles et non d'être l'arbitre des concurrences individuelles.

²⁸⁵ Le texte intégral de l'arrêt se trouve sur le site Internet de la Cour : CJCE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Affaire C-267/06 JCP G 2008, II, 10143, note A. Devers et F. Viangalli ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 92 Obs. A. Devers.

²⁸⁶ F. Krenc, « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004/57 p 111.

245. Le rapprochement autour d'un même axe suppose une convergence des points de vue. Le premier obstacle est « *la superposition de trois ordres normatifs nationaux et supranationaux et de trois sortes de contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou de conventionalité des normes propres aux pays de la Communauté européenne ne fait qu'accentuer et complexifier l'enchevêtrement des normes et des pouvoirs et le processus de production, d'interprétation et d'application du droit dans les Etats membres* »²⁸⁷.

Chacun des Etats puise ainsi dans la pluralité des sources européennes ce qui lui convient le mieux. Le rapprochement des droits nationaux repose donc sur un échange entre les sources européennes nationales et supranationales.

Les règles et normes européennes en matière familiale sont connues ; faut-il en déduire qu'elles forment un droit ? Un droit unique, non ; pas encore et peut-être jamais.

Les dispositions européennes relatives à la famille proviennent d'influences et d'emprunts de règles préexistants dans d'autres ordres, à l'échelon national et international.

Le droit européen est un droit pluriel : pluralité des droits, des sources, des juges, des voies juridictionnelles, des procédures...

De ce fait, il s'accommode mal des strictes hiérarchies pyramidales. Il s'inscrit davantage dans l'émergence progressive « *d'un nouveau modèle plus complexe, plus 'enchevêtré', celui du réseau* »²⁸⁸. Ce modèle élaboré par Messieurs Ost et Van de Kerchove²⁸⁹ caractérise bien l'espace européen, au sein duquel coexistent - plus qu'ils ne se superposent- et sans se confondre, l'ordre juridique de l'Union européenne et celui fondé sur la Convention européenne des droits de l'homme.

À l'instar de tout droit créé à l'échelle européenne, le droit de la famille européen devra réussir le pari d'exister à travers deux ordonnancements européens : l'Union européenne et le Conseil de l'Europe²⁹⁰.

Le second est dans une logique de coopération qui vise à harmoniser les droits nationaux autour de valeurs communes. En revanche, la logique de la première est intégrative et vise une unification.²⁹¹

²⁸⁷ M.-T. Meulders-Klein, « Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique », dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-Conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p.287.

²⁸⁸ F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2000.44, p. 2.

²⁸⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* (en collaboration avec Fr. Ost), 2002, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

²⁹⁰ Qui ont un champ spatial bien différent

Il résulte de cette bipolarité un système de droit singulier, éloigné du système unitaire traditionnel.

Le droit de la famille européen n'est pas délimité, et pas encore codifié, mais il existe déjà parce qu'il a de véritables sources produisant des règles très différentes ou seulement nuancées de celles issues des différents droits nationaux. Certes, son existence ne repose pas sur une parfaite cohérence, mais elle suffit à imposer le droit européen dans le paysage juridique de la famille avec la même évidence que les calvaires dans le paysage breton.

246. La coexistence (ou la mutuelle influence) des droits est cependant parfois mal vécue. Le droit de la famille relevait, jusqu'à une époque récente, de la loi nationale. Aussi l'intrusion de l'Europe dans cette matière a d'abord pu surprendre. Aujourd'hui, la surprise a parfois laissé la place à la méfiance, voire à l'hostilité. Mais les sentiments diffèrent selon qu'il s'agisse de l'intrusion du droit de l'Union européenne ou de la légitime importance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui cache parfois la peur de voir s'imposer un « *gouvernement des juges* »²⁹².

Pour l'instant, et tant que le fédéralisme politique et économique ne se sera pas appliqué, chaque Etat membre de l'Union gardera certaines de ses traditions, les rapports entre justice et politique y étant largement déterminés par l'histoire singulière de chacun. En France, ces rapports restent empreints de suspicion. Est-ce un hasard si l'expression « *gouvernement des juges* », visant les cas d'ingérence du judiciaire dans la sphère du politique (une sorte d'usurpation), a été inventée par un Français²⁹³ ?

Il faut convenir de la réelle influence des Cours internationales. En Europe, la Cour européenne des Droits de l'Homme a modifié l'approche des juridictions françaises des litiges familiaux à travers la garantie des droits et libertés. La Cour de Justice de l'Union européenne, quant à elle, est l'un des principaux

²⁹¹ S. Poillot-Peruzetto et A. Marmisse, *Le droit international privé communautaire de la famille*, R.A.E. 2001-2002, p.460

²⁹² Expression notamment reprise par Hubert Bosse-Platière dans son article « L'avenir du droit de la famille : quelques conjectures », *Informations sociales* 8/2005 (n°128), p.38-51 et spéc. p.39.

²⁹³ L'expression, en effet, figure pour la première fois dans le livre d'Edouard Lambert - *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Bibliothèque Dalloz, 2005, réimpression de l'édition de 1921. L'auteur montre la façon dont les juges de la Cour suprême des Etats-Unis ont essayé de bloquer les mesures prises par Franklin Delano Roosevelt pour faire face à la crise de 1929.

artisans de la construction européenne. Elle assure le respect des traités et des normes dérivées par tous les Etats membres²⁹⁴.

Section 3 - DE L'*HOMO ÆCONOMICUS* AU CITOYEN EUROPÉEN

247. L'Union européenne n'a d'abord été sensible qu'aux problématiques de la famille de l'*homo æconomicus* pour des raisons de subsidiarité. Elle n'avait pas de compétence propre pour agir directement sur le droit de la famille. La définition et la mise en œuvre des politiques de la famille relevaient de la compétence individuelle des Etats membres.

En remplaçant l'ex-article 65 du Traité CE par l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Traité de Lisbonne²⁹⁵ a permis à l'Union européenne de désolidariser sa compétence en matière de coopération judiciaire du bon fonctionnement strictement économique du Marché européen. L'Union européenne s'accorde donc toute légitimité pour intervenir en droit international privé de la famille puisque son intervention n'est plus exclusivement soumise à un critère économique.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle le traité de Lisbonne a donné une force contraignante, évoquait déjà les questions familiales comme le "droit de se marier et droit de fonder une famille" ou "le droit des enfants à entretenir des relations avec ses parents" sans oublier le respect de la vie privée et familiale et l'interdiction du travail des enfants.

Certaines questions relatives à la famille avaient pourtant déjà été directement abordées par les instances européennes. Ce fut notamment le cas de la protection sociale pour laquelle l'Union européenne tente de favoriser les convergences des différents systèmes existants dans les Etats membres.

Citons, par exemple, la directive 92/85 CEE²⁹⁶ qui institue, dans l'ensemble des pays membres de l'Union, un congé de maternité de quatorze semaines continues. Les Etats membres sont libres d'en augmenter la durée mais pas de la

²⁹⁴ Créant la surprise, la Cour de justice a émis un avis négatif (CJUE 18 déc. 2014, avis 2/13) sur le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁹⁵ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. J.O. n° C 306 du 13 décembre 2007.

²⁹⁶ L'Union européenne harmonise, dans le cadre de sa politique d'emploi et de protection sociale, le droit au congé maternité. Ainsi, une directive relative aux travailleuses enceintes de 1992 fixe des mesures minimales visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. J. O. n° L 348 du 28/11/1992 p. 0001- 0008.

réduire²⁹⁷. En octobre 2008, la Commission européenne a proposé de porter la durée minimale du congé maternité à dix-huit semaines. La question n'est pas encore tranchée : le Parlement européen est favorable à un congé maternité de 20 semaines (voté en octobre 2010) mais certains pays s'y opposent parmi lesquels la France dont le taux de fécondité est le plus élevé d'Europe et qui s'en verrait financièrement pénalisée. Les tentatives de la Commission européenne pour unifier le délai des congés maternité a encore échoué en 2015. L'exécutif européen a considéré « avoir déployé d'importants efforts [...] pour parvenir à un accord ». Ses efforts étant vains, il a « décidé de retirer sa proposition au vu du manque de progrès réalisés par les colégislateurs »²⁹⁸.

*« Avec la construction européenne, le droit international privé des Etats membres a vu progressivement son domaine se rétrécir et faire une place croissante au droit international privé de l'Union européenne, constitué d'abord de Conventions entre Etats membres, puis aujourd'hui de règlements nombreux et de quelques dispositions ponctuelles de directives, ainsi que d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne »*²⁹⁹ observe le Professeur Lagarde. Un bref inventaire des textes adoptés permet de percevoir que la place du droit international européen grandit et s'affirme à mesure que diminue et s'efface celle du droit international privé de chaque Etat membre.

248. La notion de citoyen européen a été introduite par le traité de Maastricht de 1992 afin de renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de l'Union européenne.

La citoyenneté européenne se superpose à la citoyenneté nationale sans la remplacer. Le droit de circuler librement suppose que soit pris en compte les intérêts personnels et familiaux des citoyens européens. La Cour de Justice a retenu cette notion dans le droit international privé en considérant que « *le statut*

²⁹⁷ Cette directive a été transposée, en droit national, dans les articles du code du travail consacrés à la protection des femmes exposées à des risques sanitaires et travaillant la nuit (Articles 3 à 6 de la directive transposés par l'ordonnance n° 2001-173 du 22 février 2001 et article 7 transposé par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001). Elle a également introduit au niveau communautaire l'interdiction, qui existait déjà en France, de licencier une salariée pendant la période allant du début de sa grossesse au terme de son congé de maternité (Article 10 de la directive de 1992). Enfin, elle a prévu que la suspension du contrat de travail due au congé de maternité donne lieu à une indemnisation qui ne doit pas être inférieure à celle accordée en cas de maladie (Article 11 de la directive de 1992).

²⁹⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2015. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5287_fr.htm

²⁹⁹ Paul Lagarde « Droit international privé », in *European private law, Current status and perspectives*, 2011, edited by Reiner Schulze, Hans Schulte-Nölke p.249.

de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres »³⁰⁰.

Cette analyse permet en l'espèce, à un étudiant français, en sa qualité de citoyen européen, de réclamer à l'État belge une prestation sociale. La citoyenneté de l'Union confère donc un droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres dont l'exercice s'effectue indépendamment des normes dérivées et notamment des dispositions belges qui autorisaient l'entrée sur son territoire belge à condition que le citoyen européen ne constitue pas une charge pour le système social dans le pays d'accueil.

Le statut de citoyen a aussi pesé sur des décisions de droit international privé, notamment dans les affaires Garcia-Avello³⁰¹ et, surtout Grunkin-Paul³⁰² (qui portent, l'une et l'autre, sur des questions de nom de famille) qui ont permis à la citoyenneté, question a priori détachée de considérations économiques et donc hors du champ d'application du droit communautaire, de s'imposer comme l'un des éléments primordiaux à la création inévitable d'un droit communautaire de la famille. Il est indispensable pour un citoyen, disposant de la liberté de circulation, de voir son statut obtenu dans un État reconnu dans un autre et

³⁰⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk c/. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Aff. C184/99, point 31 Rec. p. I-6193 ; Europe, novembre 2001, p. 5, comm. 316, Y. Gautier ; *Rev. dr. UE*, 2001, n° 4, pp. 1008-1010, A. Alemanno.

³⁰¹ En l'espèce, la Cour a jugé le 2 octobre 2003 que les articles 12 CE et 17 CE devaient être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que "l'autorité administrative d'un État membre (la Belgique) refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre (Espagne), alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre". CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, , Arrêt C-148/02, D. 2004. p.1476-1479 note M. Audit, *JDI* 2004. P.582-584, note M. Luby, *AJDA*, 2004, p. 320-321, J.-M. Bélorgey ; *R.C.D.I.P.* 2004, p. 192-202, P. Lagarde ; *RTDciv.* 2004, p.62-63, J. Hauser.

³⁰² Il s'agissait d'un enfant allemand, né au Danemark, de deux parents allemands. Le nom attribué à l'enfant par l'état-civil danois était celui, accolé, de ses père et mère, Monsieur Grunkin et Madame Paul, et ce, conformément au droit danois applicable au patronyme en vertu du droit international privé danois qui soumet le statut personnel à la loi de résidence. Les parents de l'enfant, qui a la nationalité allemande, ont demandé l'inscription de son nom Grunkin-Paul dans le livret de famille en Allemagne. Les autorités allemandes ont refusé cette inscription au motif que le nom patronymique des citoyens allemands est régi par le droit allemand et que celui-ci ne permet pas à un enfant de porter un nom composé. La Cour de justice a donné raison aux parents en considérant que les droits attachés à la qualité de citoyen communautaire seraient remis en cause si l'enfant portait un nom différent dans deux pays avec lesquels il entretenait un lien étroit. La Cour appuie son analyse sur l'article 18 CE, qui établit le droit pour tout citoyen communautaire de circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Elle constate que le fait d'être obligé de porter, dans l'État membre dont une personne possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice de ce droit. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *RCDIP*, 2009, 80 note P. Lagarde ; *Dr. fam.* 2009 comm. 50, pp. 46-48, note F. Viangalli ; *D.* 2009, pp. 845-848, F. Boulanger.

d'assurer ainsi la permanence de son état. La reconnaissance mutuelle des jugements de divorce et de séparation de corps prévue par le règlement Bruxelles II bis obéit à cette logique. A défaut, un individu divorcé dans un Etat pourrait ne pas être reconnu comme tel dans un autre et s'exposer à être considéré comme bigame s'il décidait de se remarier. Cette reconnaissance mutuelle pourrait s'étendre aux autres relations familiales, qu'il s'agisse de mariage, notamment entre personnes de même sexe, de partenariat, ou de reconnaissance d'enfant, sous l'éventuelle réserve de la contrariété à l'ordre public international de l'État saisi. En revanche, passer par la notion de citoyenneté pour parvenir à l'harmonisation des conflits de lois semble plus hasardeux. La disparité des lois pourrait bien être un frein à la libre circulation des citoyens. Un Anglais pourrait renoncer à passer sa retraite en France s'il ouvre à ses enfants le droit de réclamer une réserve héréditaire ignorée du droit anglais. De même, les lois prohibitives ou restrictives en matière de divorce pourraient dissuader certains de s'installer dans les États peu favorables aux séparations conjugales notamment quand les époux sont issus d'un système de droit confessionnel (tous les pays européens autorisent le divorce (Malte depuis 2011 seulement)).

249. Une nouvelle mesure met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce. Il s'agit du règlement Rome III qui permet au couple de choisir la loi applicable à leur divorce (même si le choix est limité). Le fait qu'il ait fallu retenir cette coopération renforcée montre bien que l'unanimité n'a pas pu être recueillie sur ce sujet. En effet, même entre les États membres participants à la coopération renforcée, il n'existe pas une équivalence des lois en matière de divorce et de séparation de corps. On saisit alors parfaitement l'intérêt des époux de choisir la loi qu'ils estiment être la plus appropriée à leur relation matrimoniale. Le plus souvent, les époux choisiront une loi en fonction de sa teneur : loi libérale (consacrant un véritable droit fondamental au divorce), loi restrictive (ne permettant le divorce ou la séparation de corps que sous certaines conditions) ou loi prohibitive (n'autorisant que la séparation de corps). Par exemple, parce que leur loi nationale commune ne connaît pas ce divorce, des époux qui résident habituellement en France peuvent choisir la loi française pour divorcer par consentement mutuel³⁰³. Le règlement Rome III doit garantir aux citoyens des

³⁰³ A. Devers et M. Farge « Le nouveau droit international privé du divorce . - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », JCP, Ed. Gén., n° 26, 25 Juin 2012, 778

solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse et contribuer à éviter des procédures complexes, longues et pénibles.

250. La citoyenneté européenne, génératrice d'un statut, remet en cause l'influence de la nationalité dans les contentieux au sein de l'Union. Ce fut, on l'a vu, le cas dans les décisions Garcia Avello et Grunkin et Paul et confirmé par l'arrêt Hadadi³⁰⁴ dans lequel la CJCE a fait prévaloir la citoyenneté européenne sur la nationalité interne des ressortissants et nationaux des Etats membres. En l'espèce, il a été décidé que les époux titulaires chacun d'une double nationalité (franco-hongroise) dans l'Union européenne avaient le droit, "selon leur choix", de demander le divorce "devant les tribunaux de l'un ou l'autre des deux Etats concernés". Ce statut est aussi l'une des motivations de l'arrêt Zambrano³⁰⁵ dans lequel la Cour de justice a reconnu un droit au séjour autonome au bénéfice de parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union européenne. Jusqu'alors, les droits nés de la citoyenneté étaient liés à la circulation.

En l'espèce, les époux Zambrano résidaient, depuis 1999 en Belgique, avec leur enfant, tous étant de nationalité colombienne. Dès son arrivée sur ce territoire, M. Zambrano déposa une demande d'asile qui lui fut refusée. Le couple eut deux nouveaux enfants qui purent acquérir la nationalité belge en application de la loi. En Belgique, le père ne put obtenir de titre de séjour, de permis de travail ni d'allocations de chômage. Ces différents rejets firent l'objet de la procédure au principal devant le tribunal belge qui invita la Cour de Justice à se prononcer sur le cas de cet homme. La cour estima que « *le refus de séjour opposé à une personne, ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants dudit État membre, dont elle assume la charge ainsi que le refus d'octroyer à cette personne un permis de travail* », aurait privé les enfants, citoyens de l'Union, de la jouissance effective de « *l'essentiel des droits conférés par ce statut* » (point 43). En d'autres termes, les deux derniers enfants de M. Zambrano étant citoyens de l'Union, ils devaient pouvoir effectivement jouir de l'essentiel des droits attachés à ce statut. Compte tenu de leur bas âge, l'ascendant qui en a la charge devait se voir reconnaître un droit de séjour et bénéficier d'un permis de travail. La Cour articule son argumentation

³⁰⁴ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, aff. C-168/08, J.O. n° C 220/11, du 12 sept. 2009 : *R.T.D.eur.* 2010, pp. 769-774, note P. Lagarde ; *AJ fam.* 2009, n° 9, p.348, obs. A. Boiché.

³⁰⁵ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi*, n° C-34/09, D. 2011. 1325, note S. Corneloup ; *JCP* 2011, act.318, obs. F. Picod ; *Europe*, 2011, comm. 149, obs. A. Rigaux.

autour du concept même de citoyenneté. Après avoir rappelé que d'après l'article 20 TFUE, la citoyenneté est attachée à toute personne ayant la nationalité d'un État membre, elle confirme que la citoyenneté a « *vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* ». Elle s'attache ensuite au caractère « *effectif* » de l'exercice des droits des citoyens de l'Union, dont la protection se fonde essentiellement sur la citoyenneté. Or si les parents étaient obligés de quitter le territoire belge, les enfants seraient « *obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents. De la même manière, si un permis de travail n'est pas octroyé à une telle personne, celle-ci risque de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille (...). Dans de telles conditions, lesdits citoyens de l'Union seront, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union* » (point 44). La Cour conclut donc que « *l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union* » (point 43).

251. La portée de cet arrêt a cependant été nuancée par l'arrêt Dereci³⁰⁶ du 15 novembre 2011. La question était de savoir si le droit de l'Union implique l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union lorsque ce dernier demeure dans l'État dont il possède la nationalité sans jamais s'être prévalu de son droit à la libre circulation. Faisant référence au critère de l'« *essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union* », la Cour a précisé qu'un droit de séjour secondaire des ressortissants de pays tiers ne pouvait être en principe reconnu qu'à titre exceptionnel. Elle juge, en son point 68, que « *(...) le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un État membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé* ». La Cour précise ensuite que l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union est remis en cause dans « *des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le*

³⁰⁶ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, aff. C-256/11. *RTD eur.* 2012. 23, étude S. Platon ; *ibid.* 398, obs. F. Benoit-Rohmer ; *AJDA* 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *D.* 2012. 390, chron. O. Boskovic.

territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union prise dans son ensemble ». La portée du critère de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union est donc considérablement réduite puisque c'est la contrainte de quitter le territoire de l'Union qui définit ce critère et qui détermine le droit de séjour.

La Cour de Justice a laissé ainsi au juge national l'appréciation de la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union. Il vérifiera si le refus d'un droit de séjour, par les autorités nationales, à un membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne obligerait inévitablement ce dernier à quitter le territoire de l'Union européenne. Elle terminait en déclarant que cela ne préjugait pas *«la question de savoir si, sur d'autres bases, notamment en vertu du droit relatif à la protection de la vie familiale, un droit de séjour ne saurait être refusé. Cette question doit cependant être abordée dans le cadre des dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux et en fonction de leur applicabilité respective»*.

Le juge national se retrouve donc saisi de la question de savoir si le refus d'accorder un droit de séjour aux requérants est compatible avec l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux (si application de la Charte il y a, puisque celle-ci est subordonnée à la condition que la situation des requérants relève du droit de l'Union européenne).

Section 4 - MISE EN PLACE D'INSTRUMENTS DE COOPÉRATION JUDICIAIRE

252. Pour les familles internationales, il est devenu difficile³⁰⁷ de savoir quels tribunaux sont compétents et quelle législation est applicable à leur situation personnelle et à leur patrimoine.

³⁰⁷ Depuis le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, l'Union européenne s'est fixée pour priorité absolue de créer *« un espace de liberté, de sécurité et de justice »* en exploitant pleinement les possibilités offertes par le traité d'Amsterdam. Les premiers objectifs visent la réalisation d'un accès plus simple à la justice et le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Une première voie visant à unifier les conflits de juridictions en matière familiale était ouverte. Cinq ans plus tard, le Conseil européen de La Haye du 4 et 5 novembre 2004 étend la reconnaissance mutuelle à des domaines nouveaux comme le patrimoine familial, les successions et les testaments. Le 11 décembre 2009, le Conseil européen a confirmé ses orientations dans son Programme de Stockholm en fixant les priorités de travail de l'Union européenne pour les cinq années à venir dans le domaine de la

La coopération judiciaire civile s'est imposée comme l'élément-clé de la construction d'un véritable espace judiciaire dans l'Union européenne d'autant que, face aux différentes lois potentiellement applicables à leur situation, il est apparu que certains n'hésitaient pas à aller chercher de l'autre côté de la frontière un droit ou une décision de justice qui leur serait plus favorable³⁰⁸.

Les enjeux familiaux n'ont pas échappé longtemps au droit de l'Union ne serait-ce que parce qu'ils étaient intimement liés à la libre circulation des personnes, elle-même favorisée par la mobilité des familles, la constitution de familles composées de membres ayant des nationalités différentes et, corrélativement, la multiplication des conflits familiaux transfrontières.

L'Union européenne appréhende les relations familiales tant dans leur aspect patrimonial qu'extrapatrimonial. Il faut bien reconnaître que le premier se prête davantage à l'édiction d'une règle de conflit de loi commune parce qu'il est en lien direct avec la dimension économique du grand marché intérieur. Il répond donc à l'exigence de la libre circulation des personnes et des biens. Cependant, il n'est pas exclu du champ des préoccupations nationales comme l'illustre la non-participation du Royaume-Uni, qui ignore la réserve héréditaire, à la réglementation clarifiant juridiquement les successions transfrontalières en Europe. La nouvelle réglementation va faciliter la vie des 450 000 héritiers, légataires et autres parties qui sont concernés chaque année par un montant d'avoirs égal à 123 milliards d'euros.

§ 1. INITIATIVES CONCERNANT LE PATRIMOINE DE LA FAMILLE

253. L'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité dans le règlement des conflits familiaux transfrontières ne pouvait être atteint qu'au niveau de l'Union européenne. C'est la raison pour laquelle ses institutions ont adopté des règles de droit international privé en droit patrimonial de la famille, c'est-à-dire tout ce

Justice, de la Liberté et de la Sécurité. Ce programme précise que « *la reconnaissance mutuelle devrait être étendue à des domaines encore non couverts, mais essentiels pour la vie quotidienne, tels que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples* » et « *le processus d'harmonisation des règles de conflit de loi au niveau de l'Union devrait également se poursuivre dans les domaines où cette harmonisation est nécessaire, tels que la séparation et le divorce* » (Programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert à protéger les citoyens. J.O. de l'Union européenne n° C 115/1 du 4 mai 2010, voir 3.1.2).

³⁰⁸ Le forum shopping ou law shopping, qui engendrent des inégalités et qui portent atteinte à la sécurité juridique, justifient à eux seuls, que l'Union européenne ait souhaité coordonner les systèmes nationaux ne serait-ce que pour protéger les plus faibles, et en particulier les enfants, des disparités de législations.

qui touche aux obligations alimentaires (A), au droit des successions (B) et aux régimes matrimoniaux (C).

L'uniformisation des règles de conflit de lois peut être vue comme une solution alternative à l'harmonisation complète des droits matériels nationaux, qui semble inaccessible en droit de la famille.

A - LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

254. En droit interne, l'obligation alimentaire désigne le devoir d'un parent ou d'un allié désignés par la loi de fournir, s'il en a les moyens, de quoi vivre à celui qui est dans le besoin.

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a donné une acception plus large de la notion d'obligation alimentaire³⁰⁹ pour considérer qu'elle concerne les pensions alimentaires, les contributions aux charges du mariage, les prestations compensatoires.

Le règlement européen du 22 décembre 2000³¹⁰ (règlement Bruxelles I) a longtemps réglé la question des obligations alimentaires. Il est remplacé, depuis juin 2011, par le règlement du 18 décembre 2008³¹¹ relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Il propose une série de mesures visant le recouvrement effectif des créances alimentaires dans des situations transfrontalières. Il permet la suppression de la procédure d'exequatur au bénéfice des créanciers d'aliments. Par ailleurs, le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007³¹² sur le recouvrement international des aliments aux enfants et à d'autres membres de la famille, ratifié le 6 avril 2011 par l'Union européenne, détermine la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance, y compris les relations alimentaires envers un enfant indépendamment de la situation matrimoniale de

³⁰⁹ CJCE (5ème ch.), 27 février 1997, *Van den Boogaard*, aff. C-220/95, Rec. I, p. 1147, *RCDIP*, 1998, p. 466, note G. Droz : "Toute prestation [...] destinée à assurer l'entretien d'une personne dans le besoin".

³¹⁰ Règlement du Conseil adopté le 22 décembre 2000 et entré en vigueur le 1er mars 2002, JOUE n° L 160/37 du 30 juin 2000

³¹¹ Règlement CE n°1/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, J.O. de l'Union n° L 7/1 du 10 janvier 2009. Lire le dossier « Le recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union », *AJ fam.* 2009 n° pp 100 et suiv. ; A. Boiché, « Entrée en vigueur du règlement CE n° 4/2009 sur les obligations alimentaires *AJ fam.* 2011, n°5 p.236 et suiv.

³¹² Il remplace la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 et la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants.

ses parents. Il a été signé et ratifié par l'Union européenne, mais n'a pas été ratifié par le Danemark ni par le Royaume-Uni (la loi applicable est déterminée par leurs lois nationales respectives). L'article 2 prévoit qu'il est d'application universelle, c'est-à-dire qu'il est applicable même si la loi qu'il désigne est celle d'un État non contractant.

B - LES SUCCESSIONS

255. Afin de faciliter le règlement de ces successions internationales dans l'Union Européenne, le règlement du 4 juillet 2012³¹³ « *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions, et à la création d'un certificat successoral européen* », a été adopté³¹⁴. Il offre un cadre simplifié aux personnes qui ont des intérêts privés et patrimoniaux dans au moins deux pays, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Union européenne et aplanit les difficultés dues à l'enchevêtrement de législations d'inspiration parfois fort différente. Entré en vigueur le 16 août 2012, ce règlement ne s'applique qu'aux successions ouvertes³¹⁵ à compter du 17 août 2015 à l'exception du Royaume Uni, de l'Irlande, du Danemark.

Le règlement définit un critère unique pour déterminer à la fois l'autorité compétente et le droit applicable à une succession transfrontalière. L'article 4 du règlement du 4 juillet 2012 prévoit que la juridiction compétente pour statuer sur l'ensemble d'une succession internationale est la juridiction de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. En outre, l'article 22 du même règlement dispose que la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Ces dispositions vont entraîner la disparition du système de scission (en France et au Royaume-Uni)³¹⁶.

³¹³ Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012 (JOUE 27 juillet 2012)

³¹⁴ M. Revillard « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois* 15-30 août 2012, art. 40564, p. 743 et s.

³¹⁵ Les règles applicables aux successions ouvertes avant le 17 août 2015 ont été posées par la jurisprudence française de droit international privé.

³¹⁶ La loi applicable à la succession détermine qui sont les héritiers et leurs droits respectifs. Lorsque la succession présente un lien avec la France, soit que le défunt y ait eu son dernier domicile ou qu'il y ait possédé des biens, il faut distinguer entre la loi applicable aux biens immobiliers (successions immobilières) et la loi applicable aux autres biens (successions mobilières). La loi applicable à la succession mobilière sera la loi du dernier domicile du défunt. La loi applicable à la succession immobilière sera celle du lieu de situation des biens

À travers ces deux articles, le règlement prévoit donc l'application d'un critère unique pour déterminer à la fois la juridiction compétente et le droit applicable à une succession transfrontalière : celui du lieu de résidence habituelle du défunt au moment de son décès.

Le règlement européen donne à chacun la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession. Il offre trois possibilités.

- Le principe : application de la loi de l'Etat dans lequel le défunt aura sa résidence habituelle au moment de son décès, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non-membre de l'Union européenne. Une loi unique régira l'ensemble de la succession.

- L'exception : lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat, la loi qui prévaudra sera celle de ce dernier.

- L'option : L'article 22, § 1, du règlement (UE) n° 650/2012 prévoit qu' « *une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité (...)* ». L'objectif de cette règle est double. D'une part, « *permettre aux citoyens d'organiser à l'avance leur succession en choisissant la loi applicable à leur succession* » (règl. (UE) n° 650/2012, préambule, cons. 38). D'autre part, s' « *assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie (et...) éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires* » (règl. (UE) n° 650/2012, préambule, cons. 38). Cette option est formulée dans une déclaration revêtant la forme d'une « *disposition à cause de mort* ».

Enfin, le règlement du 4 juillet 2012 crée un certificat successoral européen qui permettra à chacun de faire valoir, sans autres formalités dans l'ensemble de l'Union Européenne, son statut d'héritier, de légataire ou d'administrateur de succession. Ce certificat « *produit ses effets dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure* » (article 69 du règlement du 4 juillet 2012).

immobiliers. Cela a pour conséquence que la succession peut être morcelée en plusieurs "sous-successions". D'autres pays ont retenu le modèle de l'unité (l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, etc.). Une loi unique régit la succession de tous les biens, celle de la nationalité du défunt ou celle de son dernier domicile.

C - LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

256. La Commission européenne a proposé le 16 mars 2011 une initiative ambitieuse qui apportera davantage de sécurité juridique aux citoyens européens, qu'ils soient en couples mariés ou en partenariats. La proposition de règlement sera applicable aux Etats membres et prévaudra sur les conventions qui régissent les mêmes matières.

Deux règlements distincts ont été proposés³¹⁷ : l'un vise les règles applicables aux couples mariés ("régime matrimonial")³¹⁸ et l'autre concerne les partenariats enregistrés ("régime patrimonial")³¹⁹. Ces deux propositions de règlements sont relatives à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions.

Les deux propositions présentées par la Commission écartent toute discrimination fondée sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle. Cela aura notamment pour conséquence qu'un mariage entre personnes de même sexe autorisé dans un État sera traité dans un autre État de la même manière qu'un mariage entre personnes de sexe opposé dans le cadre de la proposition relative aux régimes matrimoniaux. Parallèlement, un partenariat hétérosexuel pourra être enregistré en France dans les mêmes conditions qu'un partenariat entre personnes de même sexe et la proposition relative aux partenariats enregistrés s'appliquera dans les deux cas.

Les propositions de la Commission visent principalement à permettre aux couples internationaux mariés de choisir le droit applicable à leurs biens communs en cas de décès ou de divorce, d'établir un ensemble cohérent de règles permettant de déterminer la juridiction compétente et le droit applicable, sur la base d'une hiérarchie de critères de rattachement objectifs et de simplifier la procédure de reconnaissance des jugements, décisions et actes dans l'ensemble de l'Union.

³¹⁷ M. Revillard, « Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *LPA*, 2011, n° 133, p. 3 et suiv.

³¹⁸ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final consultable sur le site <http://www.europarl.europa.eu>

³¹⁹ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés COM (2011) 127/2. Voir le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_127_fr.pdf

§ 2. ROME III³²⁰, PREMIER INSTRUMENT DE COOPÉRATION RENFORCÉE DE L'UNION EUROPÉENNE

257. Le Règlement Rome III est le premier instrument de coopération renforcée de l'Union européenne. Il porte sur la loi applicable en matière de divorce et de séparation de corps et est appliqué par 15 États³²¹ membres depuis le 21 juin 2012³²². Les autres États membres restent libres d'y adhérer et continuent à appliquer leur droit commun tant qu'ils ne l'ont pas fait.

Le champ d'application de Rome III ne porte que sur les règles de conflit de lois relatives aux seules causes de divorce et de séparation de corps, à l'exclusion de l'annulation du mariage, de sa validité, de ses conséquences patrimoniales, des obligations alimentaires et de l'autorité parentale. Il fait donc une distinction entre le principe de la désunion (auquel il s'applique) et ses effets (qui lui échappent³²³).

Le règlement a un caractère universel : si la loi applicable n'a pas été désignée, le juge compétent³²⁴ appliquera le règlement quelle que soit la nationalité ou le domicile des époux.

Le règlement permet aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps³²⁵. A défaut de choix exprimé par les époux, le divorce

³²⁰ Règlement (UE) n° 1259/2010 adopté le 20 décembre 2010, JOEU n° L 343/10 du 29 décembre 2010. Voir; P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*. 2011, pp. 291-338; G. Lardeux, « Rome III est mort. Vive Rome III! », *D*. 2011, p. 1835.

³²¹ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie et Slovaquie

³²² L'article 309 du code civil (qui permettait de déterminer si la loi française était applicable selon divers rattachements) est supplanté par le Règlement Rome III sans être abrogé puisqu'il continuera à s'appliquer en Nouvelle Calédonie et ses dépendances, en Polynésie Française, à Wallis et Futuna, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans les Terres australes et antarctiques françaises qui sont en dehors du champ d'application territorial du droit de l'Union Européenne.

³²³ Les effets sont traités sur des fondements différents, notamment: - les effets patrimoniaux du mariage : le régime matrimonial sera liquidé en principe selon la loi qui lui est normalement applicable (Convention de La Haye du 14 mars 1978 pour les époux mariés après le 1er septembre 1992 et les règles de droit commun pour les époux mariés avant cette date, sauf faculté de l'article 21) - les obligations alimentaires : le Règlement européen du 18 décembre 2008 n°4/2009 qui renvoie au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, entré en vigueur en France le 18 juin 2011; - la responsabilité parentale : la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, entrée en vigueur en France le 1er février 2011

³²⁴ Déterminé par application du règlement Bruxelles II bis.

³²⁵ Selon l'article 5, les lois susceptibles d'être choisies sont les suivantes:

- a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ;
- b) la loi de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;
- c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention

ou la séparation de corps seront réglés conformément aux dispositions de l'article 8 du règlement³²⁶.

Ce texte concerne également les couples homosexuels dès lors qu'ils sont mariés. Cependant, l'article 13³²⁷ permet aux Etats membres participants qui ne connaissent pas le mariage homosexuel de ne pas prononcer le divorce de tels couples.

d) la loi du for.

³²⁶ En l'absence de choix de loi par les époux, sera appliquée en vertu de l'art. 8, suivant le mécanisme de la cascade :

- la loi de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction,
- à défaut, la loi de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux y réside encore,
- à défaut, la loi de la nationalité des deux époux,
- ou, enfin à défaut, la loi du for.

³²⁷ Article 13 -Différences dans le droit national - *Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement.*

258. Le droit de la famille est longtemps demeuré une matière indisponible³²⁸. La matière familiale était fermée aux accords de volonté et aux pratiques venues d'ailleurs. Il est d'ailleurs communément admis que le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit civil, est imprégné de la culture et des mœurs d'une société et demeure un « droit réfractaire à toute internationalisation »³²⁹.

On remarque cependant qu'au niveau national, les réformes en droit de la famille sont majoritairement dictées par des considérations sociétales combinées avec des impératifs internationaux et européens qui confortent le législateur dans la nécessité de faire évoluer le droit positif, particulièrement lorsque la France accuse un net décalage en la matière. Les réformes relatives aux droits des conjoints survivants, à la dévolution du nom de famille et, plus récemment, à la légalisation du mariage homosexuel permettent d'illustrer ce point de vue.

Même si les États européens sont, pour la plupart, ouverts à l'intégration de nouveaux principes et valeurs dans leur droit interne de la famille et quand bien même la volonté de bâtir une union étroite entre les peuples est bien réelle, les États ont gardé le recul et les outils nécessaires (l'ordre public international) pour que le droit de la famille demeure, au moins pour partie, l'apanage du législateur ou du juge français (section 1).

Cependant, il existe indiscutablement une convergence des droits nationaux vers un socle de valeurs communes issues des droits fondamentaux³³⁰. Le rapprochement autour de principes communs a abouti à l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle transforme désormais l'appréhension du droit de la famille qui devient celui des personnes de la famille plutôt qu'un droit de la famille institutionnelle (section 2). Son influence dans les droits de la famille nationaux est certaine mais diversement appréciée (section 3).

³²⁸ J.-L. Renchon, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », dans A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, pp. 269-332.

³²⁹ P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011, n° 55.

³³⁰ M.-T. Meulders-Klein, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 179-213, spéc. p. 179.

Section 1 - L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL INTERNE DANS LES RELATIONS INTRA-UNION EUROPÉENNE

259. L'une des fonctions de l'ordre public est de protéger les valeurs fondamentales du for contre des résultats inacceptables qui pourraient découler de l'application d'une loi étrangère ou de la reconnaissance de décisions étrangères. La disposition d'ordre public constitue une exception qui ne joue que dans les cas où la reconnaissance entraînerait une solution «manifestement contraire à l'ordre public». L'ordre public est donc un bouclier contre une atteinte aux valeurs fondamentales d'une société. L'ordre public traduisant « l'actualité du droit »³³¹, les valeurs protégées se calquent sur l'évolution de la société. En effet, la simple contrariété d'une loi étrangère à l'ordre public international ne suffit pas à justifier son exclusion. La loi n'est pas en soi contraire à l'ordre public du for, mais les conséquences de son application le sont en fonction d'un contexte et des spécificités d'une société donnée.

Cependant, chaque Etat conserve, dans les limites du respect des traités européens, un pouvoir souverain important sur son territoire impliquant celui de protéger et de composer son ordre juridique notamment en matière familiale. En France, comme ailleurs, aucune définition de l'ordre public n'a été avancée³³². Son existence n'est cependant pas remise en question. Les Etats membres de l'Union déterminent librement les valeurs qui fondent leur ordre public international qui reste, certes, empreint de considérations nationales mais subit l'influence, sinon la contrainte, de la CEDH, de l'ordre juridique supérieur (l'Union Européenne). Cependant, en principe, le contenu de chaque ordre public et le droit d'utiliser l'exception d'ordre public international sont libres mais celle-ci est rarement invoquée face à une situation née dans un Etat de l'Union partageant, pour l'essentiel, les mêmes valeurs que les autres pays européens (d'autant que ce partage de valeurs s'accompagne de la signature de règlements auxquels les Etats sont soumis).

La signature de règlements, traités et conventions et la reconnaissance des décisions étrangères repose sur le principe de la confiance mutuelle.

³³¹ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.

³³² Le doyen Batiffol le confirme quand il précise que « tous les essais de définition de cette notion ont naturellement échoué ». Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition de 2002 présentée par Yves Lequette, p.159. Lire également P. Lagarde, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, 1959, LGDJ.

Si la protection de l'ordre public dans le cadre des relations intra-européennes est le plus souvent bienveillante et souple, la réception de décisions étrangères, émanant de pays sans liens structurels ni de communauté de valeur, inspire plus de méfiance. Le recours à l'exception d'ordre public n'a alors plus rien d'exceptionnel. En France, il a même régulièrement été invoqué quand il s'est agi de la réception en droit français des institutions familiales comme la répudiation de droit musulman³³³ (A).

Le rôle correctif de l'ordre public appliqué aux droits fondamentaux est délicat car il suppose la rupture de l'équilibre entre l'ouverture vers les droits étrangers et la mise en œuvre des principes fondamentaux du for. Comment pourrait-il en être autrement puisque la notion d'ordre public est une notion relative, appréciée *in concreto* et d'application exceptionnelle qui se nourrit des droits fondamentaux qui sont absolus, universels, appréciés *in abstracto* et d'application systématique (B) ?

§ 1. L'EXEMPLE RÉVÉLATEUR DES RÉPUDIATIONS

260. La jurisprudence en matière de répudiations est révélatrice du déplacement de la motivation de rejet de l'ordre public international vers la revendication de l'universalité des droits de l'homme³³⁴.

Après avoir été reconnue pendant longtemps, reconnaissance facilitée par la conclusion de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, la répudiation, du moins celles auxquelles la femme n'a pas consenti et sauf si elle est prononcée dans son intérêt, va progressivement être refusée.

La Cour de cassation va avancer par étapes pour neutraliser les effets des répudiations prononcées à l'étranger. Le « voyage de répudiation » effectué par le mari pour court-circuiter la procédure engagée par sa femme en France va d'abord être sanctionné³³⁵.

Les juges ont ensuite invoqué différentes contrariétés de l'ordre public français : l'ordre public procédural en considération de l'absence de la femme à la

³³³ Quatre institutions familiales ont ainsi été écartées par les tribunaux français : le mariage polygamique, la répudiation, l'interdiction de l'établissement forcé de la filiation hors mariage et l'interdiction de l'adoption.

³³⁴ M.-L. Niboyet « Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes », *RIDC*, Vol. 58 N°1, 2006. pp. 27-46.

³³⁵ Cass., civ. 1^e, 1^{er} mars 1988, *Senoussi*, *R.* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann, *D.* 1988. 486, note J. Massip ; Cass., civ. 1^e, 4 mai 1994, *Asfi*, *R.* 1995. 104, 1^e esp., note J. Déprez ; 13 déc. 1994., *Yjjou*, *J.* 1995. 343, 1^e esp., note Ph. Kahn.

procédure celle-ci n'étant ni citée ni représentée³³⁶, puis l'ordre public alimentaire en constatant que la femme n'obtenait aucune compensation ni secours pécuniaires³³⁷.

La Cour de Cassation³³⁸ fixa enfin sa position en adossant son rejet non seulement sur l'ordre public procédural mais en considérant que la répudiation était inacceptable au regard des droits de l'homme garantis par la CEDH. Elle visa l'article 5 du Protocole n° VII additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme du 22 novembre 1984, qui consacre l'égalité des droits et devoirs des époux.

Un arrêt du 11 mars 1997 impose la logique universaliste des droits fondamentaux qui s'oppose à l'esprit d'ouverture du droit international privé symbolisé par la volonté de la convention franco-marocaine et poursuit l'évolution jurisprudentielle³³⁹. Il affirme que le principe d'égalité des époux compte parmi les exigences de l'ordre public international. Ce principe ne supporte pas d'exception et devait donc s'opposer à la reconnaissance de toute répudiation.

Tel ne fut cependant pas le cas quelques années plus tard, à l'occasion de l'arrêt *Douibi*³⁴⁰ par lequel la cour de cassation, sans même évoquer l'article 5 du protocole n°VII additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme, accueille une répudiation constatée par un jugement algérien et cantonne les exigences de l'ordre public à des impératifs d'ordre processuel et alimentaire. Ce jugement qui offrait des "*avantages financiers*", pourtant dérisoires, à la femme répudiée était conforme à l'ordre public français. La cour de cassation a considéré que, concrètement, la situation matérielle de l'épouse répudiée était comparable à celle qui aurait été la sienne à l'issue d'une procédure contradictoire.

³³⁶ Cass., civ. 1^e, 6 juin 1990, *Akla*, R. 1991. 594, 1^e esp., note P. Courbe, D. 1990. som. 263, obs. B. Audit ; 26 juin 1990, R. 1991. 594, 2^e esp., note P. Courbe.

³³⁷ Cass., civ. 1^e, 16 juillet 1992, *Nori*, R.1993. 269, note P. Courbe, JCP 1993. 22138, note J. Déprez, D. 1993. 476, note K. Saidi, Defr.1993. 35484, note J. Massip et Cass., civ 1re, 7 nov. 1995, D. 1996 som. 170, obs. B. Audit, G.P. 1996. 2. panor. 166, Defr. 1996. 36354, obs. J. Massip.

³³⁸ Cass., civ. 1^e, 1^{er} juin 1994, *El-Madani*, R. 1995. 105, 2^e esp., note J. Déprez, D.1995. I. 263, note J. Massip, Defr. 1995. art. 36024, note J. Massip et Cass. civ. 1^e, 31 janv. 1995, *Kari*, R. 1995. 569, note J. Déprez, J. 1995. 343, 2^eesp., note Ph. Kahn. Dans le même sens, Cass. civ. 1^e, 19 déc. 1995, *Fazouane*, Bull. civ. I, n° 469, p. 326

³³⁹ Cass. civ. 1^e, 11 mars 1997, D. 1997. 400, note M.-L. Niboyet ; JDI 1998 p.110 note Kahn.

³⁴⁰ Cass. civ. 1^e, 3 juillet 2001, *Douibi*, RCDIP, 2001. p.709, note critique L. Gannagé ; D. 2001. 3378, note critique M.-L. Niboyet ; LPA, 2002. 11, note P. Courbe.

Enfin, par cinq arrêts du 17 février 2004, la Cour de Cassation met fin aux hésitations et réaffirme la force de l'article 5 du protocole n°VII additionnel et le réintègre, au sein de l'ordre public international français, dès lors que les époux, ou du moins la femme, sont domiciliés en France. Le jeu de l'ordre public et donc l'application d'une norme fondamentale (ici le principe d'égalité) sont donc soumis à une condition de rattachement avec le territoire français.

La tension entre coordination des systèmes et uniformisation des solutions est très vive sur le principe d'égalité et s'explique dans la volonté d'universalisme, particulièrement marquée en ce qui concerne ce principe puisqu'il semble avoir envahi, sous de nombreuses formes, la sphère familiale. En effet, ce principe concerne aussi bien l'égalité entre époux que l'égalité des filiations ou celle des préférences sexuelles.

§ 2. L'INTERVENTION EUROPÉENNE DANS L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ÉTATIQUE

261. Le contenu de l'ordre public international pourrait, en principe, exister en autant de versions qu'il y a d'États mais, dans les pays occidentaux, il devient, pour l'essentiel, le réceptacle des valeurs à vocation universelle, défendues au nom des droits de l'homme. On pourrait craindre que cette vocation ne tende « à compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé »³⁴¹, mais il faut reconnaître qu'il existe encore une diversité des ordres publics. Les États d'Europe disposent, par exemple, d'une réelle marge de manœuvre et n'ont donc pas de législation uniforme en matière de mariage homosexuel, de procréation assistée, de gestation pour autrui, d'euthanasie, de réserve héréditaire ...

L'Union européenne détermine ou, à tout le moins, oriente le contenu de l'ordre public des États membres. Elle bloque parfois l'intervention de l'ordre public ou contraint les États à y faire figurer certaines valeurs. Par exemple, depuis l'arrêt *Pellegrini*³⁴², les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme doivent considérer, conformément à l'article 6 de la Convention, que

³⁴¹ P.Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 11ème éd., 2014, p. 199.

³⁴² CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c. Italie* ; JCP G 2002, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2001, p. 986, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2002, p. 463, note J.-P. Costa ; *RCDIP* 2004, p. 106, note L.-L. Christians.

le droit à un procès équitable est une valeur protégée par l'ordre public procédural de l'État requis en cas de réception d'un jugement issu d'un État non membre.

Il y a une certaine logique à constater que les contours de l'ordre public international de chaque État membre ne peuvent se fixer au mépris des engagements pris par chacun. L'ordre public est donc le produit de l'évolution d'une société nationale et des valeurs d'une communauté composée des États membres.

262. La cohérence du système devrait aboutir à une convergence de vision de la Cour de cassation et la Cour de Strasbourg. Ce n'est pourtant pas toujours le cas. Dans le cadre de la gestation pour autrui, la Cour de Cassation³⁴³ a, par exemple, considéré que les enfants n'étant pas privés d'une filiation que le droit étranger leur reconnaissait, ni empêchés de vivre en France, avec leurs parents, l'exception d'ordre public ne devait pas être écartée par les impératifs de l'article 8 de la CESDH. Elle a décidé que la décision étrangère qui reconnaît la filiation des enfants comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français et que la reconnaissance en France d'une convention de gestation pour autrui est contraire à l'ordre public international français. Trois ans plus tard, les Juges de la Cour européenne³⁴⁴ ont estimé que le droit des enfants au respect de leur vie privée avait été bafoué. Elle a estimé que dès lors qu'une filiation est établie régulièrement dans un pays, même en violation de l'ordre public international français, l'enfant doit bénéficier d'une sécurité juridique et se voir reconnaître légalement sa filiation à l'égard de son parent biologique. La Cour a rappelé la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant (principe pourtant bien connu et protégé par le droit français) sur l'intérêt général : si la France a le droit, du fait de la marge de manœuvre laissée aux États, d'interdire la GPA sur son territoire, elle ne peut pas porter atteinte à

³⁴³ Cass. Civ. 1, 6 avr. 2011, *Epoux Menesson c. Ministère public*, *RC DIP* 2011, 722 (1^e esp.), note P. Hammje, *D.* 2011, 1522 (1^{ère} esp.), note D. Berthiau et L. Brunet et et 2012, pan. 320, obs. J.-C. G., *AJ Famille*, 2011-5, note F. Chénéde et B. Haftel, La Cour de cassation a confirmé sa position sur ce sujet par deux arrêts en date du 13 septembre 2013 : Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013 (n°12-30138 et 12-18315) *D.* 2013, Act., 2170, *D.* 2013, 2377, avis C. Petit, *D.* 2013, 2384, note M. Fabre-Magnan, *JCP* 2013, 985, note A. Mirkovic.

³⁴⁴ CEDH 26 juin 2014 *Menesson contre France* (n°65192/11) ; *D.* 2014, p. 1797, note J.F. Chénéde, p. 1806, note L. D'Avrout, p. 1811, note A. Boujeka, *JCP* 201, 877, note A. Gouttenoire; H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regards prospectifs sur les arrêts Labassée et Menesson de la CEDH du 26 juin 2014", *D.* 2014, p. 1773.

l'identité des enfants nés de mères porteuses à l'étranger en refusant de les reconnaître.

Section 2 - L'INTERVENTION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS LA VIE FAMILIALE

263. A sa naissance, l'idéologie des droits de l'Homme était étrangère au droit de la famille. Elle en constitue l'un des moteurs principaux aujourd'hui³⁴⁵.

Les dispositions qui abordent la famille peuvent sembler, au premier abord, lapidaires et « *sans la Cour européenne des droits de l'homme, la convention européenne des droits de l'homme serait restée un vague catalogue de vœux humanitaires* ». ³⁴⁶

L'article 8 reconnaît le droit au respect de « sa vie familiale » ; l'article 12 consacre le droit de se marier et de fonder une famille complété par l'article 5 du protocole additionnel n°7 qui affirme l'égalité des époux « durant le mariage et lors de sa dissolution »; la jouissance de l'ensemble de ces droits devant être assurée sans discrimination (article 14).

La Convention européenne des droits de l'Homme protège le droit à "la vie familiale" sans se risquer à la définir.

L'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme est ainsi rédigé : « *toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, et de sa correspondance* ». La Convention ne se réfère donc pas à « *d'éventuels principes juridiques communs aux droits internes. L'interprétation dynamique prend le pas sur les préoccupations consensuelles et le sens donné à la notion de vie familiale est moins un sens commun, qu'un sens construit par le juge européen* » ³⁴⁷.

L'absence de définition du terme " famille " dans le texte même de la Convention européenne des droits de l'homme a permis à la Commission puis à la Cour européenne de cerner, sans la figer, la notion de famille en Europe, conciliant autant que faire se peut, la marge nationale d'appréciation des États membres et le souci de garantir les droits et libertés individuelles de chaque

³⁴⁵ A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002 et F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme*, l'Harmattan, 2000.

³⁴⁶ J-P. Marguenaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, p.145

³⁴⁷ Frédéric Sudre, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p.24 et suiv.

individu. Les États parties à la Convention ont le devoir mais non l'obligation de respecter les modes de vie familiaux en particulier lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, mais ils gardent toute liberté pour consacrer ou non d'autres formes d'engagement entre adultes que le mariage. La famille contemporaine est constituée de relations interindividuelles que les Etats et la Cour européenne doivent sauvegarder pour parvenir à un équilibre entre les intérêts des sociétés et le respect de la vie privée et de la vie familiale. L'absence de définition de ce qui constitue la famille et l'indétermination même de la notion de famille, montrent bien que les rédacteurs de la Convention européenne entendaient laisser aux organes de contrôle le soin d'interpréter le contenu et la portée de la famille et de la vie familiale à la lumière de la société du moment et de l'évolution des mœurs de chacun des Etats membres.

Le droit à une vie familiale concerne le droit de fonder une famille et celui de mener une vie familiale et visent la formation et la dissolution du couple (§1) et la fondation d'une famille (§2).

§ 1. FORMATION ET DISSOLUTION DU COUPLE

264. La possibilité de créer un couple concerne tant le droit de se marier que celui, autonome, de fonder une famille. Aujourd'hui, le mariage, strictement perçu comme un contrat civil, n'est plus nécessairement le cadre de la procréation et, réciproquement, il est possible, avec l'égalité des familles légitimes et naturelles, de fonder une famille hors mariage.

Le droit de se marier permet « *de former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme* »³⁴⁸. Cette approche, manque singulièrement de romantisme et a même semblé « brutale »³⁴⁹ lorsqu'elle a été formulée. Cependant, elle reflète l'esprit visionnaire des juges européens qui ont donné, en 1979, une définition de ce à quoi pouvait se réduire le mariage, avant même les années 2000, en France.

L'article 12 de la Convention européenne et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne garantissent le droit au mariage.

Conformément au premier de ces textes, « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». Aux termes du second, « *le droit de*

³⁴⁸ CEDH, 13 octobre 1979, *Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, D.R. 10 p. 174 AFDI 1979, p. 399.

³⁴⁹ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF. Aix Marseille, 1989, p.356

se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Ce deuxième texte ne fait donc pas référence à l'altérité de sexes mentionnée dans le premier. Ce n'est pas pour autant, une reconnaissance implicite du mariage homosexuel. Tout au plus, peut-on y voir « *une volonté de faire concorder le droit au mariage avec l'évolution de la société* »³⁵⁰ (au moment de la rédaction de la Charte, certains États avaient déjà autorisé le mariage entre personnes de même sexe)³⁵¹.

C'est d'ailleurs ce que confirme l'arrêt *Schalk et Kopf*³⁵². Dans cette affaire, la Cour Strasbourgeoise, saisie pour la première fois de la question du droit au mariage homosexuel, s'est expressément référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour refuser d'interpréter "*le droit au mariage consacré à l'article 12 comme devant en toutes circonstances être limité au mariage entre deux personnes de sexe opposés*" (§ 61).

Le juge de Strasbourg ne s'en tient plus toujours à une approche traditionnelle du mariage (notamment en ce qui concerne les devoirs qu'il supposait). Il s'est ainsi prononcé sur la question du viol entre époux. Après avoir relevé le caractère « avilissant du viol », la Cour a déclaré que « l'abandon de cette idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines »³⁵³.

La Convention européenne intervient dans le droit de se marier en fixant notamment l'âge requis (A), en levant certaines prohibitions au mariage (B) et en permettant de mettre fin à l'union (C).

A - L'ÂGE NUBILE

265. La Convention renvoie aux droits nationaux pour définir les conditions et les conséquences du mariage. Parmi ces conditions, l'âge nubile, c'est-à-dire l'âge exigé par la loi pour qu'un individu puisse contracter mariage, dépend du

³⁵⁰ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n° 58, pp. 233-234

³⁵¹ M. Levinet, « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage et conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Sirey, 2009, pp. 55-80, spéc. p. 66.

³⁵² Arrêt, 22 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* déjà cité.

³⁵³ CEDH 22 novembre 1995, *CR et SW c/ Royaume-Uni* ; RTDCiv. 1996, p.512, chron. J.-P. Marguenaud.

pays et de l'époque considérés. C'est donc au droit national de fixer l'âge nubile légal qui l'emporte notamment sur les convictions religieuses souvent avancées pour justifier un mariage à un âge précoce car « *le mariage ne saurait être considéré simplement comme une forme d'expression de la pensée, de la conscience ou de la religion* »³⁵⁴.

Repousser l'âge nubile s'inscrit dans la faculté d'imposer le libre arbitre des époux. L'âge plus élevé permet une relative liberté dans le choix de son conjoint. Il permet également de lutter contre les mariages forcés³⁵⁵.

En France, jusqu'à la Révolution française, l'âge nubile fut fixé à 12 ans pour les filles et à 14 ans pour les garçons. Il faudra attendre la création du Code civil³⁵⁶ par Napoléon Bonaparte et la loi du 1^{er} Germinal an XII (1^{er} avril 1804) pour faire passer cet âge à 15 ans pour les filles et 18 pour les garçons (art. 144 C. civ.).

La loi du 4 avril 2006, pour promouvoir le principe d'égalité entre homme et femme et pour s'adapter aux réalités sociales en tenant compte davantage de l'âge de la maturité que de l'âge de la puberté, a porté l'âge nubile à 18 ans révolus³⁵⁷. Il s'aligne donc ainsi sur celui de la majorité.

266. Cette loi visait essentiellement à lutter contre les mariages forcés en donnant aux filles davantage de moyens pour résister à la pression familiale. Ces mariages sont une atteinte à la liberté individuelle puisqu'ils interdisent à l'individu le choix de son époux, le moment de son mariage et de sa sexualité. Ils sont donc contraires aux droits fondamentaux de la personne. Ils illustrent, comme la polygamie et la répudiation, les conflits de normes entre les droits de l'homme (de l'enfant et des femmes, essentiellement) et la pratique culturelle des populations qui les organisent. Les interdire montre la prégnance des représentations et des pratiques de la société d'accueil à travers ses institutions et plus spécialement leur attachement à la liberté matrimoniale.

³⁵⁴ CEDH, 7 juillet 1986, *Janis Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 11579/85, Déc. et Rapp. 48, pp. 256-257.

³⁵⁵ E. Rude-Antoine « Prévenir et lutter contre les mariages forcés : les mesures législatives et les actions politiques en Europe », dans « Le couple sous contrainte », revue Dialogue n°187, 2010 p. 99-110.

³⁵⁶ Loi du 1^{er} Germinal an XII (1^{er} avril 1804).

³⁵⁷ Loi n° 2006-399, publiée au J.O. n°81 le 5 avril 2006. Si l'un des deux époux a été contraint, le mariage dit « forcé » peut être annulé. L'épouse (ou l'époux) doit prouver l'existence de la contrainte morale ou physique. La demande en annulation doit être formulée dans le délai de 5 ans à compter du mariage (article 181 du code civil). Pour les mineurs, la nullité du mariage est automatique.

La lutte contre ces mariages s'organise donc autour des influences conjuguées de la politique migratoire, de l'ordre public matrimonial interne et des droits de l'homme.

Précisons que les jeunes majeures mariées de force ou en risque de l'être peuvent bénéficier d'aides particulières dans le cadre du « Contrat jeune majeur », prévu par l'Article L.221-1 du Code de l'action sociale et des familles (CSAF). Il peut être demandé auprès de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE), afin de permettre à une jeune femme en rupture familiale du fait d'un risque de mariage forcé ou d'un mariage forcé avéré, de mener à bien ses projets scolaires et/ou professionnels. Celui-ci peut être demandé jusqu'à l'âge de 21 ans, à partir duquel, la jeune fille n'est plus considérée comme jeune majeure. Le contrat jeune majeur peut être demandé plus généralement quand il s'agit « *d'apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique (...) aux majeurs âgés de moins de 21 ans confrontés à des difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement leur équilibre* » ou « *qui éprouvent des difficultés d'insertion sociale, faute de ressources ou d'un soutien familial suffisant* ».

B - LES PROHIBITIONS AU MARIAGE

267. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la réglementation des prohibitions à mariage et considère que l'empêchement à mariage existant en droit britannique (et en droit français), entre un beau-père et sa belle fille - épouse divorcée de son fils - bien que poursuivant le but légitime de la protection de l'intégrité de la famille, constitue une atteinte excessive au droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A la différence du droit français, une dispense pouvait être exceptionnellement accordée par un acte du Parlement alors même que le premier époux n'était pas décédé. Le beau-père et la belle-fille divorcée vivaient ensemble et élevaient l'enfant né du premier lit qui vivait donc au sein du couple formé par sa mère et son grand-père. Le couple avait saisi la Cour de Strasbourg pour atteinte excessive au droit de se marier protégé par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme avant même d'avoir recours à la procédure (onéreuse et aléatoire) de dispense. La Cour³⁵⁸ leur rendit raison en se fondant

³⁵⁸ CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c/Royaume-Uni*, arrêt déjà cité (consultable en anglais sur le site web de la Cour) ; "Mon grand-père veut épouser ma mère... la Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison" – *Dr. fam.*, 2005, n° 11, novembre, commentaires, n° 234, p. 20, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ;" Anne Leborgne, « Pour la CEDH, l'empêchement à mariage entre

sur le fait que cet obstacle au mariage n'empêche pas de telles relations de se nouer et sur l'absence de dispositions relatives à l'inceste ou de dispositions de droit pénal interdisant les relations hors mariage entre les beaux-parents et leurs beaux-enfants.

En France, le Président de la République³⁵⁹ peut lever l'interdiction à mariage en ligne directe quand la personne qui a créé le lien est décédée. Il y a fort à parier que le droit français, qui ne prévoit pas de possibilité de dispense pour le cas du remariage entre alliés en ligne directe lorsque le premier ex-conjoint n'est pas décédé, encourrait la même condamnation.

La Cour de cassation³⁶⁰ semble d'ailleurs avoir pris les devants en refusant de donner une suite favorable à la demande de nullité d'un mariage entre un ex-beau-père et son ex-belle-fille. En l'espèce, après 11 ans d'un premier mariage, une femme s'était remariée avec le père de son ex-mari. L'époux est décédé 22 ans après le mariage en instituant son épouse légataire universelle. Le fils de l'époux décédé (l'ex-mari) a alors introduit une action en nullité du mariage de son père sur le fondement de l'article 161 du code civil³⁶¹. L'épouse avait argué d'une atteinte à la substance du mariage au visa de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme mais, la Haute cour a relevé d'office le moyen tiré de la violation par la cour d'appel de l'article 8 de la même convention au motif qu'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée et familiale de la demanderesse, et casse l'arrêt. Elle a considéré que l'union était formée depuis 22 ans et qu'aucune opposition n'était intervenue alors même que les pièces d'état civil fournies lors de la célébration du mariage révélaient l'empêchement. Il n'y avait donc pas lieu d'apporter une atteinte injustifiée au droit au respect de la vie privée et familiale dès lors que l'union en cause a duré plus de vingt ans. En l'espèce, l'annulation aurait fait perdre à la femme tous ses droits à la succession de son époux, alors même qu'elle a formé avec lui un couple parfaitement stable. Sa situation matérielle serait aussi devenue précaire et l'aurait contrainte à quitter le domicile dans lequel elle avait vécu. La précision de ces éléments indique que la Cour considère que l'atteinte à la vie

beaux-parents et beaux-enfants porte atteinte au droit du mariage" - Revue juridique personnes & famille, 2005, n° 12, décembre, mariage, p. 18.

³⁵⁹ Article 164 du code civil : «Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° (abrogé) ;3° par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu».

³⁶⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, arrêt déjà cité.

³⁶¹ Art. 161 Code civil : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ».

privée est liée à la particularité du dossier et plus précisément au temps écoulé. Le temps du mariage d'abord et celui du recours du fils qui a attendu une vingtaine d'années pour s'inquiéter du caractère fort choquant de cette situation matrimoniale. La prohibition du mariage entre alliés n'est pas remise en cause mais la Cour de Cassation introduit tout de même un peu de souplesse dans l'interprétation de la règle.

C - LE DROIT DE DIVORCER

268. L'article 12 de la Convention ne consacre pas un droit au divorce qui aurait pu être considéré comme le « corollaire » du droit de se marier³⁶².

Le divorce fait cependant l'objet d'un « consensus européen » puisque tous les Etats membres de l'Europe admettent le divorce dans leur législation nationale. Ce consensus n'emporte pas la reconnaissance d'un droit au divorce au niveau européen et l'Etat qui n'admettait pas le divorce dans sa législation nationale, comme l'Irlande jusqu'en 1995 et Malte jusqu'en 2011, ne pouvait donc pas se voir imposer un tel droit par la CEDH. La Cour de Strasbourg, le 18 décembre 1986, dans l'affaire *Johnston et autres contre Irlande*³⁶³ a réalisé une interprétation littérale de l'article 12 et non une interprétation comparative et évolutive en se référant aux travaux préparatoires qui excluaient expressément le droit au divorce³⁶⁴.

La Cour concéda que si l'interdiction de divorcer était bien une limitation au droit de se marier, elle n'était pas pour autant une atteinte à la substance du droit garanti par l'article de la Convention (§52).

L'article 12 n'impose pas de droit au divorce, mais « *lorsque la législation interne prévoit une telle possibilité [de divorcer], l'article 12 garantit tout de même le droit à la personne divorcée de se remarier sans subir de restrictions*

³⁶² Le droit de divorcer pourrait être fondé sur les articles 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (liberté de se marier) en considérant que l'impossibilité de divorcer est un obstacle à la liberté de se (re)marier ou de vivre seul. Le divorce étant une affaire privée des époux, il pourrait aussi se justifier dans le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention EDH – art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

³⁶³ CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston et al. c/ Irlande*, A. 112 ; AFDI, 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère ; J.D.I., 1987, 812, obs. P. Rolland ; C.D.E. 1988, p 467 et 474, note G. Cohen-Jonathan, GACEDH, n°41, p. 555. Un couple s'était marié en Irlande en 1952. Les époux s'étaient séparés en 1965 sans être autorisés à divorcer (la Constitution irlandaise l'interdisait). Chacun avait « refait sa vie » et l'époux séparé vivait depuis 15 ans avec une autre femme avec laquelle il avait une fille. Ce deuxième couple voulait se marier et légitimer leur fille.

³⁶⁴ M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, spéc. p. 422

déraisonnables de la part de l'Etat ». ³⁶⁵ La Cour relève que le délai d'attente n'existe plus dans le droit des autres États contractants [...]. Elle rappelle à cet égard sa jurisprudence selon laquelle la Convention "doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. Toutefois, le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine - le mariage - aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale » (§33). Elle a conclu que le délai d'attente pour remariage imposé par la loi suisse, touchait à la substance même du droit au mariage, se révélait non proportionnée au but légitime poursuivi et qu'il y avait donc eu violation de l'article 12. ³⁶⁶

§ 2. LE DROIT DE FONDER UNE FAMILLE : DROIT D'AVOIR UN ENFANT ET DROIT DE NE PAS EN VOULOIR

269. Conserver la dualité et donc la complémentarité des sexes tout en fixant l'âge nubile à celui auquel la procréation présente moins de risque pour les femmes, n'est pas anodin et révèle que la capacité de fécondité appartient à la nature même de l'institution du mariage. Toutefois, la Cour européenne ne va pas jusqu'à considérer la capacité physique de procréer comme une condition du mariage.

« Si le mariage et la famille sont étroitement associés dans la Convention comme dans les droits nationaux, rien ne permet toutefois d'en déduire que la capacité de procréer serait une condition fondamentale, ni même que la procréation en soit une fin essentielle... outre le fait que la famille peut toujours être fondée par l'adoption d'enfants » ³⁶⁷. La Cour de Strasbourg a finalement clairement dissocié le droit de se marier de celui de fonder une famille en retenant que «le second aspect n'est pas une condition du premier» et que «l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait passer en soi pour le priver du droit de se marier» ³⁶⁸.

Cette jurisprudence européenne autorise à penser que le mariage est valable sans

³⁶⁵ CEDH, ass. pl., 18 décembre 1987, *F.c/ Suisse*, Req. n° 11329/85.C.D.E. 1988, note G. Cohen-Jonathan, p. 475 ; J.D.I., 1988, p 892, note P. Rolland et P. Tavernier.

³⁶⁶ Pour lire l'arrêt et les opinions dissidentes : <http://www.vpb.admin.ch>.

³⁶⁷ Van Oosterwijck c. Belgique, Rapport comm. du 1er mars 1979, (§ 59), CEDH Série Bn°36 p.28.

³⁶⁸ CEDH, (Grande chambre), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* du, §98 ; Recueil des arrêts et décisions, 2002-VI, p. 79 ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 133, obs. A. Gouttenoire.

intention ni même possibilité de procréer. La procréation n'étant pas l'objectif essentiel du mariage, la stérilité d'un des membres du couple, ou son refus de procréer, ne peut plus être une cause de nullité du mariage. En revanche, si elle a été dissimulée avant que le consentement au mariage ait été donné, elle constitue une déloyauté constitutive d'une faute pouvant entraîner le prononcé du divorce. Cette distinction européenne entre droit de se marier et droit de fonder une famille peut donc modifier l'approche française de la validité du consentement échangé par les futurs époux.

On peut considérer que le droit de se marier est celui qui permet d'entrer dans l'institution qu'est le mariage. Le droit de fonder une famille consiste dans le droit « de faire naître ou d'élever un enfant »³⁶⁹ grâce à la procréation biologique (A) ou à l'adoption (B).

A - LA PROCRÉATION BIOLOGIQUE

270. L'article 12 ne vise pas expressément le droit d'avoir des enfants mais cette prérogative est l'élément essentiel du droit de fonder une famille. La notion de vie privée à laquelle renvoie l'article 8 recouvre également le respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent. C'est ce que la Cour européenne a affirmé, le 10 avril 2007³⁷⁰. Dans cette affaire, Mademoiselle Evans, avant de subir une ovariectomie, s'était vu proposer de prélever quelques ovules, avant l'ablation, en vue d'une fécondation in vitro avec les paillettes de son compagnon. Le laboratoire ne répondit pas favorablement à la demande de Mademoiselle Evans qui souhaitait que ses ovules puissent être congelés avant fécondation. Le couple exprima son consentement à la fécondation in vitro. Les embryons devaient être implantés dans un délai de 10 ans maximum. 6 mois après l'opération de la jeune femme, le couple se sépara et l'ex-compagnon notifia au laboratoire, comme l'y autorisait l'Human Fertilisation and embryology Act de 1990, qu'il souhaitait retirer son consentement à l'implantation des embryons. Mademoiselle Evans, qui se trouvait ainsi privée de toutes chances de devenir mère biologique, saisit les juridictions britanniques

³⁶⁹ A. Carillon « L'influence des arrêts Christine Goodwin et I sur le consentement au mariage en droit français », RTDH, 62/2005, p. 352

³⁷⁰ CEDH *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, § 78 : R.D.S.S. 2007, 810, note D. Roman ; RTDciv. 2007, p.295, « La triste fin des embryons in vitro du couple séparé: la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de l'Homme » ; J.-P. Marguénaud ; D. Marraud des Grottes, « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père, Lamy droit civil, 05/2007 n°38 p.50 et suiv. ; B. Mathieu, « Non violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », JCP, G, 2007, II, 10097 ; GACEDH, p. 26.

pour obtenir l'autorisation d'implanter les embryons malgré le retrait de consentement de son compagnon. Elle fut déboutée et décida de saisir la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant notamment une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une première décision conclut à la non-violation, ce que confirma la Grande Chambre qui a constaté que les intérêts de chacun des membres du couple sont inconciliables et qu'il n'y pas de raison de protéger davantage les intérêts d'une femme qui veut être mère de celui d'un homme qui refuse d'être père. La protection du consentement des deux donneurs « procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV » (§ 79), évitant de la sorte une instrumentalisation du donneur, contraint contre son gré à la paternité.

La Cour a examiné la cause de Mlle Evans sous l'angle des obligations positives. L'objet essentiel de l'article 8 de la CESDH est de « *prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics* »³⁷¹, ingérences qui peuvent engendrer, de surcroît, des obligations positives nécessaires au respect effectif des valeurs qu'elle protège. Les pouvoirs publics doivent donc s'abstenir d'interférer de manière arbitraire dans la vie familiale et privée, mais ils peuvent aussi être amenés à agir concrètement par une obligation positive, en assurant le respect de toute une série d'intérêts personnels, éventuellement contre les actions d'autres particuliers ou de l'Etat. Dans l'affaire Evans, après avoir relevé que les questions soulevées « *revêtent sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat* » (§ 78), les juges ont examiné la cause défendue non pas en tranchant sur le droit de devenir un parent biologique mais sur l'éventuelle obligation positive à la charge des autorités anglaises de permettre à une femme d'avoir un enfant qui serait biologiquement le sien, quitte, le cas échéant, à passer outre le retrait de consentement de l'ex-compagnon. Ce n'est donc pas le problème de procréation qui était analysé mais l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat. Là encore, la Cour a observé qu'il n'y avait pas de consensus, « *qu'il n'existe pas une approche européenne uniforme* » (§79-82) ce qui lui permet de ne pas prendre position sur le fond du problème.

Reconnaissons toutefois que le juste équilibre entre tous les intérêts en jeu, conflictuels et inconciliables, n'était pas facile à trouver. Cependant, la méthode qui consiste, avant de se prononcer, à chercher s'il y a un dénominateur commun

³⁷¹ CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, (§ 31) A.297-C : JCP. G. 1995. I. 3823, n° 42, obs.F. Sudre.

aux États membres pourrait faire de la Cour européenne « *une simple chambre d'enregistrement des droits nationaux* »³⁷² et à lier les décisions, voire l'autonomie, de la Cour aux réformes législatives des Etats membres.

271. L'arrêt Dickson c/ Royaume-Uni du 4 décembre 2007³⁷³ rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne, s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt Evans et peut s'analyser comme une reconnaissance du droit de devenir parent génétique. En l'espèce, les juges européens ont considéré que le refus d'autoriser un détenu et son épouse à recourir à l'insémination artificielle, alors que la sortie de prison de celui-ci était prévue à une date à laquelle il ne serait plus possible au couple d'avoir un enfant (ni même de participer à la vie de l'enfant qui serait conçu), constituait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale.

272. La Cour européenne n'a pas encore dégagé de « consensus européen » concernant la procréation médicalement assistée, sujet qui est pourtant au cœur des affaires qui motivent sa saisie quand il est question de procréation biologique.

Cette absence de consensus est l'argument avancé par la Grande Chambre de la Cour européenne pour rejeter la demande de deux couples autrichiens qui se plaignaient de ne pouvoir accéder à la procréation médicalement assistée, les techniques dont ils auraient eu besoin n'étant pas autorisées par la loi autrichienne³⁷⁴. Après avoir rappelé que l'article 8 était bien « *applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques* » (§66), elle conclut que la décision autrichienne ne représentait pas une violation de l'article 8 de la CEDH.

La question de l'autorisation de techniques d'insémination *in vitro* est sujette à controverse morale ou éthique, pour lesquelles il n'existe pas de consensus entre les Etats membres ce qui justifie une large marge d'appréciation des Etats au regard de l'article 8. En l'espèce, la Cour reconnaît que la décision des autorités autrichiennes d'interdire toute fécondation *in vitro* impliquant un don d'ovules ou de sperme constituait, certes, une atteinte au droit d'un couple, garanti par

³⁷² Patrice Hilt « Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins le respect ». Revue d'actualités juridiques, L'Europe des Libertés, n° 225, p.2-8.

³⁷³ CEDH, 4 décembre 2007, Dickson c/ Royaume-Uni.; *Rev. sc. crim. Dr. pén. Comp.*, 2008, 160, chron. J.-P. Marguénaud ; *JCP*, G, 2008, I, 110, obs. F. Sudre.

³⁷⁴ CEDH, 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, requête 57813/00.

l'article 8, à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à des techniques de procréation médicalement assistée. Cependant, elle considère cette atteinte comme justifiée au regard des intérêts publics poursuivis qui consistent à éviter toute pratique commerciale et eugénique, telle que la reproduction sélective, la création de liens familiaux atypiques impliquant deux mères biologiques ou la possible exploitation de mères de substitution (§105). A cet égard, la Cour relève que « *le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents* » (§ 114). Les angoisses autrichiennes liées aux nouvelles techniques reproductives, éventuellement porteuses d'arrière-pensées d'eugénisme, disparaissent ainsi dès que la frontière est franchie.

L'interdiction du don d'ovules ou de sperme à des fins de fécondation *in vitro* reste couverte par la marge d'appréciation des Etats (§ 106). Les juges de Strasbourg ont toutefois rappelé que le présent arrêt portait sur le régime juridique en vigueur à l'époque où a été lancée la procédure nationale (à la fin des années 1990) et que le domaine de la procréation médicalement assistée connaissait des évolutions particulièrement rapides (§ 118). En conséquence, elle recommande aux Etats de suivre ces évolutions ainsi que les éventuels développements du consensus européen et d'en tenir compte dans leur législation interne (§ 117).

B - L'ADOPTION

273. Le droit d'avoir un enfant n'est pas protégé par la Convention. Le droit à l'adoption ne l'est donc pas non plus, comme l'a précisé la Cour européenne³⁷⁵. L'accès à l'adoption peut aussi être refusé par les autorités nationales sauf si ce refus est discriminatoire. En effet, la législation nationale qui autorise un couple ou une personne seule à adopter ne doit pas créer de discrimination disproportionnée³⁷⁶. La Cour strasbourgeoise l'a d'ailleurs confirmé dans un arrêt du 15 août 2012 en soutenant qu'un couple d'homosexuelles ne pouvait

³⁷⁵ CEDH, 10 juillet 1997, *Di Lazzarro c/Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, DR 90-A, p. 134 ; Rtdh, 56/2003, note M-T Meulders-Klein, p. 1198

³⁷⁶ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c.France*, req. n° 36515/97, *JCP G* 2002, II, 10074, pp. 885-890, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *JCP G* 2002, I, 153, chron. Droit international et européen, n° 3, p. 1347, obs. A. Marmisse ; *RTD civ.* 2002, chron. Sources européennes, pp. 389-393, obs. J.-P. Marguénaud ; *RD sanit. soc.* 2002, pp. 347-348, obs. F. Monéger.

arguer d'une discrimination pour s'être vu refuser par la justice française l'adoption simple d'un enfant car il se trouvait dans la même situation qu'un couple hétérosexuel ayant signé un pacs. Ainsi, les juges de Strasbourg n'ont pas relevé «*de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle*» car les couples hétérosexuels «*placés dans des situations juridiques comparables, la conclusion d'un pacs, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple*». C'était donc l'interdiction de se marier opposée, à l'époque de la décision, par le droit français aux couples de même sexe qui était susceptible de constituer une discrimination directe entre ces couples et les couples de personnes de sexes différents. Mais sous cet angle, l'issue ne faisait guère de doute puisque la Convention laisse aux États la liberté d'accorder ou non aux couples de même sexe le droit au mariage.³⁷⁷

274. Le partage de l'autorité parentale réservé aux couples mariés pouvait également créer une discrimination puisque celle-ci n'est accordée qu'aux couples mariés, les juges européens, estiment que «*cette forme d'exclusivité matrimoniale ne heurte pas les exigences conventionnelles* ». Ils rappellent en ce sens que «*le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques* » (§ 68). Ils peuvent en conclure qu'«*en matière d'adoption par le second parent, [...] les requérantes [ne] se trouvent [pas] dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés* » (§ 68).

275. Ouverte à la signature le 27 novembre 2008, la Convention européenne en matière d'adoption³⁷⁸ est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011³⁷⁹ mais elle n'a pas été signée ni ratifiée par la France. Elle vise à donner un nouveau cadre à l'adoption qui réponde aux évolutions de la société³⁸⁰. La Convention

³⁷⁷ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, Requête no 25951/07; A. Gouttenoire et F. Sudre, « La conventionalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP G* 2012-19, p 589, note F. Sudre et A. Gouttenoire ; A. Dionisi-Peyrusse, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant concubin homosexuel et au "tourisme procréatif" » *D*, 2012, p. 1241.

³⁷⁸ Convention européenne en matière d'adoption des enfants élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe (révisée) STCE no. : 202. Consultable sur le site du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int>

³⁷⁹ La convention est entrée en vigueur en Espagne, en Norvège et en Ukraine le 1^{er} septembre 2011 ; en 2012, au Danemark, en Finlande, aux Pays-Bas et en Roumanie et en 2015 en Allemagne, à Malte et en Belgique.

³⁸⁰ La Convention dans son ensemble exercera une influence certaine sur les adoptions internationales. Elle complétera la Convention de La Haye de 1993, notamment en régissant les adoptions qui ne sont pas couvertes par la Convention de La Haye de 1993 mais qui sont également tenues de respecter les

précédente, du 24 avril 1967, s'est révélée dépassée par les changements dans les situations familiales. Elle n'ouvrait pas de possibilité d'adoption aux parents seuls, ni aux couples non mariés, ni aux couples engagés dans un partenariat autre que le mariage, soit parce que certaines situations n'existaient pas (les partenariats légaux datent des années 1990), soit parce qu'elles étaient trop exceptionnelles pour être conventionnellement prises en compte. La nouvelle Convention européenne sur l'adoption affirme que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer* ». Parmi les nouveautés introduites, le consentement du père à une adoption, est exigé dans tous les cas, même lorsque l'enfant est né hors mariage. Ce n'était pas le cas auparavant. Cette disposition confirme l'orientation de la Cour européenne manifestée pour la première fois dans l'affaire Keegan³⁸¹. La Cour considéra que le fait qu'aucune qualité pour intervenir dans la procédure d'adoption de la fille de Keegan n'ait été reconnue au père naturel violait le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale.³⁸²

La Convention impose aussi le consentement de l'enfant, si ce dernier a le discernement suffisant.

Elle étend la possibilité d'adopter à des couples hétérosexuels non mariés mais liés par un partenariat enregistré dans les Etats qui reconnaissent une telle institution. Elle laisse la liberté aux Etats d'étendre la portée de la Convention à l'adoption par des couples homosexuels et hétérosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable.

objectifs fondamentaux de toute adoption, à savoir être centrée sur l'enfant, sur l'intérêt supérieur de l'enfant et lui procurer un foyer harmonieux (considération 19 du rapport explicatif consultable sur le site Internet du Conseil de l'Europe). « *Les nouveautés introduites par la Convention sont les suivantes :*

- *Le consentement du père est exigé dans tous les cas, même lorsque l'enfant est né hors mariage.*
- *Le consentement de l'enfant est nécessaire, si l'enfant a le discernement suffisant.*
- *La Convention étend la possibilité d'adopter à des couples hétérosexuels non mariés mais liés par un partenariat enregistré dans les Etats qui reconnaissent une telle institution. Elle laisse la liberté aux Etats d'étendre la portée de la Convention à l'adoption par des couples homosexuels et hétérosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable.*
- *Le nouveau texte assure un meilleur équilibre entre le droit de l'enfant adopté de connaître son identité et celui de ses parents biologiques de rester anonymes.*
- *L'âge minimum de l'adoptant doit se situer entre 18 et 30 ans, la différence d'âge entre l'adoptant et l'enfant devant de préférence être d'au moins 16 ans* ». Source : Bureau des Traités sur <http://conventions.coe.int>

³⁸¹ CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, série A n° 290, J.C.P., G 1995, I, 3823, no 32, obs. F. Sudre.

³⁸² En l'occurrence, la Cour considéra que la vie familiale qui avait existé entre les parents avant la naissance de l'enfant établissait l'existence d'une vie familiale entre le père et l'enfant, alors qu'il n'y avait jamais eu de relations entre eux, parce que la mère s'y opposait.

Enfin, « la différence d'âge entre l'adoptant et l'enfant devrait être d'au moins 16 ans », la convention conseillant que l'âge minimum de l'adoptant se situe entre 18 et 30 ans.

Section 3 - DE L'INFLUENCE DE LA CESDH EN DROIT INTERNE

276. Dans son discours de présentation du Code civil au corps législatif, Portalis, manifestement fier du travail accompli, brandissait le Code civil tel un étendard et s'exclamait, non sans éloquence « *vous allez proclamer à la face de l'Europe le Code civil des Français* »³⁸³.

Les idées napoléoniennes réussirent ainsi à nationaliser, non pas le droit européen qui n'existait même pas dans les esprits, mais la tradition européenne en étendant à beaucoup d'autres pays son influence. Deux siècles plus tard, c'est à l'Europe de brandir son étendard, la Convention européenne des droits de l'homme qui s'infiltré peu à peu et de manière constante dans les droits nationaux des pays d'Europe. Cette intrusion qui semble difficile à maîtriser a parfois été vécue comme l'immixtion d'un corps étranger, d'un « *droit venu d'ailleurs (...) de nulle part* » sans « *histoire ni territoire* ».³⁸⁴

« Dans un souci constamment réaffirmé de protéger des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques ou illusoire, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une méthode d'interprétation particulièrement amplificatrice de la CEDH et de ses protocoles additionnels. Cette audace l'a notamment conduite à dépasser la pensée des rédacteurs des textes conventionnels des années 1950 en les appliquant à des questions de pur droit privé [...], le phénomène a éclaté au grand jour à la suite du retentissant arrêt Mazurek du 1er février 2000 qui condamne la France en raison de la discrimination dont son code civil frappe encore l'enfant adultérin. [...] grâce au ou à cause du renforcement de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg et de la diffusion de l'effet dit horizontal de la CEDH, le droit privé français est déjà aujourd'hui et sera bien davantage demain sous

³⁸³ Recueil des lois composant le code civil, décrétées en l'an XI, et promulguées par le premier consul, avec les discours, rapports et opinions prononcés dans le cours de la discussion, tant au tribunal qu'au corps législatif, Volume 9, Editions Chez Rondonneau, 1804, p.120. Le Code civil de 1804 servit d'ailleurs de modèle à plusieurs pays. En Europe notamment, la Belgique, les Pays Bas (Code néerlandais de 1838), l'Italie (Code italien de 1868), l'Espagne, le Portugal et plus tard la Grèce s'en inspirèrent.

³⁸⁴ J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la Vème République, [1996], Flammarion, 2008, p. 48.

l'influence d'une jurisprudence qui, au fond, est peut-être le meilleur moyen d'aider le pays de Voltaire et de René Cassin à rester fidèle à ses valeurs humanistes ».³⁸⁵

L'œuvre interprétative européenne étend l'exigence de respect des garanties conventionnelles aux relations entre personnes privées. Les droits nationaux doivent désormais assurer un respect effectif des droits garantis dans les rapports interindividuels et notamment familiaux.

Cette Convention n'évoque pas, comme le fait l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les devoirs réciproques de l'individu à l'égard des autres individus, de la collectivité ou de l'Etat. Sa conception est fondamentalement individualiste, ce qui n'est pas sans conséquence quand il s'agit de régler des problèmes de conflits de droit, notamment en matière familiale³⁸⁶ puisqu'il n'est plus envisageable de faire passer le souci de cohésion familiale systématiquement avant les droits individuels, et spécialement le droit de chacun à l'égalité et à la non-discrimination.

277. Les principes de la Convention européenne ont emprunté deux voies pour se diffuser dans le droit interne. Une voie législative qui est claire mais parfois lente, une seconde voie, jurisprudentielle, présentée comme « *la plus importante des mutations juridiques de la fin du XXème siècle* »³⁸⁷, plus réactive mais aussi plus sujette à controverses.

Par intégration législative, il faut entendre réception plus ou moins volontaire des principes fondamentaux des droits de l'homme qui visent principalement l'égalité et la liberté.

La majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ont aménagé leurs normes sans attendre une condamnation de la Cour de Strasbourg. Comme l'a fait remarquer le Professeur Hauser, le plus intéressant ce sont les non-intégrations volontaires des législateurs qui marquent l'attachement culturel aux traditions et aux pratiques familiales, parfois contestables, voire condamnables, sous prétexte qu'il touche « *au tréfonds de la Nation* »³⁸⁸.

³⁸⁵ J.-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, 2001, La documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, Propos introductifs.

³⁸⁶ Lire à ce sujet, M.T.Meulders-Klein, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992 pp.767 et s.

³⁸⁷ J.-P. Marguénaud, « Le droit civil français sous influence de la convention européenne des droits de l'homme » *RTDCiv* 1996 ;505.

³⁸⁸ Lire l'intervention J.Hauser, « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille » In internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, 1996, LGDJ, p.121 et s.

La jurisprudence de la Cour européenne a influencé les droits positifs internes. La condamnation de la Cour européenne, dans l'arrêt *Markx* contre la Belgique a précipité la réforme du droit de la filiation qui était en cours dans ce pays mais qui tardait à aboutir.³⁸⁹

La France³⁹⁰ fut également condamnée par la Cour de Strasbourg pour sa législation discriminatoire à l'égard des enfants adultérins³⁹¹. Cette condamnation a conduit naturellement à s'interroger sur l'avenir de l'égalité des filiations en matière successorale mais aussi, plus généralement, sur la portée de l'égalité en matière familiale et a abouti à une réforme législative³⁹² instaurant l'égalité entre les filiations au cœur de la dévolution successorale. Cette condamnation fut « *peut-être moins une offense au génie du droit civil français qu'une chance* »³⁹³ ou une opportunité pour le législateur français de se plier aux valeurs égalitaires que la France défendait et qu'elle avait pourtant négligées, en 1972, pour protéger la famille légitime et de se « débarrasser » des dispositions totalement inadaptées à l'évolution des mentalités.

L'influence croisée du droit conventionnel européen et des droits nationaux est indiscutable (§1) même si elle reste mesurée (§2). Cette influence est diversement acceptée, certains Etats voyant toute possible interaction dans leur droit comme la menace d'une ingérence (§3) ou comme l'élément annonciateur des disparités nationales. Or, le droit de la famille, parce qu'il touche à un fondement de la société, doit respecter les valeurs sur lesquelles celle-ci repose. En dépit des évolutions convergentes des mentalités, du partage sincère de grands principes communs (notamment la liberté de se marier et de fonder une famille, la liberté de vivre séparé ou hors mariage, l'égalité de l'homme, de la femme, et celle des enfants), il reste ainsi un droit profondément soucieux de garder ses spécificités nationales (§4).

³⁸⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Markx c. Belgique*; arrêt déjà cité. On peut préciser ici que la Convention européenne relative à la situation juridique des enfants nés hors mariage avait été ouverte à la signature des Etats membres le 15 octobre 1975. A la fin de 1994, seuls 12 Etats l'avaient ratifié dont 5 avec réserves.

³⁹⁰ A l'époque, la loi française réduisait la vocation successorale de l'enfant adultérin quand celui-ci était en concours avec des enfants légitimes.

³⁹¹ CEDH, 1er févr. 2000, *Mazurek c. France*, Dr. fam. 2000, n° 2, p. 20, obs. de Lamy ; JCP 2000, II, n° 10286, note Gouttenoire-Cornut et Sudre ; D. 2000, Jur. p. 332, note Thierry ; Dr. et patrimoine, mai 2000, p. 56, note Stoffel-Munch ; Defrénois 2000, art. 37179, obs. Massip ; LPA, 10 mai 2000, p. 11, note Hocquet-Berg, et 5 juill. 2000, p. 18, obs. Massip ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. Marguénaud, et p. 601, obs. Patarin ; RJPF 2000/3, p. 50, note Casey).

³⁹² La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux *droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*.

³⁹³ Kiteri Garcia, *op.cit.*, p.6.

§1. LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE ET L'INFLÉCHISSEMENT LÉGISLATIF

278. L'article 47 précise que la Cour européenne n'est investie « que » d'une fonction consultative. La Cour strasbourgeoise n'est pas un quatrième degré de juridiction. Elle n'a donc pas le pouvoir d'abroger des lois, de casser ou d'annuler des décisions nationales. C'est là une conséquence du caractère « déclaratoire » des arrêts qu'elle rend. Cependant, la relativité apparente de ses décisions est à modérer. Il appartient à l'Etat condamné d'adopter les mesures individuelles ou générales qui lui permettront de remédier aux violations constatées et d'éviter des condamnations à l'avenir.

Ses décisions ont aussi souvent un retentissement médiatique et politique qui n'est pas sans influence sur la force des décisions de la Cour européenne dans l'opinion des citoyens.

Ces éléments obligent les Etats à prendre les mesures propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce en accélérant le processus législatif. Les arrêts de la Cour EDH servent alors « *d'aiguillon pour accélérer l'évolution* » de certaines règles du droit interne³⁹⁴.

279. Le cas des enfants adultérins est particulièrement révélateur de l'influence des arrêts européens. Il existe, en matière de protection de l'enfant, des conventions et traités, sources du droit, qui auraient pu faire évoluer la loi interne. Une fois ratifiées, les conventions internationales contraignent à l'intégration de nouvelles valeurs fondamentales dans les divers ordres juridiques nationaux. Il en est ainsi, par exemple, de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), dite aussi Convention de New York, adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989. Cette convention « *est apparue comme extrêmement novatrice en ce qu'elle a apporté à l'enfant des droits : le droit à n'être plus un objet, mais un sujet dont l'intérêt allait enfin être pris en compte* »³⁹⁵. Pourtant, il faudra attendre la loi du 3 décembre 2001 pour que la suppression des discriminations à l'égard des enfants adultérins soit intégrée au droit français. Les conventions internationales

³⁹⁴ J.-P. Marguénaud, *op.cit.*, p. 135.

³⁹⁵ J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP*, G, 1994, I, 3739. Lire aussi A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après ». Commentaire article par article, *Dr. fam.* 2009, n° 11, pp. 11-56.

n'avaient jusque là pas réussi à modifier ce que l'arrêt *Mazurek* (affaire précitée) parvint à changer.

La lecture des débats préalables³⁹⁶ fait clairement apparaître que la réforme du statut des enfants adultérins a été accélérée par la jurisprudence *Mazurek* qui condamnait la France pour discrimination envers les enfants adultérins, sur la base combinée de l'article 1er du protocole n°1 garantissant le droit de propriété et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant toute discrimination, en particulier, celles qui sont liées à la naissance.

Il est aujourd'hui clairement admis que les arrêts de la Cour européenne revêtent un caractère *de facto* obligatoire pour les juridictions nationales. La force de la jurisprudence de la Cour européenne ne fait aucun doute et impose une nouvelle façon de juger, calquée sur le système de *Case Law*. La Cour part des faits et détermine le droit comme le font les juridictions de Common law qui s'attachent à « *apporter une solution juste rationnelle à chaque cas d'espèce, ne se satisfaisant pas de la généralité et préférant s'engager dans une analyse approfondie de chaque cas en fonction de ses données propres* »³⁹⁷.

Cependant, on constate que les législations internationales ne sont pas toutes réactives (soumises ?) aux décisions européennes. Ainsi, alors que les décisions de la Cour européenne ne laissent aucun doute sur l'inconventionnalité du droit français relative à la discrimination qui touchait les enfants adultérins, elles n'ont pas, jusqu'à la condamnation de la France, suffisamment « perturbé » le législateur pour le presser d'agir en supprimant les articles du Code civil³⁹⁸ qui laissaient ces enfants dans une situation inégalitaire.

280. Le « hasard législatif »³⁹⁹ n'a pas sa place dans l'évolution du droit de la famille. Ce droit évolue en fonction des mœurs, de la société, des technologies,

³⁹⁶ Rapport n° 378, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage relative aux droits du conjoint survivant, la proposition de loi de M. Nicolas About visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins, par M. le sénateur Nicolas About et Rapport d'information n° 370 fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi n° 224 (2000-2001) adoptée par l'Assemblée nationale relative aux droits du conjoint survivant, la proposition de loi n° 211 (2000-2001) de M. Nicolas About visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins, par M. le sénateur Philippe Nachbar.

³⁹⁷ Bernard Audit, *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013, p.386

³⁹⁸ Articles 334 al. 2, 334-7, 759 à 764, 767 al. 3, 908, 908-1, 915-1 et 1097-1 du Code civil.

³⁹⁹ J. Hauser, « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », *op.cit.*, pp. 121-134, spéc. p. 122.

de l'histoire de chaque nation. Le droit de chaque Etat signataire de la Convention européenne des droits de l'homme est aussi très largement lié au droit et à la jurisprudence européenne qui sont aujourd'hui « *des moteurs actifs de la transformation du droit français de la famille* »⁴⁰⁰.

281. Les domaines d'action et l'influence de la Communauté se sont progressivement élargis pour s'immiscer de plus en plus dans les préoccupations quotidiennes (parmi lesquelles figure la prise en compte de leurs intérêts personnels et familiaux) des ressortissants communautaires. Cette influence peut d'ailleurs susciter quelque méfiance, d'autant que son intrusion dans la sphère privée réserve vraisemblablement encore quelques surprises. Rappelons que la Court of Appeal⁴⁰¹ anglaise, en 1997, a autorisé une femme à exporter le sperme de son mari pour se faire inséminer en Belgique (alors que cette même opération était interdite en Grande-Bretagne) considérant que l'assistance médicale à la procréation relevait du principe de la libre prestation de services, assuré par l'article 50 du traité CE. C'est ainsi que la vie privée ou la vie familiale pourrait recouvrir des marchandises de nature fort diverse (ce qui relève du seul avis du juge). Elle est « à la fois, comme le droit de rester chez soi pour exclure les autres et comme le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres ».⁴⁰²

Autant dire que le champ d'intervention de la Convention européenne est large ! D'autant plus que l'arrêt *Nietmiez*⁴⁰³ a indiqué que « *la Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de vie privée. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un cercle intime ou chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit pour un individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables* ».

La notion de vie privée et sociale a permis à la Convention européenne des droits de l'homme d'influencer de nouveaux domaines tels que le droit à un environnement sain⁴⁰⁴, la vie professionnelle, le droit au nom qui pourtant ne

⁴⁰⁰ P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6e éd., 2013, p. 19.

⁴⁰¹ JCP G. 2000, I, 1206, Obs Jean Sylvestre Bergé.

⁴⁰² J-P Marguenaud, « *La cour européenne des droits de l'homme* », *op.cit.*, p. 68

⁴⁰³ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, § 29 : *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V.

Coussirat-Coustère ; *R.T.D.H.* 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, p. 483.

⁴⁰⁴ CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, Série A, no 303-C. La Cour « rappelle que l'article 8 s'applique aux atteintes graves à l'environnement pouvant affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale ».

figure pas dans le texte de la Convention mais qui est manifestement un moyen privilégié de nouer et de maintenir des relations avec autrui⁴⁰⁵, le droit de connaître ses origines⁴⁰⁶ puisque « *le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de vie privée qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie* »⁴⁰⁷ mais aussi le droit à l'épanouissement personnel⁴⁰⁸ qui peut s'interpréter comme le droit d'imposer aux autres ses choix personnels⁴⁰⁹. Notons que cette autonomie, étendue à l'autodétermination, a amené la Cour européenne à cautionner le sado- masochisme en décidant que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* », ce qui comprend « *la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou psychologiquement dommageables ou dangereuses pour la personne* »⁴¹⁰. Autrement dit, le sadomasochisme relève de la liberté sexuelle reconnue par l'Etat aux individus dans une société démocratique. Pour que de telles pratiques soient « compatibles » avec le droit conventionnel, point n'est besoin de se référer à la protection de la santé et encore moins à la morale ou à la dignité, mais de s'assurer du consentement (voire de la demande express) de la « victime »⁴¹¹.

⁴⁰⁵ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, série A, n°280-B, §24 : *JCP. G.* 1995. I.3823, n° 31, chron. F. Sudre; *R.T.D.H.* 1995.53, note P. Georgin; *RTD Civ.* 1994, p. 563, obs. J. Hauser et CEDH, 24 octobre 1996, *Guillot contre France*, *JCP G* 1997, I, 4000, obs. F. Sudre.

⁴⁰⁶ CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, *RTD Civ* 2002, 866, Obs. J-P Marguenaud, *RTD Civ*, 2002, 795, obs. J. Hauser, *JCP, G.* 2002, I, 157, n° 13, chron. F. Sudre ; Arrêt *Odièvre c/ France*, Cour EDH, 13 févr. 2003 : *JCP. G.* 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 58, note P. Murat ; *R.T.D.civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguenaud ; *Dr. fam.* 2003, chron. 14, obs. H. Gaumont-Prat ; *JCP. G.* 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser; *R.J.P.F.* 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; *D.* 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; *R.T.D.H.* 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet.

⁴⁰⁷ CEDH, 13 oct. 2006, *Jäggi c/ Suisse*, § 25, *RTD civ.* 2006, 727, obs. J.-P. Marguenaud ; *RTD. civ.* 2007, p. 99, obs. J. Hauser.

⁴⁰⁸ L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. Voir CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/Royaume-Uni*, D, 20033, note Chevent-Leclere ; *Dr.famille*, 2002, comm.10, note Gouttenoire-Cornut ; *RTDCiv.* 2002,782, obs. Hauser, 862, obs. Marguenaud ; Defresnois, 2003, 1077, obs. Massip ; *JCP*,2003,I, 101, chron. Rubellin-Devichi.

⁴⁰⁹ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, requête 2346/02, *JCP*, 2002, Ed,G,I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. F. Sudre ; *RTDCiv.* , 2002, p.858, notre J-P. Marguenaud ; Defresnois, 2002, p.1131, note Ph. Malaurie; RIDC, 2006, vol 58, p 657-671, note Christain Byk.

⁴¹⁰ CEDH, 17 février 2005, *Ka Ad c/ Belgique*, D., 2005, 2973, chron. Fabre-Magnan ; *RTDCiv.*, 2005,341, obs. Marguenaud ; *RDP*, 2006,805, chron. Levinet.

⁴¹¹ La Cour européenne remet d'ailleurs ici en cause le principe de droit français selon lequel le consentement de la victime ne peut être exonératoire de la responsabilité pénale.

La compétence de la Cour européenne semble ainsi sans limites, à tel point qu'elle pourrait devenir hégémonique et s'ouvrir aux critiques, voire aux railleries, de ses opposants. Depuis que la vie sexuelle est une composante de la vie privée, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sert à l'épanouissement personnel des sujets.

La Cour européenne reconnaît la « *faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* »⁴¹², la poursuite du plaisir ou du bonheur est donc bien une affaire personnelle et privée.

§ 2. UNE INFLUENCE POLITIQUEMENT CONTESTÉE

282. La Grande-Bretagne a, par la voie de son gouvernement publiquement manifesté son agacement de voir la Cour européenne se mêler un peu trop de la vie des sujets de Sa Gracieuse Majesté.

Le premier ministre anglais, David Cameron, a conseillé à la Cour européenne de se « *concentrer sur les violations les plus sérieuses des droits de l'homme* » et « *de ne pas compromettre sa réputation en contrôlant des décisions nationales qui n'ont pas besoin de l'être* »⁴¹³.

Pourtant, l'Angleterre n'a été condamnée que 8 fois en 2011 (contre 23 fois pour la France, 121 pour la Russie ou 159 pour la Turquie).

Le contentieux s'est envenimé après la condamnation de la Grande-Bretagne, en 2005 quand la Cour européenne⁴¹⁴ a estimé, qu'en privant systématiquement les détenus de droit de vote⁴¹⁵, la Grande-Bretagne contrevenait au principe des élections libres et violait les droits fondamentaux à accéder à l'idéal démocratique qui interdit une « *restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention* » (l'article 3 du Protocole n° 1 qui garantit le droit à des élections libres). La Grande-Bretagne ayant montré peu d'empressement à modifier sa loi, la CEDH a rendu deux nouveaux arrêts, le 23 novembre 2010, pour violation du même texte.

Les 19 et 20 avril 2012, s'est tenue à Brighton la troisième conférence sur la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme. Les Anglais y ont présenté leur projet de réforme. Considérant que les autorités nationales sont les

⁴¹² Arrêt du 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, déjà cité.

⁴¹³ Discours de David Cameron devant la CEDH, le 25 janvier 2012, propos rapportés par Le Monde du 28 février 2012.p.13 et suiv.

⁴¹⁴ CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01. L'arrêt peut être lu sur le site Internet du Conseil de l'Europe <http://cmiskp.echr.coe.int>.

⁴¹⁵ La loi anglaise organise le retrait des listes électorales comme conséquence mécanique des jugements de condamnation.

mieux placées pour appliquer les droits prévus par la Convention dans un contexte national, ils souhaitaient notamment que chaque Etat puisse disposer d'une marge d'appréciation importante en matière d'application et de mise en œuvre de la convention. Le projet Brighton prévoyait aussi de limiter la saisie de la Cour de Strasbourg aux cas d'erreur manifeste ou de problème d'interprétation⁴¹⁶.

Si l'exaspération anglaise peut sembler excessive, elle n'en est pas moins fondée quand elle concerne le nombre et la nature des litiges portés devant cette juridiction. La Cour européenne des droits de l'homme a publié, en janvier 2014, les statistiques de la Cour pour l'année 2013. Alors qu'elle a été saisie de 45000 requêtes au cours des trente premières années, elle en a reçu 65 900 en 2013. En 2013, la Cour a rendu 916 arrêts qui concernaient 3 659 requêtes. Au total, la Cour a terminé l'examen de 93 397 requêtes. Plus de la moitié de ces affaires étaient dirigées contre quatre pays : la Fédération de Russie, l'Italie, l'Ukraine et la Serbie⁴¹⁷. Autant dire que la Cour européenne est au bord de l'asphyxie.

La Conférence de Brighton⁴¹⁸ a finalement opté pour un compromis modéré et prudent. La Grande-Bretagne n'a pas obtenu grand-chose à l'exception de quelques « retouches »⁴¹⁹. Parmi les plus significatives, elle prévoit un élargissement de l'irrecevabilité pour « *absence de préjudice important* » (Art. 35.3 b) introduite par le Protocole n° 14. La Cour pourra alors rejeter une requête si le plaignant n'a pas été victime d'« *inégalité significative* ». Autrement dit, elle ne se penchera plus que sur les plus sérieuses violations de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a également été décidé la réduction de six à quatre mois du délai pour introduire une requête « *à partir de la date de la décision interne définitive* » (Art. 35.1 - Déclaration, § 15 a). La presse se fait l'écho des critiques régulièrement formulées à l'encontre de la Cour européenne. Les reproches se cristallisent souvent autour d'une prétendue ingérence de la Cour de Strasbourg qui tenterait d'imposer un « diktat » des

⁴¹⁶ Lire Le Monde du 28 février 2012.p.13 et suiv.

⁴¹⁷ Lire « La cour européenne des droits de l'homme en faits et en chiffres » : www.echr.coe.int.

⁴¹⁸ Lire : Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme- Déclaration de Brighton. <http://www.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration/>

⁴¹⁹ Nicolas Hervieu, « Bilan contrasté pour la périlleuse conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 avril 2012.

droits de l'homme⁴²⁰ en imposant « sa loi » au mépris de la compétence qui relève encore des Parlements et des susceptibilités internes.

283. Les juges européens prennent ainsi des décisions sur des questions aussi intimement liées aux fondements d'une société que celles des relations familiales, décisions que la Cour de cassation suivra et qui s'imposeront ultérieurement. Or la Cour de cassation est l'un des acteurs principaux de la transformation du système juridique et juridictionnel national, notamment et surtout quand ces transformations sont exigées par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. En ce sens, elle vise à reconstruire, en permanence, un nouvel ordre cohérent à partir de sources de droit diversifiées.

La crainte latente et persistante de l'opinion publique, relayée par les gouvernants, quant à une perte de la souveraineté omet simplement de prendre en compte le fait que le rôle des juges est d'appliquer les textes normatifs. La Cour de Strasbourg est le juge de la Convention européenne, laquelle fait bien évidemment partie de notre hiérarchie des normes décidée elle-même par nos législateurs. Peut-on, dès lors, raisonnablement reprocher aux juges de sanctionner la France, ou un autre pays, pour ne pas avoir respecté des engagements qu'elle a souscrits ?

§ 3. UNE INFLUENCE MESURÉE

284. La jurisprudence de la Cour européenne a pu être perçue comme une menace pour l'autonomie des législations. Elle pourrait même être le siège des luttes d'influence des différents modèles nés du pluralisme juridique, voire le cheval de Troie qui permettrait aux conceptions étrangères de pénétrer les autres législations.

Elle peut aussi apparaître, surtout en matière familiale, comme une entrave à la liberté nationale de juger en considération des réalités culturelles, économiques et sociologiques propres à chaque pays. Ce constat est d'autant plus flagrant que l'autodétermination individuelle défendue par la convention européenne semble peu compatible avec un droit de la famille construit à l'échelle européenne. Madame Mireille Delmas-Marty met en garde contre le « *processus qui confond*

⁴²⁰ Le Figaro, 29 janvier 2012, Rubrique « Société ».

l'unique et l'hégémonique » qui ne peut mener qu'à « *l'effacement de l'histoire, l'oubli de l'inventivité des peuples* »⁴²¹.

Mais la Convention n'est efficacement appliquée que si les Etats disposent d'une certaine liberté dans les moyens de l'appliquer de manière concrète.

C'est la raison pour laquelle, depuis l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976⁴²², la Cour européenne accorde aux législateurs nationaux une marge d'appréciation dans l'exécution de ses obligations et, par là même, pour trancher des situations délicates. Elle estime, en effet, qu'elle n'est pas à même de dégager « *une notion uniforme de la morale* » en Europe et laisse aux autorités nationales le soin d'apprécier la situation au plan local puisque « *L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière (la morale) varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière* ».

Ce faisant, elle reconnaît l'autonomie de chaque Etat mais elle expose aussi « *au grave danger de transformer les droits garantis en droits à géométrie variable et de ruiner l'effectivité de leur système de protection. Autrement dit, la marge d'appréciation des Etats est un principe modérateur dans son inspiration qui pourrait dégénérer en principe destructeur dans son application* »⁴²³.

La marge d'appréciation est elle-même contenue et varie en fonction d'un éventuel consensus européen, d'un plus petit dénominateur commun. Plus le consensus européen est grand et moins la marge d'appréciation est large.

285. Cette marge est plus étendue quand elle met à la charge de l'Etat une obligation positive. Elle permet aussi à la Cour européenne de « botter en touche » quand il s'agit de sujets délicats. C'est ainsi que la Cour a retenu que « *la diversité des systèmes et traditions juridiques* »⁴²⁴ reflétait l'absence de consensus sur l'accouchement anonyme. L'argument ressemble fort à un alibi quand on sait que seuls la France, le Luxembourg et l'Italie reconnaissent ce type d'accouchement. L'intérêt de la marge d'appréciation est d'aller au plus près des droits protégés en reconnaissant une priorité à la proximité de la législation interne. Le risque est d'aboutir à des effets qui ne sont pas recherchés

⁴²¹ M. Delmas-Marty, *Pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, op. cit., p. 951.

⁴²² CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, Série A n°24; GACEDH, n°7.

⁴²³ J.-P. Marguenaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 49.

⁴²⁴ CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France* : JCP. G. 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; JCP. G. 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; R.T.D. civ. 2003, p. 276, obs. J. Hauser; R.J.P.F. 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; D. 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; R.T.D.H. 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet.

par la Convention européenne. C'est ainsi que l'on en vient à mieux protéger le couple et la famille transsexuels que l'homoconjugalité et l'homoparentalité. Les dernières décisions en matière de mariage homosexuels en témoignent. La cour européenne a, en effet, laissé à l'appréciation de chaque Etat, d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels tout en reconnaissant d'ailleurs « *l'existence d'un consensus émergent en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe qui n'empêche pas les Etats de disposer d'une marge d'appréciation quant au moment d'introduire un changement législatif* ». ⁴²⁵ Autrement dit, si une évolution juridique identique se dessine dans plusieurs pays européens, elle pourrait envisager d'adopter une démarche « active ». En bref, la Cour ne crée pas de changement, tout au plus l'accompagne-t-elle en pouvant être utilisée comme « *un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles* » ⁴²⁶.

286. Le droit des homosexuels français ⁴²⁷ à se marier ne doit rien à la Cour européenne qui, pour l'instant, n'a pas imposé de lutte farouche contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en Europe.

Rappelons que l'article 13 du Traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, donne aux autorités communautaires le pouvoir de « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle* ». Malgré l'adoption de ce Traité, la Cour de justice de l'Union européenne a continué de tolérer les discriminations qui privaient les homosexuels d'avantages sociaux reconnus aux couples mariés considérant « *qu'il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent* » ⁴²⁸ tout en acceptant de considérer qu'un transsexuel ⁴²⁹, non marié, puisse faire bénéficier sa compagne de sa pension de réversion pourtant réservée

⁴²⁵ Arrêt du 22 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, déjà cité.

⁴²⁶ Comme l'a rappelé la CEDH au § 70 de son arrêt *Kress c/ France* du 7 juin 2001, « *la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques* », *RTDH*, 2002, p.223, obs. L. Sermet, J.C.P., II, 10578, 2001, p. 1573, note F. Sudre.

⁴²⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013.

⁴²⁸ CJCE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-122/99 P et C-125/99, Rec. P. I-04319 ; D., 2001, p. 3380, note A. Devers et C. Nourissat.

⁴²⁹ Mme B. vivait en couple depuis plusieurs années avec R, une personne née de sexe féminin et enregistrée comme telle à l'état civil, qui, à la suite d'une opération médicale de changement de sexe, est devenue un homme, sans que pour autant elle ait pu modifier son acte de naissance pour officialiser ce changement. Pour cette raison, K. B. et R n'avaient pas pu se marier.

au conjoint survivant.⁴³⁰ La Cour de Luxembourg conviendra cependant que le conjoint survivant et le partenaire survivant devaient être traités sur le même plan puisque leur situation est « comparable »⁴³¹. Le pacs, conclu entre personnes de même sexe, est donc comparable au mariage et devrait donc permettre aux partenaires survivants de percevoir une pension de réversion, ce que le droit français ne reconnaît pas encore.

Si la Cour européenne n'a pas joué de rôle décisif dans la reconnaissance des mariages homosexuels en France, les différents exemples de nos voisins européens, dont les unions auront parfois des conséquences sur le sol français, auront aidé les mentalités à évoluer et à faire du droit de la famille homosexuelle une évidence (pas pour tous, les slogans des manifestants anti-mariage pour tous en ont témoigné) et un enjeu politique.

287. L'influence directe de la CEDH est plus flagrante en matière de transsexualisme. La France a d'abord été condamnée par la Cour européenne pour violation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁴³² pour avoir refusé de rectifier l'état civil d'un transsexuel alors que ce refus obligeait le transsexuel, au mépris du respect de sa vie privée, à se justifier et à révéler son statut. Elle a ouvert la notion d'identité sexuelle au « genre ». Elle a aussi imposé la liberté sexuelle face aux principes d'indisponibilité qui règlementent l'état des personnes en admettant que cette indisponibilité n'était pas un obstacle à la modification de la mention du sexe sur les registres de l'état civil. Ce faisant, en visant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle a reconnu à chacun le droit de choisir son mode de vie personnel et familial. Enfin, elle a permis de remettre en cause l'institution du mariage hétérosexuel en admettant le mariage d'un individu avec une personne du même sexe d'origine que le sien. Dans un second temps, la CEDH a reconnu explicitement le droit de changer d'identité sexuelle⁴³³ considérant que les États doivent reconnaître juridiquement la conversion

⁴³⁰ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c/ National Health Service Pension Agency*, aff. C-117/01, Rec. p. I-00541; *A.J.D.A.*, 2004, p. 321, J.-M. Belorgey ; *D.* 2004, jur., p. 979-983, Ph.Icard ; *Europe*, 2004, comm., n° 75, p. 19 ; *RTDciv.*, 2004, p. 266-267 ; *RTDciv.* 2004, p.373-375, J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

⁴³¹ CJCE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko*, déjà cité.

⁴³² CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France* ; *D.* 1992, Somm. Comm., p. 325, obs. Renucci et I.R. 129, *JCP. G.* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *JCP. G.* 1993. I. 3654, n°19, obs. F. Sudre ; *D.* 1993, 101, J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 1992, 540, obs. J.Hauser et Huet-Weiller; *R.T.D.H.* 1993, 483, obs. O. Pettiti ; *D.* 1992, chron. p.323 de C. Lombois « la position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme ».

⁴³³ CEDH, *Goodwin / Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, précité

sexuelle même si elle leur laisse une marge de manœuvre quant aux conditions requises pour changer de sexe.

Les solutions adoptées par les tribunaux sont, pour l'instant, exclusivement tributaires de la représentation culturelle que la société se fait de la sexualité c'est-à-dire de la possibilité de s'attribuer un genre sexuel; elles ne peuvent pas être la traduction juridique d'une réalité biologique mais la manifestation d'une politique jurisprudentielle qui est appréciée par rapport aux engagements internationaux contractés par la France.

288. Une proposition de loi a été déposée par le député Michèle Delaunay⁴³⁴ qui faisait état de l' « *émergence de solutions internationales satisfaisantes* » qui pourraient valablement inspirer le législateur français. Cette proposition prévoyait notamment la dissolution du mariage préexistant au jour de l'introduction de la requête pour changement de sexe à l'état civil, dissolution devenue caduque depuis l'autorisation du mariage homosexuel⁴³⁵.

L'hypothèse, pourtant possible d'une paternité ultérieure, n'a pas été envisagée. Or, si avant de devenir Madame, Monsieur a fait congeler son sperme, il est envisageable de prévoir qu'une femme puisse porter l'enfant de celle qui est sa compagne. L'enfant devrait donc être reconnu à l'état civil par deux femmes ; celle qui a accouché et celle qui en est biologiquement le père.

Ces situations seront d'autant plus envisageables que le changement de sexe à l'état civil ne dépendrait plus obligatoirement de la réassignation sexuelle. Certaines juridictions⁴³⁶ se contenteraient déjà de la preuve de l'irréversibilité de la transformation à laquelle aboutissent de « simples » traitements hormonaux⁴³⁷.

⁴³⁴ Proposition de loi n° 4127, 22 décembre 2011, consultable sur le site de l'assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr>. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, le 27 juin 2013 a préconisé:

-d'intégrer en droit interne la notion d'identité de genre,
-de simplifier la procédure de changement de sexe à l'état civil notamment en la déjudiciarisant partiellement (déclaration devant l'officier d'état civil, avec deux témoins, puis contrôle et validation par un juge du siège via une procédure d'homologation) et en la déconnectant de toute question médicale (comme le proposait le projet de loi de Mme Delaunay).

⁴³⁵ Fabien Marchadier, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », D. 2013, 152

⁴³⁶ C.A. Versailles, ch. 1, Sect.1, 22 mars 2012, n° 11/03116 citée par Alice Philippot dans sa note parue dans Les Petites Affiches du 3 août 2012, p.16

⁴³⁷ une circulaire du Ministère de la Justice du 14 mai 2010 est venue régulariser la situation, en prévoyant que les juges peuvent « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe

A l'occasion d'un arrêt rendu le 10 mars 2015⁴³⁸, la Cour Européenne des Droits de l'Homme s'est, pour la première fois, prononcée sur les conditions préalables au changement de sexe, et, a considéré que le fait d'imposer l'infertilité du demandeur méconnaissait le droit au respect de la vie privée. Notons qu'en France, les transsexuels ne peuvent obtenir un changement d'état civil que s'ils ont effectué une transformation physique radicale qui passe notamment par la stérilisation.

289. Le 14 mai 2012, le Sénat a rendu publique, une étude comparée des régimes juridiques relatifs à la mention du sexe sur l'acte de naissance⁴³⁹. Elle devrait aider la France à légiférer pour clarifier la procédure de changement d'identité sexuelle. Quel est l'avenir de la mention du sexe à l'état civil ?

Peut-on décider, tout simplement, la suppression de la mention du sexe portée sur les actes de naissance et sur les documents officiels ? Restera le problème du prénom qui est le plus souvent sexué.

Peut-on prévoir, une mention d'indétermination, ne serait-ce que sur les documents officiels, ainsi que l'a suggéré la Section européenne de l'International Gay and Lesbian Association dans sa réponse à la consultation publique⁴⁴⁰ lancée par la Commission européenne sur la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil au sein de l'Union européenne. Les autorités australiennes ont retenu cette possibilité et permettent l'obtention d'un passeport comportant une mention d'indétermination (subordonnée à la production d'une attestation médicale)⁴⁴¹. Il ne s'agit pas de reconnaître un troisième sexe, mais de permettre aux personnes

irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux. » et que les magistrats ne devront « solliciter d'expertises que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur ». Dans tous les autres cas, les juridictions sont désormais appelées à fonder leur avis « sur les diverses pièces, notamment les attestations et comptes rendus médicaux fournis par le demandeur à l'appui de sa requête, qui engagent la responsabilité des praticiens les ayant établis. » Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil NOR : JUSC1012994C.

⁴³⁸ CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c/ Turquie*, n 14793/08 ; Benjamin Moron-Puech, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *Rvdh* revue en ligne, mars 2015 ; Dalloz Actualités, *Transsexualisme : la conversion sexuelle est un droit de l'homme*, Thomas Coustet, 19 mars 2015.

⁴³⁹ Sénat, *Etude de législation comparée*, n°223, 14 mai 2012

⁴⁴⁰ ILGA-Europe, *Contribution to the Green Paper Less Bureaucracy for citizens*, avril 2011, § 5.4.3.p. 34, en réponse au Livre vert de la Commission européenne *Moins de démarches administratives pour les citoyens* (14 déc. 2010 – 30 avr. 2011).

⁴⁴¹ Ph. Reigné, *Etat civil et transidentité. Etat des lieux et perspectives d'évolution*, in *Equality and Justice, Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, 2011, p. 205.

qui ne s'identifient à aucun des deux sexes de l'indiquer sur leur passeport⁴⁴². Le problème de ceux qui s'identifient à un sexe plutôt qu'à un autre ne sera donc pas réglé. Cette mesure peut toutefois être proposée aux indécis⁴⁴³.

La France pourrait aussi s'inspirer de la récente loi argentine du 30 novembre 2011 relative à l'identité de genre qui permet de demander la modification de la mention du sexe et des prénoms indiqués sur les registres de l'état civil sans qu'il soit « *nécessaire de prouver une opération chirurgicale de réassignation génitale totale ou partielle, une thérapie hormonale ou tout autre traitement psychologique ou médical* »⁴⁴⁴. Le changement d'état civil est donc effectué par l'officier d'état civil sans qu'il y ait lieu de saisir une juridiction.

Une nouvelle fois, l'inspiration ne viendra vraisemblablement pas de l'Europe.

Les récents débats (ou plutôt les récents affrontements), en France, sur le genre ne laissent pas présager d'une prochaine évolution législative en la matière. Notons cependant, qu'après avoir lu le dossier thérapeutique de l'intéressé et noté que le sexe du requérant apparaît « *comme une pure fiction imposée durant toute son existence* », le Tribunal de Grande Instance de Tours, le 20 août 2015, a décidé que l'état civil d'un homme qui lui attribuait depuis 65 ans un sexe masculin, devait être rectifié et désormais comporter une « *mention neutre* ». Le parquet a fait appel de la décision, estimant qu'il s'agirait là de la reconnaissance inédite, en France, d'un « *troisième genre* » qui n'est pas prévu par les textes⁴⁴⁵.

Le télescopage du genre avec la famille a temporairement bloqué un changement législatif. Une partie de la société admet que le genre, c'est-à-dire le masculin et le féminin, ne découle pas mécaniquement du corps et de la différence des sexes mais, cette approche du genre peine à « entrer » dans la famille au sein de laquelle rôle et genre sont bien souvent associés⁴⁴⁶.

⁴⁴² L'Australie reconnaît qu'une personne peut être ni de sexe masculin ni de sexe féminin et autorise donc l'enregistrement d'une personne comme étant d'un genre "non spécifique". Le Monde du 2 avril 2014, page International.

⁴⁴³ Le phénomène n'est pas si marginal. On estime entre 40 000 et 60 000 le nombre de transsexuels que compterait la France. Un chiffre, communiqué par les associations, qui est approximatif, aucune donnée officielle n'existant sur le sujet.

¹⁶⁰ Lire l'Étude de législation comparée n° 223-mai 2012, sur le site Internet du Sénat: <http://www.senat.fr/lc/lc223/lc2232.html>

⁴⁴⁵ TGI, Tours, 2^{ème} ch., 20 août 2015 ; Dalloz. Actualité, 16 octobre 2015, note Thomas Coustet, Le Monde du 14 octobre 2014.

⁴⁴⁶ F. de Singly « Quels bons stéréotypes pour le genre et la famille », Le Monde du 7 février 2014, Page Idées.

§ 4. LE CONSENSUS EUROPÉEN OU L'ŒCUMÉNISME JURIDIQUE EN MATIÈRE FAMILIALE

289. Les États européens appréhendent la notion de famille avec nuance et ce sujet suscite des débats nationaux à l'issue desquels, aucun consensus n'est défini. Quand il est impossible d'avoir le débat à l'intérieur des frontières ou que son issue semble trop incertaine, le débat se tient à l'extérieur, devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans bien des hypothèses, les droits nationaux sont « en retard » sur la réalité et ne donnent pas de réponse aux nouvelles questions posées, ce qui incite les citoyens à aller frapper à la porte de la Cour européenne qui se résout à répondre bien souvent qu'en « (...) lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation [des Etats] est plus large »⁴⁴⁷. La Cour européenne s'est abondamment fondée sur ce consensus pour condamner un pays et l'encourager à changer la législation nationale ou pour, au contraire, lui reconnaître une large marge d'appréciation.

De quel consensus s'agit-il ? Un accord unanime de tous les pays membres ? Une direction ? Une communauté de vue ? La cour européenne considère que le consensus est une base partagée, qui permet, par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, de faire évoluer les normes communément acceptées (dans l'idéal par l'ensemble des citoyens européens), notamment en matière familiale. Il vise à établir un standard commun que les autorités nationales doivent garantir, même face à des intérêts collectifs poursuivis au niveau national.

Le contenu même des droits et libertés protégés par la Convention doit évoluer à la lumière des conditions de vie et des connaissances techniques et scientifiques actuelles.

L'interprétation évolutive de la Convention a ainsi permis à la Cour européenne, sur la base du consensus, de proposer une interprétation dynamique du droit de la famille. La Cour européenne a ainsi reconnu, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*,⁴⁴⁸ que « distinguer (...) entre famille « naturelle » et famille « légitime » passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l'époque où

⁴⁴⁷ CEDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, déjà cité..

⁴⁴⁸ CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c/ Belgique*, déjà cité.

fut rédigée la Convention (...) » , elle admet cependant avoir été « frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage « mater semper certa est »⁴⁴⁹.

L'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, lui permet à nouveau de mettre en relief la nécessité d'appréhender les droits protégés en tenant compte de l'évolution des mentalités puisqu'« *on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui : dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale* ».

Dans l'arrêt *L. et V. c. Autriche*, la Cour européenne, avant de prononcer la violation de l'article 8 avec l'article 14, s'est interrogée sur le caractère raisonnable et objectif de la discrimination. Elle a retenu qu'« *en l'espèce, les requérants soulignent qu'il existe un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines, ce dont le Gouvernement ne disconvient pas* »⁴⁵⁰.

Dans certains cas, en l'absence d'approche juridique commune, la Cour admet que l'on peut passer au-delà du critère de la majorité, si l'émergence d'un nouveau droit est prévisible : «*Rien dans le dossier ne donne à penser que pour ce qui est des rôles sexuels, la culture du Royaume-Uni soit essentiellement différente de celle d'autres États membres [...]. La Cour attache « moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés.* »⁴⁵¹.

290. La Cour a parfois considéré que l'absence de démarche européenne commune ne lui permettait pas d'imposer une solution : « *Force est de constater*

⁴⁴⁹ CEDH., 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A, n° 45 Sudre et autres « Grands arrêts de la Cour EDH » 7ème éd, 2015, n°52

⁴⁵⁰ CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*, § 45, D. 2003. 2278, obs. L. Burgorgue-Larsen ; J.C.P. 2003, G., I, 160, p 1573, n°16, obs F. Sudre.

⁴⁵¹ Arrêt, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, précité.

qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines. Etant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat (...) ». Cette marge d'appréciation n'est cependant pas un blanc seing « Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention. »⁴⁵²

Cette notion de consensus est une notion incertaine, floue et mouvante. La Cour européenne prend acte de l'évolution des législations en Europe vers la reconnaissance de nouveaux droits et laisse la porte ouverte pour de futures évolutions, en rappelant que la Convention est un instrument vivant, « à interpréter à la lumière des conditions récentes »⁴⁵³; L'absence de consensus ou l'oubli, même volontaire, de s'y référer n'exclut donc pas une interprétation progressiste de la Convention européenne.

291. Notons, pour finir, que c'est encore sur la reconnaissance d'un consensus que la Cour européenne a affirmé, pour la première fois, que les couples de personnes du même sexe constituaient une cellule familiale méritant une reconnaissance légale des systèmes nationaux : « La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la

⁴⁵² CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, précité.

⁴⁵³ CEDH, 22 janvier 2008, *E. B.c/ France*, déjà cité.

société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels[...] Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une "vie familiale" aux fins de l'article 8»⁴⁵⁴. Cependant, ce consensus n'étant pas encore unanime, la Cour ne condamna pas l'Autriche et lui laissa le temps d'adapter sa législation et de fixer les modalités juridiques qui encadrent les relations du couple homosexuel : «Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives ».

⁴⁵⁴ CEDH, 22 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, déjà cité.

Partie II

LA FAMILLE A-T-ELLE UN AVENIR ?

292. L'Église fut longtemps la gardienne des valeurs familiales. Quand la balance de la justice remplaça le goupillon dans le rôle du censeur des bonnes mœurs, le droit devint le corset qui maintenait la morale dans une contrainte rassurante.

Mais le besoin de liberté et le bouleversement des mœurs ont changé le rapport à la famille et au droit.

Il était traditionnellement admis que l'organisation de la famille, telle qu'elle avait été édictée par le législateur, était d'ordre public. La famille n'était que ce que le droit voulait qu'elle soit. En conséquence, toute convention dérogeant aux règles gouvernant l'organisation et la composition familiale constituait une atteinte à l'ordre public classique de direction. Les rapports patrimoniaux étaient plus souples, le législateur admettant une certaine liberté, notamment dans le choix d'un régime matrimonial.

Les bouleversements familiaux ont changé l'implication du droit dans la famille.

293. Le droit fixe les contours normatifs d'une société. Il fixe donc les règles et les normes qui encadrent les conduites et leur confère un caractère social.

Or, la norme permet de se situer et de se construire à partir de critères stables.

La règle de droit pourrait encore exercer une force symbolique répondant aux besoins de repère d'une société. Il n'est pas sûr que les nouvelles normes imposées par le pluralisme familial soient cohérentes pour tous.

Depuis une vingtaine d'années, il semble que la famille ait évolué plus vite que le droit. Pourtant, le droit s'est adapté à l'évolution sociétale notamment en s'imprégnant de considérations sociologiques.

294. Une « nouvelle méthode » législative mise en œuvre par le Doyen Carbonnier- analyses sociologiques et démographiques, études psychologiques- permet au droit d'être l'alliage entre le maintien de valeurs et l'adaptation à la réalité sociale. Parmi ces valeurs, l'égalité est certainement celle qui a pris, dans

le droit de la famille, une dimension universelle : égalité des sexes, égalité des époux, égalité des parents, égalité des naissances et des modèles familiaux.

L'égalité a supprimé toute hiérarchie entre les membres de la famille.

Cette approche n'a pas été encouragée par tous les juristes. Ainsi, Georges Ripert imputait-il la responsabilité du déclin du droit aux sociologues :

«Eliminant toute conception métaphysique, attentifs à tous les modes de vie, réduisant la morale à la science des mœurs et l'économie à l'histoire des crises, ils ont dénoncé le statisme du droit pour défendre l'idée d'une évolution nécessaire. Pour l'affirmer, ils ont éclairé ce qui change et caché ce qui demeure. Les juristes n'ont péché que par faiblesse »⁴⁵⁵.

Les deux points de vue exprimés pourraient se réduire à ne voir pour le juriste que l'importance de l'ordre et de la permanence des choses, et pour le sociologue, l'intérêt de la reconnaissance du changement et des dysfonctionnements au sein de la société.

Il faut surtout reconnaître que l'évolution des mœurs et de la famille a favorisé le rapprochement de plusieurs domaines de pensée qui permet au droit de mieux s'adapter aux normes sociales qu'il doit non pas rendre obligatoires mais protéger.

295. A l'intérieur de la famille, peu importe la configuration familiale, c'est l'individu en sa qualité de parent, d'époux, de femme, d'enfant qu'il faut protéger.

Les grands principes tels que l'égalité des droits et la liberté individuelle sont désormais bien définis et protégés. Ils constituaient le gros œuvre de la rénovation. Reste maintenant à prévoir les aménagements. Certains ont été faits ou ébauchés. Le mariage entre personnes de même sexe, tant redouté par certains, ne semble pas, un an après sa légalisation, avoir remis l'édifice en cause ni mis fin à la civilisation en transformant le législateur en prophète de l'apocalypse.

A l'époque où l'on peut choisir son conjoint, choisir également d'en avoir un ou plusieurs (mais pas en même temps), d'avoir des enfants ou de ne pas en avoir ; où l'on peut aussi choisir son genre et même son sexe en changeant celui de naissance, la norme doit être plus souple et relativiser la rigidité des concepts familiaux initiaux.

⁴⁵⁵ Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 cité par J. Commaille lors du débat « Droit et sociologie des rapports au risque de l'histoire » au cours de la séance du 9 juin 2008 à l'Académie des sciences morales et politique. (Texte consultable sur le site Internet de l'Institut de France <http://www.asmp.fr/presentation/institution.htm>).

« Le modèle séculaire du couple monogame hétérosexuel éternel, sur lequel s'appuient les fondements de l'organisation de notre monde, s'effrite depuis si longtemps que le temps est venu d'admettre qu'il a besoin d'un vrai réaménagement, voire d'être repensé de fond en comble »⁴⁵⁶.

Cela ne veut pas dire qu'il faut tout démolir. Le schéma classique d'une femme et d'un homme qui décident de fonder une famille pérenne dans laquelle chacun aura un rôle bien défini n'est plus un passage obligé mais constitue un mur porteur de l'édifice familial. Il n'est pas question d'en retirer la moindre petite partie ni d'en modifier la structure. Mais, à partir de ce mur, ne peut-on pas revoir la charpente et imaginer l'extension de l'édifice pour en faire une bâtisse moderne, adaptée à l'époque et aux contraintes actuelles et dans laquelle chacun peut trouver une place ?

La famille a besoin de trouver des nouveaux repères (Titre 1) pour stabiliser ses composantes que sont le couple et la parenté. Ce préalable permettra d'envisager quels éléments seront déterminants pour comprendre et fonder la famille du XXI^{ème} siècle (Titre 2).

⁴⁵⁶ S. Hefez, *Le nouvel ordre sexuel*, 2012, Editions Kéro, p.20

TITRE 1 : LA FAMILLE À LA RECHERCHE DE SES REPÈRES

296. Aujourd'hui, la famille et le couple sont marqués par une révolution du modèle traditionnel, mais une révolution inachevée. Sans doute le sera-t-elle. Quel lien peut avoir assez de force pour unir sur le long terme des composantes aussi diverses dans un même groupe ? Quel lien peut, à lui seul, créer ou briser une famille ? La volonté des protagonistes « gravée au bas d'un parchemin » ? Le sang commun ? Quelle discipline doit décider ce qui définit une famille ? « *Est-ce le droit ou l'histoire qui étudient les traditions et les règles, les droits et les devoirs ? Est-ce la sociologie (qui étudie la société d'aujourd'hui) ou l'ethnologie (qui compare les sociétés entre elles, les plus archaïques avec les plus modernes) ? Est-ce la psychologie ou la psychanalyse qui insistent tellement sur les conditions de développement des enfants ? Vous connaissez la réponse : toutes ces sciences s'ajoutent, car elles n'en donnent chacune qu'un aspect. La famille est une réalité complexe* »⁴⁵⁷.

Le législateur a tenu compte de cette réalité mais un fossé s'est creusé entre le droit et les différents types de configurations familiales, car il y a « *infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi* »⁴⁵⁸. Aussi faut-il analyser « ce qu'il se passe dans la vie » et en extraire ce qui fonde les réalités conjugales (Chapitre 1^{er}) et familiales (chapitre 2).

⁴⁵⁷ S. Vallon, « Qu'est-ce qu'une famille ? », *VST - Vie sociale et traitements* 1/ 2006 (n° 89), p. 154.

⁴⁵⁸ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, [nouvelle éditions LGDJ 2013], Defrénois, 2^e éd., 1998, p. 118.

Chapitre 1^{er} – CONSTANCE ET INCONSTANCE DU COUPLE

296. Faut-il ou non défendre le couple ? La vie conjugale, l'institution du mariage méritent-elles d'être repensées ? Faut-il accepter l'union des âmes, la belle amitié décrite par Montaigne ou bien briser tous les tabous et étendre la conjugalité à toutes les situations de couple ?

Tandis que l'image traditionnelle ou classique du couple se perpétue, des réalités et des préoccupations humaines inédites ont modifié le paysage conjugal et modifié le fondement de la conjugalité qui implique à la fois une sexualité et une notion de projet et de durée. Les sentiments amoureux et la sexualité devraient, par nature, échapper au législateur puisqu'il n'existe pas de droit à l'amour ni à la sexualité épanouie. Cependant, l'État (et l'Église avant lui) intervient sur beaucoup de sujets relatifs à la vie sexuelle, du mariage (section 1) à la fidélité conjugale (section 2) en passant par l'identité sexuelle et le genre (section 3) sans oublier les incidences de la fin de l'hétéronormativité (section 4).

Section 1 – LE COUPLE PAR LE TROU DE LA SERRURE : LE DROIT DU SEXE

297. L'évolution du droit de la famille et celle du droit du sexe sont parallèles. Comparer ces deux branches du droit peut paraître singulier, pervers ou curieux mais, quel que soit le qualificatif retenu, il faut bien admettre que ces deux disciplines sont intimement (c'est le cas de le dire) liées.

La rencontre du sexe et du droit marque le début d'un changement dans les relations, d'abord du couple, ensuite par incidence dans l'ensemble de la famille. La sexualité a eu un rôle majeur dans la restructuration familiale. Si on pouvait parler, avant, d'un ordre privé de la famille organisé autour du mariage, telle qu'elle ressort de la codification napoléonienne, on peut aujourd'hui parler d'un ordre privé organisé autour du sexe. La sexualité a pris une place primordiale dans la régulation des affaires de couple. Peut-être même une place centrale qui expliquerait l'essentiel des bouleversements qu'a connus la conjugalité puisque la révolution de la sexualité s'est accompagnée d'une révolution du concept même de couple. L'interrogation essentielle est la suivante : quelle place le sexe doit-il ou peut-il prendre dans un couple, dans une famille et plus généralement dans une société ? Pour répondre à cette question, plus complexe qu'elle en a l'air, un regard vers le passé même très lointain est indispensable.

§ 1. SEXE ET SACREMENT

298. La Bible est le fondement des premiers interdits sexuels (connus à l'époque). Elle visait notamment l'inceste, l'adultère, le viol, l'homosexualité, la prostitution, tous punis de mort. Dans la Bible le sexe passe par Dieu Sodome et Gomorrhe, les filles de Lot, Abraham qui « prêle » Sarah au pharaon ou encore Salomon et son harem de sept cents femmes ne sont que quelques exemples qui reflètent les mœurs pour le moins dissolues de l'époque. On peut même s'étonner, compte tenu de la débauche affichée, de voir la Bible continuer d'être considérée (dans beaucoup de sociétés occidentales) comme le livre fondateur de la morale judéo-chrétienne⁴⁵⁹.

La lecture du nouveau testament nuance la vision plutôt « crue » que donne l'Ancien testament. Sur le plan sexuel, les évangiles sont beaucoup plus modérés : Jésus, le personnage principal, semble d'une chasteté exemplaire à l'image de sa mère qui n'a même pas eu besoin d'un homme pour procréer. Contrairement au texte précédent, on n'y trouve pas de scènes de débauche. Tout au plus y retrouve-t-on la condamnation de l'adultère, de la prostitution et de la répudiation⁴⁶⁰. Leur sanction n'est plus la mort et reste spirituelle. Ainsi la femme adultère n'est plus lapidée et Jésus lui promet même le royaume des cieux.

A la barbarie biblique succède donc l'indulgence évangélique. Ce n'est pourtant pas le sentiment qui guidera la chrétienté. L'Eglise forgera sa doctrine officielle sur le renoncement, la virginité et l'abstinence. Elle fera du sexe un péché condamné par Dieu.

Dans sa grande bonté Dieu ouvrira quand même une porte et permettra l'acte sexuel (il n'a jamais été question de plaisir) dans le cadre strict du mariage hétérosexuel monogame et indissoluble.

Même si charité bien ordonnée commence par soi-même, ce modèle unique chrétien, soumis au regard réprobateur divin a eu du mal à s'imposer même dans le clergé. Grégoire XIII, qui mourut en 1585, sera le dernier pape père de famille (officiel). Le mariage des prêtres était pourtant interdit depuis la bulle papale de Grégoire VII de 1073.

⁴⁵⁹ Certains, comme Madame Christine Boutin, n'hésiteront pas à la brandir dans l'enceinte même de l'assemblée nationale, par exemple, lors du débat sur le PACS (débat du 8 Octobre 1998).

⁴⁶⁰ Procédure de séparation autorisée par Moïse lui-même en arguant il est vrai de la dureté de cœur et de l'égoïsme des hommes.

Plus proches de nous, le cardinal Mazarin⁴⁶¹ et Talleyrand⁴⁶², évêque d'Autun, n'avaient rien à envier aux « écarts libertins » des Papes.⁴⁶³

299. L'église a fait du mariage un sacrement dès le début du douzième siècle. Il faudra attendre le concile de Trente, en 1564, pour qu'elle en fasse une union des corps (et des cœurs) dont elle contrôlera la formation et l'exécution. Ainsi, le clergé, alors même que ses membres étaient contraints au célibat et qu'ils ne pouvaient pas, de fait, créer de famille, pouvait-il diriger et orienter la vie familiale de ses ouailles⁴⁶⁴.

Le cadre étroit des relations de couple est d'ailleurs peut-être la raison pour laquelle l'église refusera à ses représentants le droit de rentrer dans le mariage les protégeant ainsi du carcan qu'ils auraient pu être tentés d'endosser.

Le sexe entre époux a donc très tôt fait l'objet de toutes les attentions, d'abord du droit canon, ensuite du droit civil (et du droit pénal). Pour le droit canon, le mariage est à consommer (avec modération tout de même). Sa fonction est avant tout procréatrice. La Bible aborde le sujet de la sexualité puisque Dieu a créé des êtres sexués. La formule utilisée est peut-être aujourd'hui un peu datée : « *L'homme connut Ève, sa femme* » (Genèse 4, 1). Elle n'apparaît qu'au chapitre 4, une fois le paradis quitté mais il faut reconnaître que Dieu avait d'autres préoccupations dans les chapitres précédents.

La France monarchique considère le mariage religieux comme la seule forme d'union sexuelle créatrice de droits. Concernant d'éventuelles autres unions, elle reprend les interdits bibliques et punit de mort les relations qui, hors mariage, ne peuvent être que contre nature.

La loi du 20 septembre 1792 retirera au clergé la tenue des registres recensant les naissances, les mariages et les décès. Elle mettra fin à la primauté du mariage religieux en interdisant sa célébration avant le mariage civil. Ce bouleversement marque le début d'une nouvelle ère, celle des droits de l'homme et, avec elle, celle d'une nouvelle histoire du droit du sexe dans le couple et donc dans la société.

⁴⁶¹ S. Bertière, *Mazarin, le maître du jeu*, Editions de Fallois, 2007 ; R. Amédée, *Les nièces de Mazarin*, Editions France Empire, 2012.

⁴⁶² J. Orieux, *Talleyrand ou le sphinx incompris*, 1992, Flammarion.

⁴⁶³ De vrais « enfants de chœur » à côté du cardinal Borgia, fils du pape Alexandre VI qui assassina son frère ainsi que le mari et l'amant de sa sœur Lucrece.

Rappelons aussi que Jules II est mort de la syphilis dont le mode de transmission est peu compatible avec une vie strictement contemplative.

⁴⁶⁴ John O'Maley, *Le concile de Trente : ce qui s'est vraiment passé*, Editions Lessius, 2013.

Cette histoire, sortie de l'obscurantisme religieux, a suivi l'évolution des mœurs et des idées. Elle s'est imprégnée, non plus uniquement de la prohibition chrétienne, mais des influences conjuguées des philosophes, des moralistes, des humanistes et surtout du vent de liberté qui a soufflé sur la société française après la révolution.

L'histoire a commencée sous de bons auspices avec la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui place la liberté et l'égalité au sommet de la hiérarchie des normes de la société française. La liberté individuelle qui comprend notamment la liberté des mœurs sort du joug de l'Etat et de l'Eglise et relève désormais de la sphère privée.

C'est cette idée de liberté qui animera le législateur de 1792 et qui lui permettra, pour la première fois en France, d'autoriser le divorce par consentement mutuel. Il s'agissait alors d'exclure tout engagement indissoluble considéré comme une entrave à la liberté de chacun.

§ 2. CODE CIVIL ET SEXUALITÉ

300. Cette liberté des mœurs sera de courte durée. Le code civil de 1804 s'efforcera de protéger l'institution du mariage et des bonnes mœurs plutôt que la liberté de chacun. Il s'est, en effet, emparé du mariage en règlementant les rapports entre époux de la conclusion à la dissolution de l'union. La séparation pour consentement mutuel n'est plus possible, seul le divorce pour faute est prévu (la possibilité sera supprimée en 1816 et à nouveau autorisée par la loi Naquet de 1884).

Le principe d'égalité, surtout entre les sexes, a déserté l'esprit des rédacteurs de ce code civil. L'homme est le chef de famille, sa femme lui doit obéissance, elle n'a aucun pouvoir juridique ou économique.

« *Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande* »⁴⁶⁵. Ainsi commençait le discours préliminaire à la rédaction du code civil de Portalis. Plus rien n'empêche l'Etat de se mêler des affaires personnelles et privées des Français.

Le code civil se glisse même sous les draps et prévoit que l'épouse ne peut se refuser à son mari. Comment pourrait-elle refuser, à celui qui a autorité sur elle, une sexualité chrétienne tournée vers l'enfantement

⁴⁶⁵ F. Ewald, *op. cit.* p. 169.

301. L'inégalité sexuelle est frappante dans l'obligation de fidélité entre époux puisque, seul l'adultère de la femme est sévèrement puni, celui du mari étant toujours jugé plus compréhensible.

L'obligation de fidélité visait, non seulement à « cloîtrer moralement » les femmes mais aussi à préserver une institution familiale dominante et choisie comme modèle par le législateur (toujours masculin) : la famille légitime.

La finalité ultime de la fidélité était de ne pas introduire d'enfant adultérin dans la famille légitime.

§ 3. DE LA LÉGALITÉ À L'ÉGALITÉ

302. Il faudra attendre les années 1960 pour que débute l'histoire moderne du droit du sexe et que se déconstruise lentement le trinôme sexualité, procréation et conjugalité.

C'est à partir de là que la protection du droit ne va plus se focaliser sur les enfants procréés mais sur la liberté sexuelle individuelle. Cette période se caractérisera par la reconnaissance progressive de cette liberté sexuelle parmi les droits de l'homme et de la femme. Corrélativement, se développeront des restrictions d'ordre public ou privé.

En France, on considère que cette révolution sexuelle à eu lieu dans les années 1960. Les revendications des mouvements féministes seront à l'origine de certains textes libertaires et égalitaires. Citons, notamment, la loi du 26 décembre 1967 qui donne aux femmes le droit à la contraception. Ce droit est accordé à toutes les femmes, qu'elles soient mariées ou non. Il marque les débuts de l'autonomisation de la sexualité par rapport au mariage. Rappelons que les pays dont le droit est fondé sur le Coran n'accordent, encore aujourd'hui, le droit à contraception qu'aux femmes mariées, les relations, hors mariages, étant toujours prohibées⁴⁶⁶.

La loi du 17 janvier 1975, votée après de houleux débats aura également une grande influence sur les mœurs en autorisant l'interruption volontaire de grossesse. Elle entérinera l'importance cruciale du consentement maternel à l'engendrement et exclura celui du père.

⁴⁶⁶ Certains pays de droit musulman poussent même un peu loin le trop plein de liberté sexuelle accordée à l'homme : la presse internationale a notamment relayé le cas d'une norvégienne violée à Dubaï, en 2013, poursuivie et condamnée à 16 mois de prison pour « *rappports sexuels en dehors du mariage* ». Il n'est pas certain que la victime ait été convaincue par l'exception culturelle, les traditions sociales ou les théories biologiques et religieuses qui ont pu justifier le comportement de l'agresseur.

L'adultère et l'homosexualité seront respectivement dépénalisés en 1975 et en 1982.

Sans jamais parler de sexualité (alors qu'il n'est question que de cela et plus particulièrement de la maîtrise des conséquences de la sexualité), ces textes ont aligné les droits de la femme sur ceux de l'homme dans les relations sexuelles du couple marié ou non. Le couple ne peut pas être appréhendé en dehors de la sexualité puisque son existence même suppose l'entretien de relations sexuelles. L'union doit non seulement être « consommée », mais encore de manière renouvelée tant que dure la relation.

303. C'est dans les années 1980 que le droit européen, source du droit de la famille et du sexe, reconnaîtra officiellement cette liberté. C'est en effet sur le fondement de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que la Cour européenne des droits de l'homme fera du « droit à l'autodétermination sexuelle » un élément du droit à la vie privée garanti par son article 8. En 1981, elle considèrera que la société n'a pas à imposer ses normes en matière de moralité sexuelle ni à tolérer les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. A partir de ce moment là, la Cour européenne des droits de l'homme exercera un contrôle plus ou moins direct et efficace sur les sujets qui ont trait à la liberté sexuelle, qu'ils concernent l'homosexualité, le mariage, le divorce, le transsexualisme ou l'adoption homoparentale.

Le législateur civil a poursuivi la voie de la liberté et de l'égalité sexuelle. Une étape a été franchie par la loi du 15 novembre 1999 instaurant le pacte civil de solidarité (PACS) qui fixe pour la première fois un régime juridique pour les couples homosexuels. A l'époque, le législateur n'avait pas jugé opportun de leur donner le droit au mariage qui sera accordé par la loi du 17 mai 2013.

C'est aussi pour se conformer aux directives européennes que le droit français autorise le libre choix de l'identité sexuelle des transsexuels.

En 2006, le mariage présume le « consentement à l'acte sexuel » mais n'est plus la cause d'une obligation sexuelle. Il va devenir une circonstance aggravante⁴⁶⁷ du viol. En effet, l'article 11 de la loi du 4 avril a introduit l'alinéa 2 de l'article 222-22 du Code pénal qui dispose que « *le viol et les autres agressions sexuelles sont constituées lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances*

⁴⁶⁷ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, JORF 5 avril 2006.

prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. » En 2010, la référence à la présomption de consentement disparaît⁴⁶⁸, le texte précisant que l'existence de relations antérieures entre l'auteur du viol et la victime constitue même une circonstance aggravante qui permettra de punir encore plus sévèrement l'auteur. Alors que la peine maximale encourue pour un viol est de 15 ans, le mari violeur peut encourir jusqu'à 20 ans de prison.

Ainsi, en moins de deux cents ans, le mariage est passé de l'instrument de soumission de la femme à la cause d'aggravation des infractions sexuelles au sein du couple.

§ 4. LA LIBERTÉ SEXUELLE

304. La liberté sexuelle a mis quarante ans à se construire. Si on n'imagine pas revenir à la situation antérieure, on n'imagine pas non plus de grands bouleversements à venir de la situation actuelle. La liberté et l'égalité sexuelle sont là. Elles ont totalement intégré la sphère conjugale et familiale au moins en apparence, la réalité s'avérant parfois différente. Elles jouent et joueront un rôle essentiel dans la vie du socle familial qu'est le couple.

La liberté sexuelle offre désormais suffisamment de recul pour en dégager les principes fondamentaux et les limites.

A - LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

305. Le premier principe est celui qui impose à l'État de ne pas s'ingérer dans la vie sexuelle de ses ressortissants, il n'a pas à imposer une quelconque morale. La liberté sexuelle pourrait se définir comme le droit de faire tout ce qu'on veut (avec son corps) sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des autres. Composante de la liberté individuelle, elle a donc une valeur constitutionnelle supérieure à la loi nationale en droit interne comme en droit international. Véritable droit fondamental, il est attaché à la seule condition humaine et devrait s'appliquer sans considération de nationalité ou de domicile. Permettre

⁴⁶⁸ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JORF 10 juillet 2010.

l'épanouissement sexuel, corollaire de la liberté est même pour la Cour européenne des droits de l'homme une obligation positive des Etats à l'égard de leurs ressortissants.

Cette liberté engendre une large variété de possibilités qui vont du droit à l'abstinence au droit de choisir ses pratiques sexuelles en passant par le droit de se marier, de se pacser, de choisir ses partenaires sexuels qu'ils soient hétérosexuels, homosexuels ou transsexuels. Comme toute liberté, celle-ci n'est pas sans limites. La plus importante est celle d'obtenir le consentement libre et éclairé du ou des partenaires. Cette limite est l'origine de la protection des personnes vulnérables.

Enfin, la liberté du sexe n'est pas synonyme de droit au sexe. L'Etat, la société et le législateur ne peuvent et ne doivent protéger que l'épanouissement d'une sexualité librement consentie⁴⁶⁹. Cette liberté est d'ailleurs clairement verrouillée dans le mariage qui se veut, en France, monogame et soumis au devoir de fidélité.

L'égalité sexuelle, quant à elle, peut se définir comme l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, les mœurs ou l'orientation sexuelle. Elle interdit les inégalités dans l'exercice de sa liberté sexuelle et ce quel que soit le type d'union choisi, mariage, pacs, concubinage. Elle interdit aussi de traiter différemment les enfants adultérins, incestueux ou naturels, cette différence ne résultant que de la nature des liens de leurs parents au moment de leur conception. Enfin, les orientations sexuelles ne peuvent pas davantage donner lieu à discrimination. Les relations homosexuelles et hétérosexuelles ne peuvent dès lors être traitées différemment.

⁴⁶⁹ Notons ici que la sexualité des personnes handicapées n'est pas, en tant que telle, réglementée. Il n'existe donc pas de lois la régissant de manière spécifique. Il n'existe pas non plus de droit opposable à la sexualité. Contrairement à ce qui a été décidé en Suisse, aux Etats-Unis, aux Pays-Bas, au Danemark, en Belgique et en Allemagne, la France n'a pas fait de « l'assistance sexuelle » une situation professionnelle comme les autres en raison du principe de non-utilisation marchande du corps humain.

B - UN REGARD DIFFÉRENT SELON L'ALTERNATIVE CONJUGALE

306. Le droit devrait parvenir à un lissage, une uniformisation de la protection de l'individu dans le couple.

L'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe, les mœurs ou l'orientation sexuelle comprend, en particulier, la fin des inégalités entre les deux sexes dans le couple

Le droit français a réduit le modèle familial à la notion de couple juridique. La famille, prolongement de ce couple, est donc celle issue d'une union de droit ou de fait permettant, le cas échéant, de sauvegarder l'enfant à naître ou déjà né.

La loi du 29 juillet 1994 sur l'assistance médicale à la procréation⁴⁷⁰ a permis de clarifier la notion de couple (limité à l'hétérosexualité en 1994). Le terme de couple est devenu l'expression moderne du mode de vie conjugal. Il est, en quelque sorte, la synthèse juridique de la vie à deux.

Dans le langage commun, le couple constitue une paire, sans autre spécification. Juridiquement, il exprime l'union de deux personnes. La loi de 1994 avait exclu de ce couple la famille unilinéaire (non bicéphale) telle que décrite par le Doyen Cornu⁴⁷¹ en réduisant la famille au couple et en excluant les célibataires et les homosexuels. Cette distinction ne se justifie plus depuis l'autorisation du mariage aux personnes de même sexe.

Cette approche restreinte du couple s'expliquait par le fait que la procréation médicalement assistée (PMA) avait été développée pour lutter contre l'infertilité des couples. Une infertilité qui n'est avérée que dans l'hypothèse d'un couple hétérosexuel en âge de procréer. C'est la raison pour laquelle ne formaient un couple potentiellement bénéficiaire de la PMA que les unions légales ou de fait constituées d'un homme et d'une femme vivants⁴⁷².

En introduisant la notion de couple, les lois de juillet 1994, cinq ans avant le pacs, ont donné un cadre juridique à l'union de fait. Vivre à deux ne suffisait pas à former un couple. La preuve d'une vie commune de deux ans est nécessaire aux concubins pour postuler à la PMA. En revanche, le mariage est la garantie de la permanence des liens pour les personnes mariées.

⁴⁷⁰ Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et la loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O. du 30 juillet 1994

⁴⁷¹ Cornu G., "La famille unilinéaire", in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, D. 1985. 137

⁴⁷² La PMA posthume est donc impossible, la femme ne pouvant ainsi bénéficier du sperme congelé de son mari ou compagnon décédé prématurément.

Il était indispensable de désinstitutionnaliser le modèle d'union collectivement privilégié. Le législateur ne pouvait plus sciemment laisser en dehors du droit des réalités sociales sans heurter certains droits fondamentaux reconnus par de nombreux textes nationaux et internationaux.

Désormais, tout, ou presque, est famille. "*C'est pour vivre sans famille qu'il faut beaucoup de lois [...] Légiférer sur la famille, c'est imposer des normes à des faits de société, à des phénomènes de mœurs*".⁴⁷³

Section 2 - L'EXIGENCE MONOGAME ET LA LIBERTÉ DES MŒURS

307. La famille est de plus en plus considérée comme une affaire privée, une affaire privée qui n'entend plus se plier à toutes les exigences de la loi ni entrer dans un cadre normatif qui lui serait imposé.

Pour suivre les réalités familiales, des initiatives législatives ont mis en valeur des modèles alternatifs de la vie de couple et de la famille.

La loi n'a plus pour rôle de fixer les contours de la structure ou de l'organisation sociale de la famille. On attend d'elle qu'elle offre ou propose à chaque type de famille la structure juridique qui lui permettra de réaliser l'ensemble des objectifs des individualités de cette famille.

§ 1. DROIT DU COUPLE OU DROIT DE LA RÉALITÉ CONJUGALE

308. Le couple, socle familial, n'échappe pas à cette privatisation qui, pour certains, le fragilise. Pour d'autres, elle le sort d'un carcan.

L'évolution de la place du mariage dans le couple est une manifestation de cette privatisation.

En se mariant, les époux entrent dans un nouveau statut. Ils « entrent en institution » et acceptent de ne plus être les acteurs libres de leur relation. Leur volonté n'a aucune action sur le contenu du statut de marié. Ils peuvent juste choisir de ne pas l'adopter, dans sa globalité, ou, après coup, d'en sortir.

C'est la raison pour laquelle la volonté des époux est une condition de formation du mariage mais aussi de sa durée. Le mariage ne dure que tant que le veulent les époux.

⁴⁷³ J. Carbonnier, *Droit civil-II Les personnes*, Paris, P.U.F., Thémis, 1996, p. 194 et 196.

Le législateur n'a plus vocation à protéger la famille et la stabilité du mariage. Il doit avant tout prendre en considération chacune des individualités qui forment le couple. C'est la raison pour laquelle le législateur doit organiser les éventuels changements d'avis des individualités et prévoir la possibilité de sortir du mariage. L'adaptation du droit au fait ou à la situation sociale met peu à peu sur un pied d'égalité tous les types d'organisations de la famille.

309. Socialement, mariage, pacs et concubinage sont placés sur un pied d'égalité. Ni la loi ni la société n'imposent aux couples de s'unir selon l'un ou l'autre.

Depuis 2009, le Salon du mariage est devenu le Salon du mariage et du pacs (mais pas encore celui du concubinage). Le mariage contemporain, héritier de la révolution romantique et de la révolution sexuelle, est devenu un objet de commerce : Internet aide à trouver un mari, une femme, un amant, des partenaires et même des coachs conjugaux.

Le consumérisme s'est emparé du couple pour le maintenir dans une course individuelle à l'épanouissement. La célébration du mariage peut se transformer en véritable spectacle qu'il faut absolument réussir⁴⁷⁴.

Une approche « positiviste » permet même de voir les ruptures comme une nouvelle chance. Le « Salon du divorce et du veuvage : Nouveau départ » se tient désormais tous les ans à Paris.

L'important est donc le fait d'être en couple et non le mode de fonctionnement, le « cadre » ou l'officialisation du couple.

Pour l'instant, le régime juridique des trois types d'union comporte encore des différences, notamment en ce qui concerne les modalités de rupture.

Elles n'obéissent pas toutes aux mêmes règles patrimoniales⁴⁷⁵ et fiscales⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Une chaîne de télévision française (TF1) a même diffusé, dans la pure tradition du bon goût français, une télé-réalité sur ce sujet. Des couples candidats se mariaient et celui qui, à l'issue de la cérémonie et des festivités, recevait le plus de compliments et la meilleure note (ambiance, repas, décoration) gagnait la « lune de miel de ses rêves ».

⁴⁷⁵ Depuis la réforme du 23 juin 2006, l'article 515-5 du Code civil ne contient plus de présomption d'indivision pour les biens acquis après la conclusion du Pacs. Chaque partenaire reste en principe propriétaire des biens acquis postérieurement au Pacs. Les partenaires peuvent toutefois s'associer plus étroitement en stipulant une clause d'indivision des acquêts qui ressemble beaucoup à la société d'acquêts que les époux peuvent adjoindre au régime de séparation de biens.

Cette société, fixée à la discrétion des futurs époux et du notaire rédacteur, est destinée à ceux qui souhaitent assouplir la rigidité économique et mathématique de la séparation très étanches des biens.

⁴⁷⁶ Rappelons ici que l'avantage fiscal accordé l'année du mariage, de la conclusion d'un Pacs, du divorce ou de l'annulation d'un Pacs a été définitivement supprimé à compter de l'imposition des revenus de 2011 (déclaration en 2012). Les contribuables unis dans l'année ne remplissent donc plus qu'une seule déclaration de revenus au lieu de 3. Toutefois, il est encore possible de choisir entre 2 déclarations individuelles ou une seule déclaration commune pour les revenus de toute l'année. Quand

310. Depuis 2007, l'exonération des droits de succession est totale pour les mariés et les partenaires mais deux concubins restent fiscalement des étrangers. Seules les deux premières catégories bénéficient d'un abattement en cas de donation entre vifs. Si, dans le cadre d'un mariage, le conjoint survivant a toujours vocation à recevoir une partie de la succession de son époux décédé⁴⁷⁷, en plus des droits qu'il tire de son régime matrimonial, ce n'est pas le cas pour les partenaires. Sans testament, il n'aura aucun droit dans la succession. La rédaction d'un testament pallie partiellement ce déséquilibre mais ne laisse pas la même marge de manœuvre que celle des couples mariés⁴⁷⁸.

La situation du survivant est aussi radicalement différente en matière de pension de réversion puisque, dans tous les régimes de retraite, seul le conjoint survivant (donc marié) peut bénéficier d'une pension de réversion.

311. Les impératifs de l'article 212 du Code civil⁴⁷⁹ trouvent un pendant dans le pacs.

En effet, il ressort des articles 515-1 et 515-4 du Code civil que les partenaires ont l'obligation de vivre ensemble⁴⁸⁰. Les partenaires sont également soumis à un devoir d'assistance mutuelle (art. 515-4 du Code civil) comparable au devoir d'assistance entre époux. Les empêchements à conclure un pacs qui visent à prévenir l'inceste ou éviter la violation de l'obligation de fidélité qui

le gouvernement a suggéré de supprimer l'avantage fiscal dont bénéficient les conjoints ou les partenaires l'année du mariage ou du Pacs mais aussi l'année de la séparation, cette idée a été violemment dénoncée par les associations familiales au motif qu'elle porterait « un coup de grâce » à l'institution du mariage. Le mariage avait-il un intérêt financier et cet intérêt serait-il suffisant pour consentir au mariage ? Le pacs permettait aussi de bénéficier de la triple déclaration.

L'utilité d'une prime fiscale au mariage, présentée comme incitative à l'union, était discutable. On peut considérer qu'elle relevait de la politique familiale de l'État qui aurait ainsi incité les couples à se marier. C'est oublier un peu vite que cette prime bénéficiait également aux divorcés et aux veufs. L'incitation au divorce ou, mieux encore, au veuvage a-t-elle un jour fait partie d'une politique familiale ?

⁴⁷⁷ Vocation prévue aux articles 756 et suivants du Code civil.

⁴⁷⁸ La loi permet, en effet, aux mariés de transmettre au conjoint survivant une part supérieure à la quotité disponible ordinaire. Cette part appelée "quotité disponible spéciale entre époux" peut porter soit sur la totalité de la succession en usufruit, même en présence d'enfants d'un premier lit, soit sur un quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit. La "quotité disponible spéciale" entre partenaires n'existe pas. La quotité disponible entre époux fait l'objet de dispositions particulières contenues dans les articles 1094 et suivants du Code civil.

⁴⁷⁹ Art. 212 Code civil : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

⁴⁸⁰ Le Conseil constitutionnel a précisé que la notion de vie commune recouvre notamment une communauté d'intérêts qui comprend une cohabitation entre les partenaires (Cons. Const. n° 99-419 du 9 novembre 1999, J.O. 16 novembre 1999, p.16962).

découle du mariage supposent, comme c'est le cas pour le mariage, que le partenariat vise à « encadrer » la vie sexuelle des partenaires⁴⁸¹.

Le pacs ne relève donc pas que du droit des contrats (les relations sexuelles n'étant pas censées être l'objet d'un contrat). Le Conseil constitutionnel le confirme quand il précise que la communauté de vie suppose « outre une résidence commune, une vie de couple ». Le partenaire entre donc dans une communauté de toit, de vie et de lit et se trouve soumis à un « devoir pacsal ». L'existence de relations sexuelles est aussi le fondement du concubinage. L'origine latine de ce mot ne laisse place à aucune ambiguïté : « *Cum cubare* » signifie « coucher avec ». L'article 515-8 du code civil⁴⁸² se contente de parler de vie de couple ; c'est moins trivial mais tout aussi clair. La grande différence, sur ce point, avec les deux autres formes d'union réside dans le fait que le concubinage est ouvert à toute forme d'unions sexuelles. Seuls les mineurs de moins de 15 ans en sont écartés. Pour les autres, tout est permis...à l'exception du concubinage à plusieurs.

Vivre en concubinage avec son frère ou sa sœur est donc possible à condition de limiter ses amours à un seul membre de la fratrie.

La liberté individuelle entre adultes consentants n'autorise aucune ingérence de l'Etat dans la formation du couple concubin. Peut-être est-ce là la raison de son succès.

312. M. Jacques Attali envisage⁴⁸³ la légalisation de nouvelles configurations : le polyamour et la polyfamille, où chacun pourra avoir plusieurs partenaires et appartenir à plusieurs foyers. La « polyfidélité », où chacun sera fidèle à tous les membres d'un groupe aux sexualités multiples pourrait en être le corollaire. Ces théories sont troublantes mais peut-on exclure qu'elles ne préfigurent les futures relations d'une partie de la population ?

A l'instar de Simone de Beauvoir (l'idée n'est donc pas neuve), il est envisageable d'assouplir le fondement du mariage ou de créer plusieurs types de mariage plus ou moins exclusifs: « ... *il faudrait que le mariage fût la mise en commun de deux existences autonomes, non une retraite, une annexion, une fuite, un remède. [...] il faudrait que le couple ne se considérât pas comme une*

⁴⁸¹ Voir la décision du Conseil du Constitutionnel précitée.

⁴⁸² L'article 515-8 dispose qu'il s'agit d'une "union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple".

⁴⁸³J. Attali en collaboration avec S. Bonvicini, *Amours - Histoires des relations entre les hommes et les femmes* », Fayard, 2007.

communauté, une cellule fermée, mais que l'individu fût en tant que tel intégré à une société au sein de laquelle il pourrait s'épanouir sans secours ; alors il lui serait permis de créer en pure générosité des liens avec un autre individu également adapté à la collectivité, liens qui seraient fondés sur la reconnaissance de deux libertés. Ce couple équilibré n'est pas une utopie ; il en existe parfois dans le cadre même du mariage... »⁴⁸⁴.

Pour l'instant, le mariage français ne se conçoit qu'à deux et justifie l'obligation de fidélité sexuelle des époux l'un à l'égard de l'autre.

Le mariage est donc la monogamie codifiée.

§ 2. MONOGAMIE ET MARIAGE D'AMOUR

313. Cette exigence de monogamie peut sembler d'autant plus curieuse qu'elle a été fixée aux origines du mariage, mariage alors catholique et bien souvent arrangé par les familles ou dicté par la raison.

En d'autres termes, non seulement les mariés ne se choisissaient pas mais il leur était imposé d'être fidèles jusqu'à la fin de leur jour (ou, avec un peu de chance jusqu'au décès prématuré de leur époux) à un conjoint auquel ils n'étaient pas sentimentalement liés (voire à l'égard duquel ils éprouvaient une véritable répugnance). Aujourd'hui, le mariage a perdu l'essentiel de sa valeur symbolique mais personne ne veut revenir en arrière. Quelle femme voudrait revenir aux mariages arrangés des pièces de Molière où l'on est mariée à 16 ans avec un vieillard, avare qui plus est ?

Pendant longtemps, l'institution même du mariage et de la famille a été plus importante que les personnes constituant le couple. C'est la raison pour laquelle il était raisonnable de laisser le choix des conjoints à leurs parents respectifs et d'interdire le divorce. Les sentiments amoureux étaient dissociés du mariage et il allait de soi que le respect accordé à l'institution du mariage n'excluait pas qu'on cherche l'amour en dehors.

Ce sens de l'institution du mariage est dépassé puisque amour et mariage doivent aujourd'hui se conjuguer.

L'institution traditionnelle du mariage a ainsi été « sacrifiée » au culte de la personne et au souci inconditionnel de son épanouissement (B) alors que le mariage de raison disparaissait au profit exclusif du « mariage d'amour » (A).

⁴⁸⁴ Simone de Beauvoir, *Le Deuxième sexe*, 1949, Gallimard, coll. Folio/Essais, t. 2, p. 296.

A - UN FONDEMENT PLUS ÉPHÉMÈRE

314. Paradoxalement, l'amour dans le mariage (et même l'amour sans le mariage) est devenu le nouveau dogme, le nouvel impératif qui doit non seulement motiver son consentement mais perdurer pour que le mariage dure. Une sorte de condition suspensive pour que le mariage se poursuive.

Auparavant, l'amour et le sexe n'étaient pas supposés entrer dans l'institution matrimoniale. Autre époque, autres mœurs : maintenant, ils sont devenus obligatoires pour la survie du couple.

Cette nouvelle norme, puisqu'il s'agit bien de cela, est très difficile à porter car elle s'inscrit dans un schéma, le mariage, qui a été construit sur d'autres fondements.

Le mariage, avec ses devoirs et ses obligations, se prête mal à ce qu'il est censé encadrer, depuis plus de 20 ans, à savoir une « passion amoureuse ». Le « modèle amoureux occidental » a changé et voudrait marier l'intensité et la durée. La longévité qui était le propre des mariages d'antan devrait se concilier avec l'incandescence permanente. On sait que ce n'est pas possible. Cela explique sûrement le nombre grandissant de divorces.

315. Le mariage d'amour est incontestablement l'une des causes essentielles du nombre de divorces mais le divorce n'est pas, pour autant, l'échec du mariage d'amour. On assiste à un bouleversement culturel. Ceux qui cohabitent, se marient, divorcent et se remarient (éventuellement plusieurs fois) n'ont pas la même « logique amoureuse » que ceux qui inscrivent leur union dans un long engagement.

La société actuelle ne veut plus d'éternité. Chaque chose a un début, un milieu et une fin. Il n'y a pas de raison pour que le mariage y échappe. Le mariage, véritable institution perpétuelle, n'a donc plus sa place dans une société en perpétuelle recherche de changement. Le fait qu'un mariage se termine par un divorce n'est d'ailleurs plus le signe d'un échec mais d'une fin de vie prévisible (et qui n'a rien de surprenant). Lorsque le lien affectif électif est l'élément essentiel du mariage, il suffit que ce lien disparaisse ou s'éteigne pour que la séparation s'impose. Puisque le lien amoureux est absolu, il est voué à l'éphémère. L'élément essentiel faisant défaut, plus rien, dès lors, ne justifie objectivement le maintien de l'union. La rupture doit donc être envisagée dès la fondation de l'union comme seul moyen de préserver les sentiments et l'autonomie des époux.

Le mariage ou l'union (quelle que soit sa forme) d'amour est devenu la norme de notre époque: il nous est aujourd'hui impossible de concevoir une union librement consentie qui ne soit pas fondée sur l'attachement réciproque et l'intensité des sentiments.

L'exigence traditionnelle de fidélité se conçoit d'ailleurs plus facilement dans le mariage d'amour. L'évolution des mœurs en a tempéré la rigueur en certaines circonstances, mais rien ne laisse pressentir actuellement une remise en cause légale de cette obligation.

B - FIDÉLITÉ ET LIBERTÉ INDIVIDUELLE

316. Le mariage reste le modèle de référence de la vie de couple. Il a même été pendant longtemps l'unique référence du législateur en la matière. Il est encore le mode d'union le plus pratiqué par les Français malgré son déclin régulier face à la concurrence du pacs et du concubinage.

Il se caractérise par une union monogame assorti d'une obligation de fidélité pendant toute la durée de l'union. Le mariage est donc censé assurer une sécurité tant matérielle qu'affective. Le nombre croissant de divorces montre qu'il n'est cependant pas la garantie du bonheur conjugal.

317. Ses contraintes, en particulier l'obligation de fidélité, sur une durée indéterminée peuvent être interprétées comme autant d'atteintes à la liberté individuelle. L'obligation de fidélité suppose une réciprocité librement consentie. La plupart du temps, les serments de fidélité s'appliquent principalement à la dimension sexuelle des relations interpersonnelles, mais ils débordent en même temps sur la fidélité "relationnelle" (une forme d'exclusivité dans l'attachement). Et au-delà de ces zones d'application concrète, la fidélité est une sorte de contrat de confiance entre les partenaires. Il s'agit du respect de la promesse que certains se font, à un instant donné, en s'engageant l'un envers l'autre.

La monogamie est parfois présentée comme la « *clef de voûte de la civilisation juridique européenne* »⁴⁸⁵. Au moins l'obligation de fidélité n'est-elle pas une entrave à l'égalité homme-femme puisqu'elle s'applique indifféremment à chaque membre du couple.

Ses véritables fondements sont l'égalité des sexes et « la quiétude familiale ».

⁴⁸⁵ J. Carbonnier, Droit Civil, Tome II : la famille, l'enfant, le couple, PUF, 21ème édition, 2002, n°18.

D'où l'intérêt, si l'on ne veut pas perdre un peu de sa liberté, soit d'opter pour un autre mode d'union, soit de revisiter les règles qui gouvernent le mariage et ce, à l'aune des critères de liberté. On se souvient que le mariage civil français, même s'il s'est modernisé pendant la deuxième partie du vingtième siècle, est l'émanation du mariage religieux dont les quatre piliers – hétérosexualité, virginité, fidélité et indissolubilité – ne correspondent plus à la réalité de la société française. Ils ne sont pas non plus un modèle de liberté et d'égalité.

318. Or, le mariage monogamique peut être envisagé comme une convention d'exclusivité sexuelle entre époux pendant toute la durée du mariage. Il peut donc être à la fois une atteinte à la liberté des époux qui se sont obligés à la fidélité et la manifestation de la liberté de chacun à s'engager en faveur d'un partenaire unique. Le mariage peut donc être considéré comme un enfermement dans lequel chacun est libre d'entrer.

La monogamie est le corollaire à la sanction de l'obligation de fidélité.

Comme les pigeons ou les hippocampes, les hommes seraient-ils naturellement orientés vers la monogamie ?

On leur accorde un plus large éventail de monogamies. La monogamie sociale⁴⁸⁶ ou de façade qui vise les couples élevant seuls une famille, mais admettant plusieurs partenaires sexuels, la monogamie sérielle qui admet des fidélités successives et la « vraie » monogamie dans laquelle les partenaires sont fidèles à vie. L'interdiction de se marier à une autre personne pour une personne déjà mariée revient à interdire les relations sexuelles dans le cadre de deux unions légales.

319. Depuis le pacs, le mariage n'est plus la seule union règlementée et le législateur refuse toujours toute polygamie institutionnelle. C'est ainsi qu'un partenaire ne peut pas se marier ni conclure un pacs simultanément.

La « polypacsie » est prohibée comme la polygamie.

⁴⁸⁶ La monogamie sociale se réfère donc à un système dans lequel deux partenaires vivent ensemble, s'associent pour trouver certaines ressources et ont des relations sexuelles ensemble mais pas forcément exclusivement. Cette monogamie sociale est opposée à la monogamie sexuelle qui désigne un couple complètement fidèle sexuellement et à la monogamie génétique, qui désigne des individus qui n'auront pas de descendants en dehors du couple. Par exemple : Une femme mariée a eu deux enfants et les élève avec son mari. Jusque là, elle est monogame sociale, sexuelle et génétique. Si elle conçoit le petit dernier avec le voisin sans en avertir son conjoint, elle reste monogame sociale mais ne peut plus être considérée comme monogame sexuelle ni génétique (parce qu'elle aura eu des relations sexuelles fécondes avec un autre).

C'est bien une question de morale sociale qui structure et limite l'union légale de deux personnes. La conjugalité institutionnelle impose donc une "dictature" du concept de monogamie qui équivaut à un jugement de valeur.

Le problème des unions multiples n'est pas l'apanage des unions de droit. Cependant, si le concubinage existe socialement, il est peu réglementé à l'exception de quelques dispositions essentiellement fiscales ; quasiment rien d'autre n'est prévu, rien en tous cas qui ressemblerait à un devoir de fidélité.

Ce vide juridique est apparu au grand jour, relayé par les médias, dans une récente affaire impliquant Lies Hebbadj qui, sans être polygame au regard du droit français, entretient sur le territoire français quatre femmes et douze enfants. Il est donc simultanément époux (sa femme est française) et concubin multiple, situation que le système juridique français permet. Le Procureur de la République de Nantes a ordonné une enquête pour « suspicion de relations polygames ». Lies Hebbadj n'a contracté qu'un seul mariage civil avec une Française, en 1999, et il « cohabite » avec trois autres femmes (qu'il aurait religieusement épousé en France⁴⁸⁷). Il vit effectivement une polygamie de fait mais celle-ci est juridiquement inattaquable. Elle l'est d'un point de vue économique puisqu'elle ne répond pas aux critères de versement de certaines allocations, notamment les allocations familiales. Cet homme est aussi, par son mariage, soumis à une obligation de fidélité⁴⁸⁸ que son épouse pourrait invoquer pour obtenir un divorce aux torts de son mari. En attendant, le droit n'a pas évolué pour rendre illégales ces situations factuelles considérées par l'opinion publique comme contraires au bien-être collectif.⁴⁸⁹

Cette obligation, qui fait l'originalité du mariage par rapport aux autres formes d'union, est pourtant rigoureuse dans son principe.

320. La question de la fidélité s'est posée dans le cadre du pacs qui suppose une relation stable mais pas obligatoirement exclusive. La fidélité reste un « devoir moral, une obligation de loyauté ». Le tribunal de grande instance de

⁴⁸⁷ Alors que tout ministre de culte se doit de ne célébrer les cérémonies religieuses que postérieurement aux unions civiles. Les pouvoirs publics peinent à mettre fin à ces pratiques notamment à cause de la facilité avec laquelle ces unions leur sont dissimulées (pas de publication, célébrations dans des lieux confidentiels, discrétion des participants).

⁴⁸⁸ Article 212 du Code civil « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

⁴⁸⁹ Finalement, il sera reconnu coupable de travail dissimulé (condamné à 6 mois de prison avec sursis et 5000 € d'amende) et aura l'obligation avec son épouse et plusieurs de ses maîtresses, de payer des dommages et d'intérêt à la caisse d'allocations familiales (dépêche AFP du 28 mars 2013 notamment reprise dans l'Express).

Lille l'a confirmé par une décision du 5 juin 2002⁴⁹⁰ en affirmant que l'obligation « *d'exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaire* ».

Le tribunal a fait procéder à un constat d'adultère pour donner un support à la sanction du partenaire fautif.

Dans le cadre du mariage, l'obligation de fidélité reste d'ordre public. Elle donne quand même le droit à l'un de s'immiscer dans la vie privée, et même intime, de l'autre. Aussi peut-on raisonnablement soutenir que l'adultère pourrait passer dans le domaine du droit fondamental au respect de la vie privée, c'est-à-dire de la liberté en matière affective et sexuelle, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

§ 3. ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA FIDÉLITÉ

321. A l'origine de toute forme de fidélité se trouve un engagement. Cet engagement est explicite dans le cadre d'un mariage qui crée des obligations réciproques entre les parties. La fidélité dans les relations conjugales, rappelée par l'article 212 du Code civil, trouve son fondement dans l'institution contractuelle du mariage.

Durant des milliers d'années, dans nos sociétés occidentales, la fidélité a été imposée par les Etats et par les religions. L'être humain semble avoir besoin de contraintes pour être fidèle. Sans doute n'y a-t-il rien de naturel dans la fidélité.

On peut toutefois se demander, aujourd'hui, si l'Etat, ou le législateur, est dans son rôle lorsqu'il interdit, sous peine de sanction, à quelqu'un de marié, de se glisser dans le lit d'une tierce personne parfaitement consentante. Que les couples décident ensemble d'accorder une grande importance à la fidélité, qu'elle soit même une condition sine qua non de la poursuite de leur relation, soit ! Mais est-ce au législateur de l'imposer à tous les candidats au mariage ?

Le législateur est-il celui qui doit définir ce qui est bon et juste en matière de sexualité pour les individus ?

⁴⁹⁰ TGI Lille, le 5 juin 2002, D., 2003, 515, note X. Labbee.

A - DE L'ÉVANGILE À LA LOI

322. Dans la morale judéo-chrétienne, l'infidélité était interdite aussi bien pour les femmes que pour les hommes. En effet, parmi les Dix Commandements transmis à et par Moïse, le sixième ordonne : « Tu ne commettras pas l'adultère».

L'Évangile selon Matthieu⁴⁹¹ précise même les choses et donne des conseils qui auraient dû en calmer plus d'un « *Vous avez appris qu'il a été dit : Tu ne commettras point d'adultère. Et moi, je vous dis : Quiconque regarde une femme avec convoitise a déjà commis l'adultère avec elle, dans son cœur. Si donc ton œil droit est pour toi une occasion de chute, arrache-le et jette-le loin de toi : car mieux vaut pour toi qu'un seul de tes membres périsse, et que ton corps tout entier ne soit pas jeté dans la géhenne. Et si ta main droite est pour toi une occasion de chute, coupe-la et jette-la loin de toi : car mieux vaut pour toi qu'un seul de tes membres périsse, et que ton corps tout entier n'aille pas dans la géhenne* ».

Cette conception, plutôt anxiogène, de la fidélité se comprend dans le cadre d'un mariage fondé sur des préceptes religieux. En effet, commettre un «adultère» revient alors à violer la fidélité d'une alliance consentie entre un mari et une épouse et, par similitude, entre Dieu et les croyants.

La fidélité dans le couple de croyants se fonde sur la fidélité à Dieu. Notons ici que le fait de convoiter « du regard » est condamnable. Cependant, charité chrétienne oblige, cet « adultère virtuel » n'entraîne pas systématiquement la peine de mort. Elle reste encourue si le péché est répété au grand mépris de la loi.

323. Cette approche religieuse semble d'un autre âge. Elle ne peut pas être un support pour fonder les exigences d'une union strictement civile.

De nos jours, le maire annonce toujours aux couples qu'il unit que « les époux se doivent fidélité ». Sans condamner explicitement l'adultère, le Code impose une obligation positive de fidélité. Bien que, sur ce point, cet article n'ait pas été modifié⁴⁹² depuis la création du Code napoléonien en 1804, le constat d'adultère

⁴⁹¹ Matthieu 5, 27-32.

⁴⁹²La loi du 4 avril 2006 a inséré au sein de l'article 212, un devoir de respect entre les époux. Ce devoir implique de respecter l'autre dans son corps (anti violence conjugale), dans son esprit (respecter ses convictions, liberté de penser mais pas d'agir librement dans le cadre de sa sexualité,...) et dans son honneur et dans sa dignité (anti-propos injurieux en public, etc.).

n'est plus constitutif d'une faute pénale et l'homme et la femme sont égaux face à l'adultère.

En effet, avant la loi du 11 juillet 1975, la femme se voyait condamnée pénalement pour adultère dès lors qu'elle avait des relations sexuelles avec une autre personne que son époux, alors que le mari, pour se voir condamné du délit d'adultère, devait avoir eu des relations avec sa maîtresse au domicile conjugal.

L'obligation de fidélité, héritée du droit canonique qui reste ainsi implicitement une norme de référence, visait à l'origine à protéger le couple contre les risques du vagabondage amoureux. Pendant longtemps, la raison principale de désagrégation de la cellule familiale a été la naissance d'enfants adultérins.

La sévérité de la loi à l'égard de la femme se justifiait (surtout aux yeux des hommes), par le rôle de celle-ci au sein du foyer. C'est d'elle que dépendait la construction de la famille puisque le mariage était le lieu de procréation, le mari ne devait et ne pouvait pas avoir de doute quant à sa paternité. D'ailleurs, à l'appui de cette théorie, existait la présomption de paternité vis-à-vis de l'enfant de sa femme. Cette présomption n'a pas été instituée au profit du partenaire lié par un pacte civil de solidarité à la mère de l'enfant à naître.

La dépénalisation de l'infidélité se justifie par la libération sexuelle de la femme grâce à l'arrivée de la contraception et de l'interruption volontaire de grossesse. L'infidélité est toutefois encore considérée comme une faute. Quand bien même une évolution des mœurs et un assouplissement de la morale française soient intervenus, le droit français garde l'empreinte de valeurs morales auxquelles le législateur n'a pas voulu porter atteinte.

324. L'exclusivité est en fait une « exclusivité de service ». Le sexe, puisqu'il s'agit encore et surtout de ça, fait partie des « services gratuits » entre époux, service qui suppose un perpétuel renouvellement de consentement. Cette notion de consentement est d'ailleurs à l'origine de la protection, surtout de la femme, par l'incrimination de viol aggravé entre époux, concubins ou partenaires d'un pacs⁴⁹³. Si le devoir conjugal ne doit pas être imposé, il reste, par l'abstinence qui pourrait en résulter, une cause de divorce.

La question du respect du devoir de fidélité tel que prévu dans le contrat scellant l'institution du mariage entre deux individus se pose. Qu'en est-il concrètement de cette obligation de fidélité reposant sur l'engagement contractuel pris entre les parties ?

⁴⁹³ Article 222-24 11° du Code pénal « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle [...] 11 ° Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ».

B - UN ASSOUPPLISSEMENT PRÉVISIBLE

1. FIDÉLITÉ ET DIVORCE

325. Les magistrats estiment désormais qu'une distension du lien matrimonial rend tolérable les relations extraconjugales.

Cet assouplissement est pleinement justifié dans la mesure où l'adultère de l'époux va être excusé par un certain affaiblissement du devoir de fidélité. En effet, il s'agit essentiellement de couples en voie de séparation. Dans cette situation, on peut penser que la rupture du mariage étant évidente, les époux n'ont même plus le sentiment de trahir leur conjoint.

Il y a même des décisions françaises très compréhensives et soucieuses de protéger le choix et la liberté de chacun. Ainsi la Cour d'Appel de Douai⁴⁹⁴ a retenu que le mari « *reconnaît dans ses conclusions qu'il a toujours refusé d'avoir un enfant avec A. D. et ne démontre pas que cela ressortait d'un choix commun du couple [...] que les époux ne dormaient plus ensemble les mois précédant la séparation . Dans ces conditions, le fait pour une femme d'avoir un enfant avec un autre homme ne saurait être regardé comme fautif* ».

Cette jurisprudence, certes isolée, malmène l'obligation de fidélité à laquelle sont tenus les époux. En l'espèce, les époux étaient déjà séparés depuis plusieurs mois au moment de la déclaration de grossesse mais, dès lors qu'ils n'ont pas été autorisés à résider séparément, aucun assouplissement du devoir de fidélité ne devrait pouvoir être envisagé. La Cour d'appel d'Aix en Provence⁴⁹⁵ l'a rappelé en considérant que « *la relation adultère, ayant donné naissance à un enfant, entretenue par le mari encore dans les liens du mariage même si, ainsi qu'il le soutient, les époux vivaient séparément, constitue une faute au sens de l'article 242 du Code civil* ».

La Cour de cassation s'est également prononcée sur ce point en affirmant à plusieurs reprises que « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupable l'un envers l'autre »⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ C.A. Douai, Ch. 07, Sect. 02, 19 décembre 2013, n° 13/00009. Jurisdata n°2013-030235 Texte intégral de l'arrêt sur le site : <http://www.lexisnexis.com>.

⁴⁹⁵ C.A. Aix-en-Provence, 19 mars 2013, n° 2013/154. Jurisdata n°2013-007119 030235. Texte intégral de l'arrêt sur le site : <http://www.lexisnexis.com>.

⁴⁹⁶ Cass. 1re civ., 8 mars 2005, n° 03-20.235 : *JurisData n°2005-027490* et Cass. 1re civ., 9 juillet. 2008 : *JurisData n°2008-044817*. Dans le même sens, C.A. Metz, 9 oct. 2012, n°12/00945. A l'inverse, d'autres juridictions ont considéré que le fait que l'adultère soit survenu plusieurs mois après l'ordonnance de résidence séparée lui enlevait son caractère de gravité –en d'autres termes l'intensité

326. Dans *Le Matrimoine*, Hervé Bazin⁴⁹⁷ fait expliquer par son personnage principal, Abel, que celui-ci n'a pas le sentiment d'être infidèle à sa femme (alors qu'il est parti avec la cousine de celle-ci) mais qu'au contraire c'est sa femme qui a été infidèle à elle-même en abandonnant peu à peu ses qualités au fil du temps. Au fil du temps et des grossesses, Abel estime que sa femme n'est plus celle qu'il a épousée et à laquelle il s'était engagé à être fidèle.

Les valeurs qui soutiennent le mariage – respect, fidélité, solidarité – ne se rattachent plus au mariage lui-même mais au conjoint.

C'est donc le conjoint et pas le mariage qui est protégé d'écarts abusifs.

327. Le concept de fidélité n'a pas disparu. Ce qui a changé, c'est son contenu: la fidélité est devenue un choix et n'est plus une contrainte imposée par des normes sociales ou des raisons économiques.

Avant, on ne trompait pas son conjoint parce que l'on craignait Dieu, la loi, les commérages du voisinage. Aujourd'hui, ce n'est plus une inertie ou une peur, c'est une volonté. On pourrait tout à fait imaginer que les membres d'un couple se mettent d'accord pour supprimer la clause d'exclusivité sexuelle du contrat.

En supprimant le divorce pour faute en cas d'adultère, la loi a pris acte de cette évolution de la société qui n'accepte plus une sorte de « police de l'intimité ».

328. Une obligation de fidélité moins contraignante pourrait, en raison de l'évolution des mœurs, être envisageable mais elle serait contestable dans la mesure où elle constituerait une violation à l'article 212 du Code civil qui s'impose, de plein droit aux époux, sauf à admettre que le mariage tende à se transformer en contrat.

Le devoir de fidélité serait alors un devoir à géométrie variable dont le respect s'imposerait rigoureusement tant que la volonté des époux de rester dans le mariage existe. Sa teneur pourrait aussi être librement fixée par les futurs époux au moment de la signature d'un contrat nuptial.

Pour l'heure, d'ordre public, le devoir de fidélité s'impose aux époux sans que ces derniers puissent s'en dispenser. Toute convention contraire est donc, en principe, frappée de nullité et ne peut donner lieu à une exécution autre que

de la faute s'amenuise et la sanction aussi, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas de faute. C.A. Limoges, 29 oct. 2012, n°11/01020 : *JurisData* n°2012-024283. La Cour de cassation a parfois admis que le devoir de fidélité peut se trouver moins contraignant pendant l'instance en divorce du fait de la longueur de la procédure de divorce - Cass., 1^{ère} civ., 29 avril. 1994, n 92-16.884 : *JurisData* n°1994-001158.

⁴⁹⁷ Hervé Bazin, *Le Matrimoine*, Seuil, 1991.

spontanée. Toutefois, elle n'est pas totalement dépourvue d'incidence lorsqu'il s'agit pour les juges de déterminer l'opportunité de sanctionner le manquement au devoir de fidélité eu égard à sa gravité. Une décision isolée (et de faible autorité) en a même admis la validité dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel en homologuant la convention temporaire décidant de pareille dispense pour le temps de l'instance⁴⁹⁸.

2. FIDÉLITÉ ET LIBÉRALITÉS

329. La reconnaissance de la validité des donations au profit de concubins adultérins va bien dans le sens d'une plus grande tolérance à l'égard des incartades amoureuses.

L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 octobre 2004⁴⁹⁹ semble avoir mis fin aux controverses et hésitations antérieures en précisant que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* ». Cette libéralité est donc valable quand bien même aurait-elle pour cause déterminante la rémunération des faveurs d'une maîtresse».

La solution a le mérite d'être sans ambiguïté et de mettre fin à l'hypocrisie générale qui consistait à porter un jugement de valeur sur la volonté du donateur. Peu importe désormais la nature du sentiment qui anime le donateur. Cette solution n'encourage pas l'adultère. Elle limite sa condamnation aux relations entre époux. Cette jurisprudence tend ainsi, encore une fois, à aller vers le sens d'une contractualisation du mariage.

En prolongeant la réflexion, il faut bien admettre qu'elle reconnaît, implicitement, la relation adultérine à côté de la relation légitime. Ainsi, les juges autorisent-ils qu'une personne mariée puisse avoir des relations concomitamment avec une personne autre que son conjoint.

Selon le Doyen Carbonnier⁵⁰⁰, « *si le droit ne peut contraindre les époux à accomplir la promesse de fidélité, il appartient au droit de leur interdire de s'en écarter* ». Est-ce vraiment son rôle ?

⁴⁹⁸ Ordonnance du JAF du TGI de Lille, 26 novembre 1999, in D.2000.254 ; RTDC 2000, p.296.

⁴⁹⁹ Cass.Ass. plén., 29 octobre 2004, arrêt n°519 pourvoi n° 03-11.238 ; D. 2004, J, p.3175 ; LPA 2005, n° 112, p.17, note S. Pimont ; AJ Famille, janvier 2005, p.23, note F. Bicheron.

⁵⁰⁰ J. Carbonnier, Droit civil, Presses universitaires de France, Quadriges manuel, 2004, p.1220.

§ 4. DROIT, MORALE ET ORDRE PUBLIC : UN DIFFICILE MARIAGE À TROIS

330. La fidélité dans le couple n'est qu'un des éléments fondateurs du couple. Elle a constitué une valeur du couple considéré comme socle de la famille. Mais la famille a changé, tant dans sa composition que dans sa fonction.

Elle était une fin en soi ; elle est devenue une étape.

A chaque étape correspond une nouvelle famille ; d'abord un couple, ou pas, puisque la famille exclusivement constituée d'un parent et d'un enfant suffit à fonder une famille. Dès que le couple se sépare, une nouvelle configuration familiale s'installe.

La relative importance de la fidélité dans le mariage est révélatrice de la relative importance de l'engagement dans le mariage. La fidélité devait protéger le couple et elle est perçue aujourd'hui comme une atteinte évidente à la liberté de chacun des membres du couple.

Si l'on s'en tient aux définitions des dictionnaires, elle apparaît comme l'observance de la foi que quelqu'un a dans une autre personne ou dans une religion. Elle est aussi l'attachement à ses devoirs.

Le point commun dans toutes les définitions est la constance et la loyauté.

331. D'un point de vue moral, elle est une valeur, elle est synonyme de la conformité aux normes et se traduit par la soumission et l'obéissance à la loi. En tant que valeur, elle affirme la solidité d'un engagement. Le problème apparaît quand on se rend compte que tout le monde n'a pas la même échelle des valeurs et que ces dernières évoluent au fil du temps.

Sans morale, la fidélité n'est pas envisageable et en imposant la fidélité, le législateur entend imposer des principes moraux. Le Droit a-t-il pour vocation de défendre les valeurs morales ?

Morale et Droit ont pour point commun de s'occuper des relations à autrui. Le Droit contient un ensemble de règles générales, impersonnelles qui régissent la vie des hommes en société. Quant à la morale, elle est le concept qui permet de distinguer le bien du mal et qui dicte une conduite conforme au bien.

On doit distinguer la moralité publique de l'ordre moral. La moralité publique qui est un élément de l'ordre public ne doit pas être confondue avec l'ordre moral. La première « vient d'en-bas » et s'entend comme un seuil de notions morales admises par une majorité à un moment donné alors que le deuxième

« vient de plus haut » et est « la situation dans laquelle les autorités publiques imposent à la société leurs propres conceptions morales »⁵⁰¹. Cette dernière est donc une chape qui néglige complètement l'évolution des mœurs et qui ne peut plus, en matière de couple, fixer les limites de la liberté de chacun.

332. Le Droit ne peut pas s'appuyer sur l'ordre moral. Il doit être l'instrument d'un possible changement, un alliage entre le maintien de valeurs et l'adaptation à la réalité sociale.

La famille est aujourd'hui débarrassée de préceptes strictement moraux, ce qui ne signifie pas qu'elle se construit sans borne.

L'égalité est certainement la valeur qui a pris, dans le droit de la famille, une dimension universelle : égalité des sexes, égalité des époux, égalité des parents, égalité des statuts et des modèles familiaux.

Cette nouvelle conception de l'organisation du couple et de la famille a entraîné, dans son sillage, la promotion de la liberté individuelle des membres de la famille, et spécialement des époux.

La liberté de chacun est allée de pair avec une certaine « contractualisation » du droit de la famille contribuant à une modification de la notion même d'ordre public familial. L'épanouissement individuel passe avant, dans le mariage, l'interdiction et la contrainte. L'ordre public matrimonial ne peut plus défendre « que » l'égalité entre époux et les droits de la personne à partir de notions-standard (« intérêt de l'enfant », « intérêt des époux », « intérêt de la famille »). La défense du couple est devenue subsidiaire.

Section 3 – L'EXTENSION DE LA NOTION DE VIE PRIVÉE À LA VIE SEXUELLE

333. Les rapports sociaux et familiaux sont encadrés par des règles de droit qui prennent en considération le sexe et le genre et y attachent des conséquences juridiques. La distinction entre homme et femme constitue alors une donnée juridique pertinente qui a permis au droit de réglementer la sexualité et d'imposer longtemps, pour le mariage, une sexualité hétérosexuelle, monogame, dans le cadre institutionnel de la famille.

Il s'agit ici de voir comment le droit s'est appuyé sur la différence biologique homme / femme des individus pour imposer une certaine idée de ce qui est « naturel » ou de ce qu'il est « normal » de faire et de ne pas faire.

⁵⁰¹ G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz-Sirey, 8^{ème} édition, 2008, page 497.

Il est facile d'entériner une réalité préexistante : la différence biologique entre homme et femme est une évidence. Mais l'appartenance à une catégorie biologique différente doit-elle déboucher sur une différence de catégorie juridique ?

C'est pourtant la voie empruntée par le droit qui, partant d'une distinction naturelle, institutionnalise la différence des sexes en divisant les sujets de droit en « hommes » et en « femmes ».

C'est le législateur qui décide de fixer des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations.

La division juridique des sexes ne va donc pas de soi car ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques ou sociales qu'ils doivent se différencier comme catégories juridiques.

Cette dualité des sexes s'est prolongée en une dualité des genres, le genre désignant le sexe social, c'est-à-dire ce qui est construit par la société dans la différence des sexes.

Sans revenir sur la réalité de la dualité des sexes ne peut-on pas considérer qu'elle a pu servir d'alibi dans la construction inégalitaire des rôles sociaux reconnus aux hommes et aux femmes et entérinés par la loi ?

Le droit a ainsi contribué à normaliser les constructions sociales. Etait-ce au droit de « régler » ou de « normer » la sexualité des individus et les relations privées sur un fondement sexué ?

La référence à la nature explique alors la difficulté du droit à prendre pleinement en considération des situations qui sortent de cette dualité des sexes. Ainsi pourraient s'expliquer les hésitations du droit face aux intersexués (§1), ses interrogations face au transsexualisme (§2) et sa résistance face au mariage homosexuel (§3), situations contraires « à l'ordre normal des choses ».

§ 1. LE GENRE ET L'AMBIGUÏTÉ SEXUELLE: LES INTERSEXUÉS

334. L'identité sexuée des sujets de droit est importante dès la naissance puisque chaque individu, déclaré à l'état civil, doit être, soit de sexe masculin, soit de sexe féminin. Cette alternative semble une lapalissade mais elle gomme quand même la présence des intersexués⁵⁰² (nés avec des attributs sexuels à la

⁵⁰²L'intersexuation, parfois appelée "hermaphrodisme" ou "ambiguïté sexuelle", est une variation du développement sexuel. Les organes génitaux de la personne ne correspondent pas complètement aux

fois masculins et féminins) qui, certes, ne sont pas nombreux⁵⁰³. Ils le sont d'autant moins que les enfants intersexués sont habituellement opérés pour que leurs organes génitaux ressemblent, le plus possible, aux normes masculines ou féminines. Pourtant, toutes ces opérations ne sont pas nécessaires pour qu'ils puissent vivre en bonne santé. Elles le sont pour qu'ils puissent avoir une vie « normale » dans la société et une vie normale suppose que l'identité sexuée et l'identité sexuelle se confondent. L'identité de l'individu se présente donc comme une juxtaposition de ce que l'on est et de ce que l'on a.

335. La médecine avec l'accord des parents modifie alors le sexe « ambigu » et le normalise pour le rendre plus conforme à l'impératif culturel de l'époque⁵⁰⁴. L'enfant aurait besoin d'une identité biologique claire.

Peut-être. Cependant, le raisonnement ne confond-il pas sexe biologique et genre ? La différence de l'enfant sera-t-elle évacuée par une opération et l'assignation⁵⁰⁵ choisie dès le plus jeune âge par d'autres que lui ? Quand les organes génitaux du nouveau-né sont médicalement «ambigus», « *l'état d'urgence était déclaré. La santé de l'enfant nouveau-né-e n'étant presque jamais en danger, l'urgence était moins médicale que sociale, celle de déterminer le plus rapidement possible le «vrai» sexe de l'enfant [...] l'urgence sociale qui préside aux interventions sur les corps des nouveau-né-e-s intersexes est bien celle de leur ôter toute existence en tant qu'intersexes pour en faire des hommes et des femmes «comme les autres».*⁵⁰⁶ Cette urgence est aussi alimentée par l'obligation de déclarer le sexe de chacun à l'état civil. En

standards mâle et femelle. Elle est le résultat d'une anomalie de la différenciation sexuelle au cours de l'embryogenèse repérable par une malformation des organes génitaux internes et externes. Elle est consécutive à un dysfonctionnement hormonal survenu au cours du développement de l'embryon et n'est pas définie par une anomalie chromosomique.

⁵⁰³ Entre 1 enfant sur 2000 et 4% des nourrissons naîtraient intersexués mais ils représentent aujourd'hui une minorité « invisible » depuis que la chirurgie «corrective» s'est normalisée.

⁵⁰⁴ Lire le recueil de témoignages de Julien Piquart *Ni homme ni femme, enquête sur intersexuation*, 2009, Editions la Musardine et l'article de Mélanie Jacquot, « Intersexuation, identité sexuelle et famille : du défaut d'assignation au défaut d'affiliation », revue *Recherches familiales* 1/ 2014 (n° 11), p. 75-84. L'intersexuation est aussi abordée par la philosophie - Michel Foucault, *Herculine Barbin, dite Alexina B*, Gallimard, 1978 ; Judith Butler. *Trouble dans le genre*, La Découverte, 2005 - , par la littérature - Jeffrey Eugenides. *Middlesex*, Seuil, 2004; Kathleen Winter, *Annabel*, Christian Bourgeois, 2013 - et par le cinéma *XXY*. Film argentin de Lucía Puenzo. 2007.

⁵⁰⁵ Opération, ou série d'opérations, pratiquée par le corps médical sur les enfants en situation d'ambiguïté sexuelle afin de les faire appartenir à l'un des deux sexes du modèle binaire : masculin ou féminin.

⁵⁰⁶ Cynthia Kraus, « Démédicaliser les corps, politiser les identités: convergences des luttes féministes et intersexes », *Nouvelles questions féministes (N.Q.F.)*, éditions Antipodes, édito, Vol. 27 n° 1, 2008, p.5.

France, il s'agit d'une période de deux ans à l'issue de laquelle une détermination doit être effectuée.

En Allemagne, les enfants considérés par les médecins comme non proprement «garçons» ou «filles» et qui, en conséquence, ne peuvent pas être classés comme tels dans le registre des naissances, ne le sont pas. Il ne s'agit donc pas de la création d'un troisième genre au sein du statut civil, mais de la possibilité de ne pas déclarer son sexe et ce d'après le seul jugement des médecins qui conservent leur autorité en matière d'assignation des sexes.

Les opérations forcées et irréversibles sont-elles la solution appropriée ? Elles restent essentiellement cosmétiques, non-consenties, et violent le droit à l'intégrité physique.

La commission nationale d'éthique suisse a recommandé l'arrêt des assignations chirurgicales sur les enfants intersexués. Elle a demandé la reconnaissance de l'auto-détermination des enfants intersexués. Elle a préconisé de conditionner les opérations à la demande expresse de l'enfant en âge de la formuler. En attendant, l'enfant doit être déclaré dans le sexe le plus probable à l'état civil et des mesures sont prises pour qu'il puisse changer de sexe administratif facilement s'il le demande.

Les organisations d'intersexués⁵⁰⁷ demandent à ce que l'intersexualité soit considérée, en France, non comme une anomalie, mais comme une variabilité du corps humain. Il semble que cet appel n'ait pas encore été entendu⁵⁰⁸.

L'intersexualité est ignorée par le droit alors qu'elle n'est qu'une « variation » naturelle de l'espèce humaine. La reconnaître et l'accepter aurait fait tomber la division officielle et bipolaire des individus⁵⁰⁹.

336. Le droit prend en compte le sexe et le genre et y attache des conséquences juridiques ; autrement dit il érige les «hommes» et les « femmes » en catégories juridiques⁵¹⁰. Il décide aussi dans quelles hypothèses l'appartenance à l'un ou

⁵⁰⁷ Voir notamment l'Organisation Internationale des Intersexués (OII), organisation non gouvernementale internationale consacrée à la défense des personnes intersexuées et l'association française ORFEO.

⁵⁰⁸ Voir la Déclaration de Montréal, adoptée à la Conférence internationale sur les droits humains des LGBT en 2006 et plus généralement sur cette question se reporter au site de l'association Support Transgenre Strasbourg : <http://www.sts67.org> ou à celui de l'organisation internationale des intersexué(e)s : <http://www.intersexualite.org>

⁵⁰⁹ Ce phénomène est difficilement quantifiable. Les médecins et les parents des enfants intersexués « redéfinissent » discrètement, et selon leur choix, le sexe des nouveau-nés visiblement intersexués.

⁵¹⁰ En mars 2010, le gouvernement du New South Wales (Australie) a, pour la première fois, au monde, admis l'existence du genre neutre. Lire l'article de D. Borillo « Le sexe et le droit : de la

l'autre sexe constitue ou non une donnée juridiquement pertinente. On pourrait être tenté de croire que le droit ne fait qu'entériner une évidence biologique puisqu'il ressort de la simple observation qu'il y a des hommes et des femmes qui, avant d'être des catégories juridiques, sont des catégories biologiques. Cependant, si la nature distingue les hommes des femmes, c'est bien le droit qui institutionnalise la différence des sexes et qui décide si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe confère des droits et des obligations.

La dualité des sexes n'est pas anodine puisqu'elle intervient dans la construction normative du genre. En effet, la loi « fait » le genre en associant des représentations sociales au genre.

Le droit procède par catégorisation : il sépare et associe, il identifie, différencie et trace la frontière entre le « normal et l'anormal ». Il fixe les conditions d'appartenance à un groupe et à un genre. Il est celui qui institutionnalise la famille. Il en fixe les contours et les éléments constitutifs. Le couple, en particulier, peut exister en dehors de toute considération juridique mais c'est le droit qui lui confèrera un statut. Ce statut est lié à la notion de dualité de sexe. La sociologue Irène Théry a défendu l'importance de maintenir cette dualité en droit de la famille. A défaut, le droit ne pourrait plus être le garant de l'« ordre symbolique » qui préfigure la dualité institutionnalisée des sexes dans le couple et la filiation. Le droit devrait donc maintenir cette division des individus en «hommes» et « femmes » en raison de « contraintes anthropologiques ». Madame Théry appuie sa théorie sur la fonction instituante du droit : *« parce qu'il contribue à mettre en place, dans le langage de la loi commune, un certain nombre de distinctions anthropologiques majeures [qui] dessinent un ordre symbolique indispensable à la fois à l'être ensemble des sociétés humaines et aux individus dont la construction comme sujets dépend de leur inscription dans l'univers de l'institution »*⁵¹¹.

Le droit peut donc, à partir de la différenciation des individus en deux genres, différencier les liens entre deux personnes du même sexe et ceux entre personnes de sexe opposé.

logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi ». Jurisprudence revue corrigée 2011, p .263 à 274.

⁵¹¹ Voir notamment Irène Théry, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, p. 159-211. Cette approche a été vivement critiquée par Marcella Iacub, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique » in *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, EPEL, 2002, p 258.

§ 2. COUPLE ET TRANSSEXUALISME

337. Le transsexualisme est encore une énigme. L'opinion publique n'est pas unanime sur cette question et oscille encore entre rejet, inquiétude, indifférence et acceptation⁵¹². Ce phénomène est encore, parfois, considéré comme contre-nature, voire monstrueux et, avant de voir le transsexuel comme un simple sujet de droit, il reste l'objet de toutes les inquiétudes, de quelques moqueries et d'une grande curiosité.

Pourtant, même l'Eglise, qui n'est pas toujours un modèle de progressisme, n'a pas pris de position hostile sur la question. L'être humain naît sexué c'est-à-dire qu'il a un sexe biologique vraisemblablement déterminé par Dieu. Pour ce qui est de savoir si, et dans quelle mesure, les individus souffrant (parce que le transsexuel est un être en souffrance) de transsexualisme se rendent coupables envers Dieu en changeant ce qu'Il leur a donné (un sexe masculin ou féminin), Dieu seul en est le juge !

A - IL NE FAUT PAS SE FIER AUX APPARENCES

338. Aujourd'hui, les faits sont là : on peut changer un homme en femme et une femme en homme même si le droit de changer de sexe n'est prévu par aucun texte. En vérité, on ne change que les apparences et dans certains pays, l'état civil. Dans ce cas, on donne à une personne la possibilité de vivre en tant qu'homme ou en tant que femme alors que la nature l'a « doté » de l'autre sexe.

La nature (ou le hasard) qui serait à l'origine de la détermination du sexe d'une personne est donc domptée par la science qui permet au transsexuel, avec modification chirurgicale et hormonale, d'appartenir à l'autre sexe.

Le transsexualisme, qui ne se conforme pas à la nature, est donc un « phénomène culturel » actuel permis par l'avancée de la science et des techniques.

⁵¹² L'opinion publique devrait évoluer. Le transsexualisme est une réalité sexuelle, un remodelage physique pour soigner une souffrance psychologique et qui, après tout, ne regarde que celui (ou celle) qui la désire. C'est aussi une réalité sociale complexe qui interpelle et questionne sur le plan éthique et juridique. Faut-il s'en tenir aux caractères génitaux externes: le sexe visible suffit-il à déterminer un individu et sa place dans la société ? La modification de l'anatomie génitale est-elle un droit ? Rien qu'à l'hôpital Saint Louis de Paris, 400 transformations corporelles sont ainsi pratiquées chaque année. Le Diplôme Inter-Universitaire de prise en charge du transsexualisme a été créé en juin 2013 conjointement par les universités Paris-Diderot Paris 7, Claude Bernard Lyon 1, Bordeaux 2 Segalen, et Aix-Marseille 2.

Ce qui était considéré comme immuable ne l'est plus. Le changement de sexe, en devenant techniquement possible, a entraîné tout d'abord la revendication du droit de changer de sexe puis celle de vivre une « vie normale » en tant que personne du sexe choisi.

La très grande majorité des personnes ne se posent pas la question de savoir s'ils sont homme ou femme. Leur identité psychologique est en accord avec leur physique, celui-ci leur servant de repère. Ceux qui revendiquent la "correction" sexuelle le font au nom du statut social de leur identité. La raison du changement est de confirmer un état dont ils sont déjà convaincus : ils veulent être physiquement ce qu'ils sont déjà psychologiquement.

Le but de l'opération est alors de mettre en accord son physique et son psychisme.

B - LE MAUVAIS GENRE

339. Le transsexualisme bouleverse la distinction biologique fondamentale du genre humain entre l'homme et la femme. Le transsexuel reconnaît qu'il a un sexe d'homme ou de femme mais ce sexe n'est pas celui auquel il se sent appartenir. Il y a alors une contradiction entre le sexe et le genre.

La dimension masculin/féminin est surtout liée à l'invention du genre⁵¹³. Appartenir au sexe masculin ou au sexe féminin relève du biologique. La différence est universellement reconnue. En revanche, être du genre masculin ou du genre féminin relève du domaine social.

Comment nommer le couple « masculin-féminin » ? Une notion ? Un concept ? Une catégorie ? Une classification ? Y-a-t-il toujours une corrélation entre le sexe biologique et le sexe social ? Ne faudrait-il pas exclure une classification et ne plus chercher à trouver une sorte de base commune à partir de laquelle toutes ces catégories pourraient être définies. La base commune, l'appartenance à l'espèce humaine n'est-elle pas suffisante ? Il ne s'agit pas de nier l'existence d'une différence sexuelle. Certaines féministes n'hésitent pas à le faire au prétexte que ce serait une invention de la société. Au contraire, les transsexuels affirment cette différence en refusant le mélange de masculin et de féminin qu'il

⁵¹³ Lire l'article d'I. Théry, « Le genre : identité des personnes ou modalité des relations sociales ? », Revue française de pédagogie, n°171, avril-mai-juin 2010, p.103 à 117.

y a en eux et en étant prêts à subir une lourde chirurgie pour passer « de l'autre côté »⁵¹⁴.

Le Code civil ne retient pas la notion de genre. La référence au sexe est, quant à elle, bien présente, dès 1804, puisque les rédacteurs du Code ont souvent visé l'homme ou la femme. Cette distinction était la transcription d'une époque inégalitaire. Quand le législateur a voulu accorder le droit aux mœurs, il a gommé les références sexuelles pour parler « d'époux » quand il s'agissait du mari ou de la femme et a parlé de « parents » pour regrouper et confondre le père et la mère. Cependant, quelques textes relatifs à la filiation restent sexués⁵¹⁵.

La loi ne définit pas le sexe et le droit civil l'appréhende en tant qu'élément de l'état d'une personne. A ce titre, il figure sur les actes de l'état civil (art. 57 al. 1er C. civ.).

Pendant longtemps, le sexe n'a pas été l'objet d'une attention particulière du droit : on lui attache certaines conséquences juridiques, puisqu'il fait partie de l'état de la personne (notamment quant à la validité du mariage, subordonnée jusqu'à la loi du 17 mai 2013 à la différence de sexe des époux). Parce qu'il est une donnée naturelle, biologique, on n'envisage pas sa dénaturation, de sorte que sa mention dans l'acte de naissance ne pouvait, a priori, pas être modifiée⁵¹⁶. Pour le Code civil, l'identité sexuelle d'une personne n'est évoquée qu'en ce qu'elle concerne la sexualité, d'abord, et la famille qui en découle, ensuite. Du sexe de chaque personne dépendaient les possibilités de sexualité autorisée (dans le mariage avant l'autorisation du mariage pour les personnes de même sexe) et la famille qu'elle pourra créer.

La famille contemporaine est un « vrai paradis » pour les anthropologues et un vrai casse-tête pour le législateur qui voudrait encadrer des relations que les individus n'envisagent pas enfermées mais libres. Chacun peut maintenant revendiquer la liberté de choisir : choisir, son partenaire, choisir d'en changer, choisir d'avoir des enfants ou de ne pas en avoir et maintenant choisir de mener

⁵¹⁴ La femme qui veut devenir, physiquement, un homme doit subir l'oblitération du vagin, la mise en place d'un faux pénis et de prothèses testiculaires, avec éventuellement une mammectomie et le retrait de l'utérus. L'homme qui veut, physiquement, devenir une femme, subit une ablation du pénis et des testicules, avant de « bénéficier » d'une vaginoplastie et de l'implantation de prothèses mammaires. Il ne s'agit donc pas d'une « légère correction » décidée sur un coup de tête.

⁵¹⁵ Notamment les articles 312 à 315 concernant la présomption légale de paternité et l'article 311-25 relatif à l'établissement de la filiation maternelle. Le droit accorde aussi à la femme seule le droit à l'interruption volontaire de grossesse et le droit d'accoucher anonymement.

⁵¹⁶ A l'exception des cas de rectification prévus par l'article 99 du Code civil.

une vie d'homme ou de femme indépendamment de son sexe biologique d'origine.

C - LE RECOURS À LA SCIENCE

340. Le transsexualisme suppose encore en France l'obligation de subir différentes opérations pour « harmoniser le corps et l'esprit ». C'est même le préalable à la modification de la mention du sexe dans l'acte d'état civil du transsexuel. Pendant longtemps, cette chirurgie considérée comme castratrice et mutilante était impossible même avec l'accord du patient. A défaut de justification médicale physique, elle était condamnée par les tribunaux⁵¹⁷, les médecins risquant des poursuites et des condamnations pénales et disciplinaires.

La médecine moderne reconnaît aux opérations de transsexualisme des vertus thérapeutiques qui mettent fin aux souffrances psychiques des transsexuels. Aujourd'hui, ce type d'opération n'est contraire ni à la loi ni à la déontologie médicale⁵¹⁸. Les transsexuels se font même opérer à l'hôpital public et l'intervention est remboursée par la Sécurité sociale.

Le transsexualisme n'est plus une maladie mentale. La France est le premier pays au monde à avoir supprimé le transsexualisme des « troubles précoces de l'identité de genre », objet de l'article D.322-1 du Code de la Sécurité sociale relatif aux affections psychiatriques de longue durée.

341. Une fois que le parcours médical a abouti à une transformation anatomique, la nouvelle identité sexuelle de la personne opérée ne correspond plus à son état civil. En effet, à la réassignation sexuelle médicale répond la rectification juridique de la mention du « sexe » sur l'état civil. Les juges doivent alors corriger le fait d'avoir été placé dans la mauvaise catégorie juridique de sexe.

L'état civil ne parle pas de genre mais de sexe : les individus sont déclarés de sexe masculin ou de sexe féminin. Jusqu'en 1962 (date de la première opération de transsexuel), la déclaration faite à l'état civil engageait pour toute la vie. Du sexe déclaré à la naissance (déclaration fondée sur l'apparence des organes génitaux externes) découle le genre et l'attribution d'un rôle social.

⁵¹⁷ Cass crim., 30 mai 1991, B., n°232, p.591 ; JCP, 1991, II, 21720, note Mémeteau, Dr. pénal. 1991, 255, obs. Véron ; Gaz. Pal., 1992, 1, 17 ; Rev. sc. crim. 1992, 74, obs. Levasseur.

⁵¹⁸ Les opérations sont toutefois « encadrées ». Eu égard au caractère irréversible de ce type d'interventions, le Conseil national de l'ordre des médecins et la sécurité sociale imposent aux patients un délai de réflexion de un à deux ans.

D'où le long refus de la jurisprudence d'accorder le droit de changer la mention du sexe à l'état civil au motif que « *le transsexualisme, même s'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* ». ⁵¹⁹ Seul comptait le sexe biologique ou chromosomique.

D - CHANGEMENT DE SEXE ET CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL

342. Cette jurisprudence hexagonale a été censurée, en 1992, par la Cour européenne des droits de l'homme ⁵²⁰ qui condamna la France pour atteinte à la vie privée de la personne transsexuelle en lui refusant la modification de la mention du sexe à son état civil ⁵²¹. Après cette condamnation, la Cour de Cassation s'est conformée au droit européen et a opéré un revirement. L'Assemblée plénière a décidé dans un arrêt du 11 décembre 1992 qu'en application des articles 9 et 57 du Code civil : « *lorsque, à la suite d'un traitement médicochirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a*

⁵¹⁹ Cass., civ.1^{re}, 21 mai 1990 ; JCP, 1990, II, 21588, rap. Massip, concl. Flipo ; RTDCiv, 1991, 289, obs. Hauser ; M. Gobert, « le transsexualisme ou la difficulté d'exister » JCP, 1990, I, 3475, n°19.

⁵²⁰ CEDH, 25 mars 1992, *Botella contre France*, déjà cité. La France fut condamnée en violation de l'article 8 de la Convention des droits de l'homme sur le droit à la vie privée, consacrant en l'espèce le respect du choix fait par les transsexuels durant leur vie de changer de sexe. La Cour maintint le principe d'une marge d'appréciation importante pour les Etats, tout en estimant qu'il y avait en l'espèce rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, la requérante « se trouvant quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée ». Cette décision a consacré la volonté européenne de protéger civilement les transsexuels de toute discrimination.

⁵²¹ En 1979, la Cour Européenne avait déjà estimé que le refus de tenir compte dans l'état civil des modifications intervenues licitement, constituait une méconnaissance du respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme car cela consistait à refuser de reconnaître l'identité sexuelle telle qu'elle résultait de la morphologie modifiée. Le transsexuel se retrouvait « *enfermé dans un sexe qui n'était plus guère le sien* ». En l'espèce, la requérante, qui pour la petite histoire était juriste à la Commission des communautés européennes, avait subi plusieurs opérations mais les autorités belges ne voulaient ni changer son état civil, ni lui reconnaître des droits en tant qu'homme ; CEDH, 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck c/ Belgique* - Requête 7654/76, rapport de la Commission du 13 mars 1979, Rapport européen sur les droits de l'homme (E.H.R.R.) 3 (1981) 557, 581-591 p.52.

l'apparence ; (...) le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »⁵²².

Cette dernière précision rappelle que la Cour de Cassation avait, à plusieurs reprises en 1990, refusé le changement de la mention de sexe à l'état civil en posant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

On note que la Cour de cassation n'a pas cherché à définir juridiquement le sexe. Elle ne considère pas que le transsexuel est du sexe qu'il revendique mais qu'il en a l'apparence.

Cet arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation conditionnait la rectification de l'état civil à la constatation que : « *une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social* ». Depuis cette décision, la modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance est autorisée si quatre conditions sont remplies :

- la constatation par un expert de la réalité du transsexualisme,
- cette réalité doit être établie avant la saisine du juge,
- la personne doit avoir l'apparence physique du sexe qu'elle revendique ce qui signifie qu'elle doit avoir subi une ablation de ses attributs sexuels d'origine,
- elle doit, enfin, avoir le comportement social du sexe revendiqué.

Dans la mesure où la modification de l'état civil passe par l'opération, certaines personnes y consentent dans le seul but d'obtenir ce changement d'état civil quitte à « sacrifier » ses organes sexuels et reproducteurs. L'opération est alors vécue comme une mutilation nécessaire. Comme le souligne le juriste Philippe Reigné: «[...] il fallait [...] inscrire les corps dans les catégories de sexe au moyen des qualifications juridiques; il faut maintenant inscrire les catégories de sexe dans les corps par la seringue ou le bistouri.»⁵²³ On peut se demander s'il ne serait pas plus raisonnable de cesser de considérer la ré-assignation sexuelle comme le sésame obligatoire au changement d'état civil. Accorder le choix du sexe social serait-il inenvisageable ?

⁵²² Cass., ass. plén., 11 déc.1992, n° 91-11.900, JCP 1993. II. 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 1993, 1.180 ; *RTD civ.*1993.325, obs. J. Hauser.

⁵²³ P. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G.*, n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp. 1887.

343. Notons que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu public le 27 juin 2013 un avis relatif à l'intégration en droit interne de la notion d'identité de genre et à la simplification de la procédure de changement de sexe à l'état civil⁵²⁴. La CNCDH préconise l'introduction en droit français de "l'identité de genre", en lieu et place de "l'identité sexuelle".⁵²⁵ « Le remplacement des termes « identité sexuelle » par ceux d' « *identité de genre* » permettrait de rectifier une terminologie inadéquate dans la mesure où elle contribue à alimenter la méconnaissance et les préjugés qui pèsent sur les personnes transidentitaires⁵²⁶ » (§12). La démarche permettrait notamment d'éviter l'amalgame communément fait entre transsexuels et homosexuels, alors même que « la transidentité est une question d'identité et non de sexualité ».

Le processus de changement de sexe à l'état civil fait partie des discriminations visant les personnes transidentitaires en France et le CNCDH propose de simplifier et d'unifier les démarches sur tout le territoire. Il préconise ainsi la mise en place d'une procédure en deux temps : tout d'abord, une déclaration auprès d'un officier d'état civil, accompagnée d'au moins deux témoignages émanant de tiers sans lien d'alliance, de parenté ou de subordination avec le requérant ; puis l'homologation de cette démarche par un juge qui sera en mesure de la refuser en cas de fraude ou d'absence de discernement du requérant. La procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil pourrait être entièrement affranchie de l'obligation de parcours médical.

Les personnes "transgenres" qui n'ont pas reçu de traitements médicaux de réassignation sexuelle et dont la morphologie sexuelle diffère de leur "conviction profonde" pourraient dans l'avenir changer de sexe à l'état civil si le droit français adoptait le critère de l'identité de genre.

⁵²⁴ Rapport rendu à la demande des ministres de la Justice et des Droits des femmes consultable sur le site du CNCDH : <http://www.cncdh.fr>.

⁵²⁵ Le terme "genre" se différencie de celui de "sexe" qui lui est étroitement lié. Le mot "sexe" se réfère aux caractéristiques biologiques et physiologiques qui différencient les hommes des femmes. Le mot "genre" sert à évoquer les rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités et les attributs qu'une société considère comme masculins ou féminins.

⁵²⁶ « Le terme de « transidentité » exprime le décalage que ressentent les personnes transidentitaires entre leur sexe biologique et leur identité psychosociale ou « identité de genre ». Cette notion englobe plusieurs réalités, parmi lesquelles celle des transsexuels qui ont bénéficié d'une chirurgie ou d'un traitement hormonal de réassignation sexuelle, celle des transgenres pour lesquels l'identité de genre ne correspond pas au sexe biologique et qui n'ont pas entamé de processus médical de réassignation sexuelle ; celle enfin des *queer* qui refusent la caractérisation binaire homme/femme». Source CNCDH

E - DISSOCIER LE DROIT DE SE MARIER DE CELUI DE FONDER UNE FAMILLE

344. La Cour européenne a reconnu aux transsexuels, le droit de se marier mais pas encore celui de fonder une famille. Dans un arrêt du 11 juillet 2002, elle affirme ne voir « aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier ». Elle ajoute même que « l'incapacité du couple de concevoir ou d'élever un enfant » ne peut les priver de ce droit. Elle précise que si l'article 12 vise bien le droit de se marier et celui de fonder une famille, « le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi le priver du droit de se marier ». Sur le terrain de l'article 8, en se fondant sur une approche évolutive de la CEDH, la Cour européenne estima nécessaire de bouleverser sa jurisprudence « à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». Ce nouvel éclairage guida la Cour vers l'acceptation du droit des transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale. Sur le terrain de l'article 12, la Cour précisa que si le mariage est supposé unir un homme et une femme, ces termes n'imposent pas que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. En l'espèce, la requérante menait une vie de femme et entretenait une relation amoureuse avec un homme qu'elle voulait épouser. Le fait que le droit national (anglais) retienne, aux fins du mariage, le sexe enregistré à la naissance constituait, en l'espèce, une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier.

La Cour de justice de l'Union européenne a aussi reconnu que « les transsexuels jouissent d'un droit fondamental à contracter mariage dans les conditions prenant en considération leur nouveau sexe »⁵²⁷.

345. Le droit de fonder une famille consisterait dans le droit de procréer. Le Comité des droits de l'homme précise que « le droit de fonder une famille implique en principe, la possibilité de procréer et de vivre ensemble »⁵²⁸. Plus simplement, fonder une famille reviendrait à « avoir des enfants ».⁵²⁹

⁵²⁷ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. / National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*; déjà cité.

⁵²⁸ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 19 du 27 juillet 1990, §5.

⁵²⁹ M. Enrich Mas, « Article 12 », La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, L. E. Pettiti, p. 446.

Cette approche est conforme à la conception traditionnelle (et catholique) du mariage, dans laquelle l'intention matrimoniale va de pair avec l'intention de procréer. Elle s'appuie aussi sur l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui, comme l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, associe le droit de fonder une famille au droit de se marier⁵³⁰. L'équivalence du droit au mariage et du droit de fonder une famille a été soumise à la Cour européenne à propos du mariage des transsexuels. De 1984 à 1998, la Cour n'a pas distingué ces deux droits considérés comme indissociables. Elle a accordé aux Etats le droit d'exclure les transsexuels du mariage en raison de leur «inaptitude à procréer» craignant qu'une telle union ne soit une «*dénaturation du mariage et de sa fonction essentielle*»⁵³¹. C'était pourtant refuser le droit de se marier aux couples stériles et à ceux qui ne voulaient pas avoir d'enfants. C'était également faire de la procréation une condition du mariage ce qui n'a jamais été le cas. Notons que la possibilité d'avoir des enfants sans être marié, était, depuis longtemps « exploitée », le législateur n'ayant aucune prise directe, sur la question.

F - LE MARIAGE DU TRANSSEXUEL EN FRANCE

346. Une affaire de 2005, certes un peu atypique et devenue désuète depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage aux personnes de même sexe, témoigne de la difficulté à accepter une solution pourtant compatible avec les données juridiques et administratives quand elle s'éloignait par trop du schéma « naturel et binaire » dominant.

La presse s'est fait l'écho⁵³², de l'opposition du parquet au mariage de deux personnes transsexuelles : Camille (transsexuel homme devenu femme) voulait s'unir à Benito, appartenant au sexe masculin pour l'état civil mais se faisant appeler « Monica » et affichant tous les attributs apparents de la féminité (une transsexuelle qui n'a pas été opérée).

⁵³⁰ Appelée à se prononcer sur le droit des détenus de se marier, la Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que les détenus qui, détention oblige, ne pouvaient entretenir des relations sexuelles, et par là même, ne pouvaient revendiquer le droit de fonder une famille, avaient le droit de se marier (dans son Rapport du 13 décembre 1979 concernant l'affaire *Hamer c. Royaume-Uni*, req. n° 7114/75, a estimé que le droit de marier du requérant, garanti par l'article 12 de la CESDH, avait été violé). En France, les relations sexuelles sont désormais possibles quand les détenus et leurs proches ont accès aux unités de vie familiale.

⁵³¹ CEDH, 10 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, A.106, *J.D.I.*, 1987, 796, chron. P.Rolland.

⁵³² *Le Monde*, 29-30 mai 2005.

En principe, l'union était possible. Toutes deux étaient nées de sexe masculin, toutes deux, certes, avaient l'apparence d'une femme, mais seule l'une d'entre elles avait obtenu un changement de sexe en 1999. Le Procureur s'était opposé au mariage, estimant que les intéressées entendaient s'unir par le mariage en tant que femmes.

Pour la cour d'appel⁵³³, « *l'intention matrimoniale alléguée* » par le couple « *n'est pas conforme à celle qu'induit l'institution matrimoniale du mariage en l'état du droit* ». Pour les magistrats, il n'y a pas « *d'intention matrimoniale* », ce mariage ne serait qu'un « *acte militant* ». En réalité, il fut reproché à ces deux personnes de ne pas consentir à la vision traditionnelle du mariage.

La problématique du transsexualisme et du couple doit s'analyser selon une approche temporelle : le sort du couple constitué avant le changement de sexe et celui du couple formé après le changement de sexe.

1. LE CHANGEMENT PRÉNUPTIAL DE SEXE

347. La question à se poser, quand la différence de sexe entre époux était encore de mise, était de savoir si le transsexuel pouvait se marier dans son nouveau sexe. Une réponse négative revenait à ne reconnaître aucun effet au changement de sexe et à consacrer un « troisième sexe » doté de droits particuliers et limités et privé des droits reconnus aux hommes et aux femmes.

-Si le transsexuel voulait épouser quelqu'un du même sexe que lui en apparence (par exemple, une femme devenue homme veut épouser un homme), ce n'était possible que si l'Etat de sa nationalité l'admettait. Leur mariage restait donc soumis au même interdit, en France, que le mariage entre homosexuels.

- Si le transsexuel voulait épouser quelqu'un du sexe opposé à son nouveau sexe (par exemple un homme devenu femme veut épouser un homme) rien ne devait, légalement, s'y opposer puisque la différenciation de sexe entre époux visée, ou plutôt supposée, par le Code civil était celle qui résultait de la mention du sexe dans l'acte de naissance. Peu importe donc la discordance entre le sexe génétique et le sexe juridique.

Le pacs et le concubinage n'impliquaient pas de différence de sexe. Ils ne soulevaient donc pas les mêmes difficultés au regard de la problématique du couple. La différence de sexe comme condition de validité du mariage des

⁵³³ C.A., Versailles, 8 juillet 2005 ; D. 2006.772 ; AJ Famille 2005 p 322 obs. Guez ; RTD Civ,2006,p.93, obs. Hauser.

transsexuels ne pose plus de question depuis que le législateur français a ouvert la porte des mairies aux homosexuels.

348. Le droit du futur conjoint n'a pas été évoqué. Il semble simple quand la situation de transsexualisme est connue mais on ne peut écarter l'hypothèse d'un mariage entre deux personnes, de sexe juridiquement différent, conclu et consenti par l'un dans l'ignorance du sexe biologique de l'autre.

L'erreur sur la personne pourrait être invoquée même si elle concerne davantage une « erreur totale » sur la personne (par exemple, le cas de jumeaux). C'est ce que pense le Professeur Hauser : « *Je pense que s'il était célébré, le mariage du transsexuel devrait être annulé pour cause d'erreur sur la personne ; je crois avoir épousé une vraie femme, et j'ai épousé une fausse vraie femme. C'est une erreur sur une qualité essentielle* »⁵³⁴.

Peut-on imposer une « obligation de vérité », éventuellement sous la forme d'un devoir d'informer ?

La seule solution pratique serait d'imposer à tous les futurs mariés d'informer le futur conjoint de son sexe d'origine mais le transsexuel pourrait s'y opposer au motif que cette obligation violerait sa vie privée.

Sans faire appel à quelque argument moral ou éthique et compte tenu du fait que le mariage est aussi une union sexuelle réglementée, ne peut-on pas, quand même, considérer que le fait de connaître le sexe de son conjoint est la moindre des choses ?

Il est rare, aujourd'hui, de se marier avec quelqu'un que l'on connaît depuis peu. Le mariage est souvent célébré après plusieurs années de vie commune au cours desquelles les doutes que chacun pourrait avoir sur l'appartenance sexuelle de son conjoint sont généralement levés. Pour les suspicieux, il est bon de savoir que la mention du nouveau sexe est une mention « en marge » de l'état civil. Le sexe d'origine du transsexuel n'est donc pas effacé et le futur époux ne devrait pas avoir de mal à consulter l'acte de naissance de son futur conjoint avant de s'engager.

⁵³⁴ J.Hauser RTD Civ, 1993, 325, cité par X. Labbé, dans son ouvrage, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, 1996, Presses universitaires Septentrion, p. 36.

2. LE CHANGEMENT DE SEXE POST-NUPTIAL

La situation est psychologiquement délicate.

Quel est l'avenir juridique du mariage pendant lequel l'un des conjoints a changé de sexe ?

a) Le devenir du mariage : caducité ou nullité

349. En cas de changement de sexe en cours de mariage, il ne semble pas incongru de considérer que le mariage est caduc en raison de la disparition de l'une des conditions du consentement du conjoint.

Cependant, le caractère automatique de la caducité n'est pas compatible avec cette situation. Le Tribunal qui accorderait le changement de la mention du sexe à l'état civil pourrait constater concomitamment la caducité du mariage et en organiser les conséquences⁵³⁵ mais sur quel fondement pourrait-il le faire depuis que les personnes de même sexe peuvent être mariées ?

On peut comprendre que si une femme a épousé un homme, elle n'envisage peut-être pas de poursuivre son mariage avec une femme, aussi charmante soit-elle, mais quid de la personne qui voudrait quand même restée mariée et de celle qui ne voulant pas que son mariage devienne caduc, ne demanderait pas la modification de son état civil ?

350. La nullité du mariage du fait du changement de sexe après mariage n'est pas davantage certaine. En effet, la nullité est rétroactive et doit avoir un lien avec les conditions dans lesquelles le mariage a été conclu ; or, dans le cas d'un transsexuel, le mariage a été conclu régulièrement entre deux personnes qui connaissaient l'identité sexuelle de l'autre. La nullité ne peut être appréciée qu'au moment où les époux ont contracté. Comme le changement de sexe n'a pas d'effet rétroactif, on peut en déduire que le mariage a été valablement célébré.

La nullité relative du mariage est concevable et pourrait toujours être demandée par le conjoint pour erreur sur les qualités essentielles si le syndrome transsexuel existait au moment du mariage et ne lui avait pas été révélé. L'article 180 alinéa 2 du Code civil prévoyant en effet que « *s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ». Il faut donc que cette qualité essentielle

⁵³⁵ Proposition notamment évoquée par Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre dans « Droit civil » première année 19^{ème} édition, 2015, Sirey. En ce sens aussi, J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique, Thèse, LGDJ, Paris 1993, n° 2056 à 2065.

recherchée par un des époux ait été déterminante de son consentement au mariage.

b) Le divorce

351. Si le divorce intervient par consentement mutuel ou séparation de corps, peu importe le changement de sexe.

A défaut d'accord, on peut s'orienter vers le divorce pour faute mais le changement de sexe peut-il être considéré comme une faute imputable au transsexuel ? Autrement dit, le transsexuel peut-il être tenu responsable de la rupture du mariage en raison de son changement de sexe ?

Les décisions des juges ont évolué.

Le 7 juin 2000, la Cour d'Appel de Nîmes s'est prononcée sur le cas d'un homme marié et père de famille qui avait volontairement changé de sexe par voie chirurgicale et fait reconnaître par le tribunal de grande instance sa nouvelle identité sexuelle. Elle estima que le fait pour le conjoint de s'habiller en femme et de se faire appeler par un prénom féminin constituait « *une insulte à sa femme* » et « *une violation des obligations et devoirs du mariage* » qui justifiaient que l'épouse ait quitté le domicile conjugal. En outre, le mariage entre personnes du même sexe n'étant pas alors reconnu par l'ordre public français, et puisque « *il faut un responsable à l'obligatoire séparation qui ne peut être que le transsexuel, quand bien même sa volonté n'y serait pour rien* », le divorce était prononcé aux torts exclusifs du mari⁵³⁶.

Une nouvelle approche de la question a été faite, en 2001, par le Tribunal de Grande Instance de Caen. Dans cette affaire, on a considéré que le changement de sexe n'était pas une faute, en tant que telle, mais pouvait le devenir selon les circonstances. Le transsexualisme et le changement d'état civil qui en découle ne sont pas contraires au droit français, ni constitutifs d'une faute. Cependant, « *le changement de sexe du mari, l'absence de prise en compte des implications conjugales générées par son nouveau statut et son éloignement volontaire pendant plusieurs années constituent une violation grave et renouvelée des obligations du mariage* ». Le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari, le Tribunal estimant que les difficultés incontestablement liées au transsexualisme ne sauraient autoriser celui ou celle qui les subit à avoir un « *comportement égocentrique* » et à ne plus se préoccuper de la place de son

⁵³⁶ CA Nîmes, 7 juin 2000, "Nullité, caducité, divorce : le sort du mariage du transsexuel" - RTDCiv, 2001, n° 2, avril-juin, p. 335, note Jean Hauser.

conjoint dans sa nouvelle existence, si tant est que celui-ci veuille toujours en avoir une.⁵³⁷

Le changement de sexe n'aurait pas dû être imputable au transsexuel puisqu'il est supposé indépendant de sa volonté. Or, la faute, telle que définie pour un divorce, nécessite un acte volontaire de la part de l'époux pour être considéré comme fautif. Le fait même que le transsexualisme soit considéré comme une affection psychiatrique (donc involontaire), qui s'imposait à la personne concernée rendait impossible l'assimilation du transsexualisme à une faute.

Aujourd'hui, le transsexualisme n'est plus, légalement, une affection psychiatrique. On peut donc penser que dans le cadre d'une procédure de divorce, le divorce d'un transsexuel puisse être prononcé à ses torts exclusifs du fait de son transsexualisme. Cependant, l'opération de conversion sexuelle, parce qu'elle est thérapeutique, n'est pas en soi fautive et la solution du litige dépendra de l'analyse du juge saisi.

Section 4 - DE L'HÉTÉRONORMATIVITÉ À LA DIVERSITÉ SEXUELLE

352. Les sociétés occidentales se montrent aujourd'hui, globalement, ouvertes et tolérantes à l'égard de l'homosexualité. Cette tolérance affichée n'en demeurerait pas moins très loin des revendications des couples homosexuels d'obtenir, non pas la possibilité d'avoir des relations sexuelles avec qui bon lui semble, mais bien de voir ses relations sentimentales avoir la même légitimité que les relations de couples hétérosexuels. L'ordre social français est resté hétéro normatif même si un pas a été franchi par l'adoption de la loi du 17 mai 2013.

Les individus sont classés en deux genres distincts et complémentaires, naturellement voués à occuper une place sociale distincte et complémentaire l'un par rapport à l'autre.

L'hétérosexualité est alors considérée comme l'orientation sexuelle normale. Une approche hétéronormative marginalise les formes différentes de sexualités et d'identité sexuelle et culturelle (genre).

353. Les mouvements homosexuels ont revendiqué l'homonormativité en affichant leur désir de se fondre dans une normalité sociale qui imiterait le couple et la famille hétérosexuelle.

⁵³⁷ TGI, Caen, 28 mai 2001, Dr Fam. 2002, comm. 42, note H. Lecuyer ; "Le transsexualisme en tant que cause de la dissolution du mariage" - *LPA*, 2002, n° 85, 29 avril, p. 16, note Jacques Massip.

On a pu se demander où était passée, dans leur discours, la critique systématique du mariage et de la répartition des rôles qu'il suppose. Les couples hétérosexuels se détournant de plus en plus du mariage institutionnel, il est raisonnablement envisageable de penser que le mariage civil ne tentera plus, en dehors des homosexuels, que ceux qui n'y verront qu'un préambule à leur mariage religieux⁵³⁸ ou le prétexte à des festivités.

Une autre alternative aurait pu être revendiquée : celle, non pas d'intégrer un mariage traditionnel dont la crise est patente, mais celle qui ouvrirait la reconnaissance sociale et juridique de toutes les nouvelles formes contractuelles d'organisations familiales. De nouvelles conceptions de l'organisation de la vie sexuelle et de la filiation sont revendiquées, notamment avec le polyamour : ne serait-il pas plus efficace de valider une plus grande diversité relationnelle au lieu de se référer à un mariage qui montre de plus en plus ses limites ?

354. Ce sont les normes consécutives au système sexe/genre binaire qui ont longtemps bloqué l'accès au mariage aux personnes de même sexe. On aurait sans doute pu modifier le code civil de manière à supprimer la référence à ce système binaire (homme/femme) même si on peut avoir des doutes sur l'effet réel de cette mesure, le remplacement des « pères et mères » par les parents n'ayant eu pour conséquence que de matérialiser l'égalité du père et de la mère mais pas de changer la place que chacun, homme et femme, doit conserver dans la famille traditionnelle. Portalis définissait le mariage dans le Discours Préliminaire au Code civil, « *le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à supporter le poids de la vie et pour partager une commune destinée* »⁵³⁹. Il semblait tellement évident que le mariage ne fut que pour les hétérosexuels qu'une précision supplémentaire eut été superflue. Le même Portalis précisait, dans ce même discours progressiste, que « *Le mariage est une société, mais la plus naturelle, la plus sainte, la plus inviolable de toutes*⁵⁴⁰ ». Dès lors, puisque le mariage représentait le lien naturel, lié à la reproduction naturelle de l'espèce humaine et, qui plus est, se voyait « frappé » de sainteté, il n'en fallait pas plus pour exclure implicitement l'homosexualité de toute idée de mariage.⁵⁴¹

⁵³⁸ Le mariage civil reste obligatoire avant toute célébration d'un mariage religieux.

⁵³⁹ Voir *Commentaires sur le Code civil* par J.M. Boileux, revu par M.F.F. Poncelet, 3ème édition, Tome 1er, Joubert éditions, 1835, p.125

⁵⁴⁰ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801, Éditions Confluences, Collection : Voix de la Cité, 2004, p 42.

⁵⁴¹ Rappelons que l'Église a prévu, dès les conciles de Naples (1120) et Latran (1179), en cas « d'impureté contre nature », l'excommunication pour un clerc et la relégation dans un monastère pour

Deux cents ans plus tard, dans un arrêt de principe du 13 mars 2007, la Cour de Cassation précisait : « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* ».

On pourrait croire que rien n'avait changé mais la réalité est à nuancer avec la normalisation de l'union homosexuelle par le pacs.

Le mariage pour tous n'était donc qu'une question de temps.

En France, l'ordre « hétéronormatif » a été remis en cause à travers les demandes de reconnaissance des couples homosexuels auxquelles le législateur a répondu en maintenant, avec la loi sur le partenariat (Pacs) du 15 novembre 1999, une nette démarcation entre le mariage hétérosexuel et les couples homosexuels.

C'est encore cet ordre hétéronormatif qui a été repris dans l'argumentation de l'avocat général Marc Domingo devant la Cour de cassation qui allait confirmer l'annulation du mariage de Bègles dans un arrêt de principe du 13 mars 2007⁵⁴².

Il a relevé qu' « *une déssexualisation jurisprudentielle du mariage dévasterait l'économie de la filiation et rendrait incohérentes les normes qui l'encadrent actuellement sans les remplacer par d'autres règles dont il faudrait attendre des pouvoirs publics qu'ils les édictent* ».

Pour rejeter l'argument tiré de la discrimination, le Tribunal⁵⁴³, en première instance, avait répondu que la différence de traitement entre homosexuels et hétérosexuels avait une justification objective et raisonnable : « *la fonction traditionnelle du mariage communément considérée comme constituant la fondation d'une famille* ». La cour d'appel de Bordeaux confirmera le jugement en invoquant les mêmes arguments et les mêmes textes pour arriver à la conclusion que « *le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme [étant] l'écho de la notion sexuée de père et mère* ». On ne peut, ajoutera-t-elle, parler de discrimination puisque « *la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur a désiré prendre en compte cette réalité biologique* ».

un membre du clergé. La position de l'Eglise semble doucement évoluer depuis l'élection du Pape François. « Si une personne est gay et cherche le seigneur avec bonne volonté qui suis-je pour la juger ? » aurait-il dit en rentrant des Journées mondiales de la jeunesse à Rio en été 2013 (Le Monde du 29 juillet 2013 rubrique Société). Ne pas juger c'est déjà ne pas condamner.

⁵⁴² Cass. civ.1^{ère}, 13 mars 2007, B., n°113, p.98 ; Defrénois, 2007, 781, obs Massip ; D., 2007, 935, obs. Gallmeister ; Dr. Famille, 2007, 76, note Azavant.

⁵⁴³ TGI, Bordeaux, 27 juillet 2004 : jurisData n° 2004-246467 ; JCP G 2004, II, 10169, note G. Kessler ; D. 2004, p.2392, note E. Agostini, confirmé par la Cour d'Appel Bordeaux, 6^{ème} ch., 19 avril 2005 : JurisData n°2005-270040 ; Dr. Famille 2005, comm.124, note M. Azavant.

C'est donc au nom d'un principe de cohérence général que le mariage ne pouvait être célébré entre deux personnes de même sexe.

355. Supprimer la mixité du mariage revenait à entraîner l'effondrement de la filiation (et même de la civilisation ont menacé les plus vigoureux opposants au mariage pour tous). Pourtant, mariage et filiation ne sont plus nécessairement liés. Homosexualité et hétérosexualité sont presque devenues secondaires en matière de reproduction et donc de filiation depuis le développement des méthodes technologiques de reproduction. La prééminence de la conception traditionnelle de la famille, un homme et une femme, parents biologiques, sociaux et légaux de leur enfant, est encore majoritaire (et il n'a jamais été question de la supprimer) mais elle n'est plus un modèle unique. La procréation médicalement assistée a permis de dissocier la reproduction de l'acte hétérosexuel charnel. Le rôle procréatif n'est plus toujours lié à un statut parental. Par l'intermédiaire d'une mère porteuse (même si la pratique est encore interdite en France), les hommes peuvent accéder à la paternité sans s'inscrire dans un schéma traditionnel de famille hétérosexuelle. Des femmes grâce au don de sperme peuvent devenir mères sans avoir de compagnon.

La famille, réduite au couple ou composée de parents et d'enfants est donc détachée quant à sa composition, sa reconstitution ou sa décomposition de facteurs sexués.

Il est donc temps de déssexualiser le droit de la famille pour tenter d'effacer les stéréotypes sexués des fonctions conjugales et parentales. Une étape essentielle a été franchie par la reconnaissance des unions homosexuelles. Celle-ci s'est faite progressivement (§1) et dans un contexte qui englobait à la fois la diversification des formes conjugales, le souci d'étendre les protections et solidarités réservées jusqu'alors aux personnes mariées (nécessairement de sexe différent) (§2) et la revendication de non-discrimination des couples en fonction de leur orientation sexuelles. Elle s'inscrit également dans le mouvement qui éloigne depuis plusieurs décennies la famille occidentale du monopole réservé au mariage hétérosexuel comme forme instituée du couple (§3).

§ 1. LE PACS C'EST MIEUX QUE RIEN

356. Combattu dans un premier temps parce qu'il supposait ériger l'homosexualité en norme sociale, le pacs fait l'objet aujourd'hui d'un large consensus qui tente, désormais, aussi et surtout, les hétérosexuels. L'application de la loi sur le pacs est donc plus large que ce à quoi le législateur pouvait s'attendre. Ce résultat est-il si surprenant ? Non, il montre simplement que les Français se détournent de plus en plus du mariage, une institution vieillissante dans laquelle ils ne se retrouvent plus. Cet engouement montre aussi qu'ils souhaitent encadrer leur relation de couple.

A - UN SOUS-MARIAGE ?

Si le pacs a apaisé les revendications homosexuelles, il ne les a pas enterrées pour autant. On pouvait, à juste titre, considérer qu'il était trop « timide » et que le législateur n'avait pas voulu aller au bout de la démarche en accordant les mêmes droits aux homosexuels et aux hétérosexuels. Créer un autre mode d'union ne donnait pas une égalité de droits. Le pacs restait un « sous-mariage » et ne répondait pas à la demande d'égalité des homosexuels qui voulaient pleinement « intégrer » le mariage. En outre, il ne supprimait pas le statut spécifique pour les homosexuels dans la mesure où les couples hétérosexuels avaient droit au pacs et au mariage alors que les couples homosexuels n'avaient accès qu'au premier qui n'ouvrait notamment aucun droit en matière de filiation.

357. Le droit de la filiation est l'une des principales lignes de frontière entre le mariage et le pacs.

Le pacs n'a aucun effet sur l'établissement de la filiation alors que celle-ci est établie du seul effet de la loi pour les couples mariés. En effet, dans un couple marié, la filiation paternelle s'établit automatiquement : le mari est présumé être le père de l'enfant. Son nom est indiqué dans l'acte de naissance. Il n'a pas besoin de procéder à une reconnaissance et n'a aucune démarche à effectuer pour établir la filiation de son enfant. La présomption de paternité n'existe pas pour le partenaire. Il doit donc les reconnaître pour établir leur filiation à son égard⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005 : JCP N 2005, n°28 act.369.

358. La différence entre Pacs et mariage est aussi flagrante en matière d'adoption puisque l'adoption conjointe pour un couple pacsé n'est pas autorisée alors que le couple marié (de même sexe ou de sexe différent) peut adopter conjointement. La seule possibilité offerte, hors mariage, consiste alors à présenter une demande d'adoption à titre individuel par l'un des partenaires. L'adoption, plénière ou simple, de l'enfant du conjoint n'est possible que si le couple est marié. Elle n'est pas possible dans le cadre d'un concubinage ou d'un pacs. Ces derniers sont réputés « moins solides » et « potentiellement moins durables ». Pourtant, en ce qui concerne l'adoption de l'enfant du conjoint, le mariage n'est soumis à aucune condition de durée minimale.

D'autres différences existent entre le Pacs et le mariage, des différences qui ont permis aux homosexuels de considérer que le Pacs ne représentait qu'un « mariage au rabais ».

359. Contrairement au conjoint, le partenaire ne dispose d'aucun droit de succession *ab intestat*. Le partenaire peut cependant conférer au membre survivant de son couple, par testament, une véritable protection qui bénéficie d'une imposition proche de celle applicable aux époux. Notons aussi que dans le cadre du pacs, il n'existe pas de « quotité disponible spéciale »⁵⁴⁵ entre partenaire. En présence d'enfants, qu'ils soient communs ou non, il n'est possible de léguer à son partenaire que la « quotité disponible ordinaire »⁵⁴⁶ de sa succession.

360. Le pacs n'est pas davantage assimilé au mariage quand il s'agit d'acquisition de la nationalité. Contrairement au mariage, le pacs ne donne pas le droit d'acquérir la nationalité française par simple déclaration au bout de 4 ou 5 ans (article 21-2 du Code civil). Pour obtenir la nationalité, le partenaire

⁵⁴⁵ En présence d'héritiers réservataires, celle-ci constitue le maximum de ce que le conjoint peut recevoir du patrimoine du défunt. Il existe 3 taux de quotité disponible, dont le choix appartient au disposant ou, à défaut, au conjoint :

- soit la quotité disponible ordinaire,
- soit 1/4 en pleine propriété et les 3/4 restants en usufruit,
- soit la totalité en usufruit.

⁵⁴⁶ La quotité disponible ordinaire est de la moitié en présence d'un enfant, de deux tiers en présence de deux enfants et de un tiers à partir de trois enfants.

étranger qui a conclu un pacs avec un partenaire français doit déposer une demande de naturalisation⁵⁴⁷.

En revanche, c'est un élément qui peut être pris en considération dans le cadre d'une demande de naturalisation s'agissant de la condition d'assimilation à la communauté française. Il permet aussi à l'étranger partenaire d'un Français, d'un Européen ou d'un autre étranger en situation régulière, d'obtenir une carte de séjour *vie privée et familiale* (sous certaines réserves)⁵⁴⁸.

361. Si le mariage permet d'obtenir la nationalité française, il a eut l'effet inverse quand il s'est agit de l'union d'un français à l'étranger. En effet, le mariage d'un homosexuel français à l'étranger a eu pour fâcheuse conséquence de le déchoir de sa nationalité française⁵⁴⁹.

Installé depuis 2002 aux Pays-Bas, Frédéric Minvielle s'y est marié en 2003 et a acquis la nationalité de son conjoint en 2006. Le problème est qu'une convention, signée en 1985 (et modifiée en 1993 et 1996) entre les deux pays, stipule que tout ressortissant étranger qui obtient la nationalité de l'autre pays perd la première... sauf s'il est marié et exprime une volonté expresse de conserver sa nationalité. Or, pour l'Etat français, qui ne reconnaissait pas le mariage homosexuel, M. Minvielle restait célibataire. Il s'est donc vu signifier en décembre 2007, sa déchéance de nationalité. Ce monsieur a « retrouvé » sa nationalité par réintégration. La procédure, extrêmement rapide, a certainement bénéficié d'une large médiatisation de cette affaire.

B - UN ALIGNEMENT PARTIEL

362. D'un point de vue fiscal, le Pacs s'aligne complètement sur le mariage. Le mariage homosexuel est d'ailleurs reconnu depuis 2008 par le fisc français⁵⁵⁰. En effet, cette même année, deux hollandais ont obtenu, de la Direction générale des Finances publiques du Ministère du budget, la reconnaissance de la validité de leur mariage contracté aux Pays Bas en l'an

⁵⁴⁷ Art. 4 proposition de loi n° 461 rectifiée tendant à renforcer les droits des personnes liées par un pacte civil de solidarité déposée au Sénat le 16 juin 2009 et a été rejetée par le Sénat le 9 décembre 2009.

⁵⁴⁸ Il doit notamment démontrer :

- être engagé dans les liens d'un pacte civil de solidarité,
- la réalité de la relation avec son partenaire,
- et l'ancienneté de leur vie commune en France (un an, sauf exceptions).

⁵⁴⁹ Voir Le Monde et Libération du 2 mai 2008.

⁵⁵⁰ Le Monde du 6 septembre 2008, Edito.

2000, ce qui leur a permis de demander une imposition commune. Ces deux hommes s'étaient installés en France en 2003 et avaient lancé ensemble une activité de chambres d'hôtes. Considérés comme célibataires, ils étaient aux yeux du fisc de simples partenaires commerciaux. L'administration fiscale leur avait conseillé de se pacser, conseil qui leur a été impossible de suivre puisqu'ils étaient mariés et qu'une personne mariée ne peut s'engager dans un pacs.

La sous-direction du contentieux de la direction générale des finances publiques a estimé⁵⁵¹ que répondu que le droit français⁵⁵² reconnaît la validité des mariages entre personnes de même sexe célébré à l'étranger, à condition que la loi du pays où celui-ci a été conclu admette sa validité et que la loi personnelle de chacun des époux (loi du pays dont ils sont ressortissants) autorise une telle union. Ainsi, le mariage conclu aux Pays-Bas entre deux hommes de nationalité néerlandaise doit être considéré comme valable. Il en résulte que ces personnes, lorsqu'elles sont fiscalement domiciliées en France, se trouvent, de plein droit et sans possibilité d'option, soumises à l'imposition commune à l'impôt sur le revenu prévue pour les personnes mariées, sous réserve de faire parvenir à leur centre des impôts une copie de l'acte de mariage traduit en français.

C - L'ÉTAPE ESSENTIELLE À L'ÉVOLUTION DES MENTALITÉS

363. Le pacs, voté en 1999, a pu sembler audacieux.

Son succès l'a complètement banalisé et l'audace que l'on pouvait y trouver a fait place à une vraie frilosité au regard de la reconnaissance du mariage pour les personnes de même sexe en Belgique, en Espagne, aux Pays-Bas ou en Afrique du sud. Cette reconnaissance est même devenue un symbole de modernité démocratique occidentale à laquelle la France a répondu par la loi du 17 mai 2013⁵⁵³.

Le pacs n'a pas donné satisfaction aux homosexuels qui voulaient avoir la possibilité de se marier (et adopter), ni satisfait les défenseurs de l'institution du mariage qui sont de moins en moins nombreux, les couples hétérosexuels préférant désormais se tourner vers le pacs.

Avoir un droit c'est pouvoir exiger quelque chose ou avoir la permission de faire quelque chose mais le Droit c'est aussi un ensemble de règles qui

⁵⁵¹ Courrier à un éditeur juridique (Editions Francis Lefebvre) du 11 juillet 2008.

⁵⁵² Rép. Mariani : AN 26-7-2005 p. 7437 n° 41533 et Rép. Masson : Sénat 9-3-2006 p. 22 n° 20257.

⁵⁵³ Loi n° 2012-404, 17 mai 2013 ; J.O. 18 mai 2013. V. JCP N2013, n°8, act.309 ; JCP N 2013, n°17, act.515.

permettent le fonctionnement normal d'une société car il enregistre et normalise les comportements.

La loi de 1972 qui a effacé la distinction entre la filiation naturelle et légitime a tenu compte d'une évolution sociale. C'est aussi elle qui a contribué à produire un changement dans les comportements des parents. Aujourd'hui, en France, plus d'un enfant sur deux naît hors mariage. Le droit de la famille est donc un reflet de la société mais il permet aussi d'anticiper les changements qui affecteront la famille.

Le législateur, en refusant, dans un premier temps, le mariage entre personnes de même sexe, et en créant le pacs ouvert à tous, a davantage bouleversé le droit de la famille qu'il ne l'eût fait en autorisant tout de suite ce type de mariage.

364. Le pacs a permis la pluralité des types d'union conjugale. Il occupe une place intermédiaire entre l'espace de « peu de droits » que constitue le concubinage et l'union encore fortement réglementée et ritualisée qu'est le mariage. Jusqu'alors, le mariage était le seul mode d'organisation juridique du couple et le pacs a marqué la fin de l'exclusivité juridique accordée au mariage, chamboulant ainsi les données de l'union conjugale.

Le Code civil a accueilli deux nouvelles formes de conjugalité. D'une part, la vie de couple hors mariage qui s'était beaucoup développée et que le droit ignorait presque totalement. D'autre part, les couples de même sexe qui se voyaient pour la première fois reconnus par la loi et octroyer un statut qui devait assurer leur pleine admission sociale.

Son succès auprès de l'ensemble de la population a révélé une véritable attente de la population et en a fait, non pas une alternative au mariage mais un type d'union complémentaire. Pour les couples hétérosexuels qui, jusqu'en 2013, étaient les seuls à pouvoir se marier, il était un compromis entre la liberté procurée par le concubinage et l'engagement supposé durable que représente le mariage. Le pacs a permis aux couples d'obtenir des droits supérieurs à ceux accordés par le concubinage, notamment en termes fiscaux, sans supporter la rigidité du mariage. Il a permis de penser que chacun pouvait choisir sa façon de vivre à deux. Puisqu'il n'était plus la seule option possible, le mariage est redevenu un choix, une hypothèse intéressante.

365. La consécration du mariage homosexuel a fait disparaître la raison initiale qui avait mené à la création du pacs. Sa disparition n'a pas pour autant été envisagée et cela révèle qu'il garde une singularité par rapport au mariage. Cette singularité qui repose sur la prépondérance individualiste et la précarité, a

changé la perception des Français sur le couple. En effet, pour la première fois dans une relation de couple encadrée, l'individu prime sur le couple à l'origine il n'y avait même pas d'inscription du pacs à l'état civil⁵⁵⁴. « *Le pacs est donc une forme de reconnaissance du couple qui ne met pas l'entité conjugale au dessus de l'individu* ». ⁵⁵⁵ En pratique, cela signifie que cette union n'entraîne la création d'aucun lien de nature familiale. Il n'y a pas de nom de famille, de belle-famille et d'obligations alimentaires directes à l'égard de la famille du partenaire. Le partenaire n'accepte que d'entrer dans une union à l'objet purement conjugal dans laquelle il conserve son identité propre et qu'il peut rompre seul. Certains auteurs ont pu considérer que la force de la volonté individuelle dans le pacs en faisait un « *engagement qui n'engage pas* »⁵⁵⁶. La dimension précaire du pacs le distingue du mariage qui a, au moins dans l'esprit, une vocation à durer. Cette précarité se manifeste dans la facilité de rupture qui peut ne dépendre que de la volonté d'un seul des partenaires. Elle est aussi marquée par l'absence d'effets postérieurs à la dissolution puisque les partenaires ne sont pas tenus de se verser une prestation compensatoire en cas de séparation et ne touchent pas de pension de réversion en cas de décès.

La récente adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁵⁵⁷ permet une réflexion sur la singularité des modes de conjugalité en écartant tous les risques de discriminations fondés sur l'orientation sexuelle. Désormais, tous les individus sont libres de choisir un statut comportant une plus ou moins grande protection sans que l'existence d'une distinction ne signifie qu'il y ait une discrimination.

366. L'étape « intermédiaire » du pacs n'a pas été vécue par tous les pays. Par exemple, l'Espagne, « le pays de la famille », encore profondément catholique, a fait voler en éclats les stéréotypes nationaux en autorisant le mariage des homosexuels en 2005. Cette autorisation, fondée sur une neutralité sexuée du mariage a un peu bouleversé l'institution du mariage mais n'a rien changé à

⁵⁵⁴ La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 – JORF du 7 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 a imposé la mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de Pacs avec indication de l'identité de l'autre partenaire (art. 515-7-1 du C.civ). Il semble que cette obligation ait été motivée par des considérations pratiques, à savoir la volonté de soulager les greffiers de la délivrance de multiples certificats de non-Pacs.

⁵⁵⁵ W. Rault, « Entre droit et symbole, les usages sociaux du pacte civil de solidarité », *Revue française de sociologie* 2007/3 vol. 48, p.562.

⁵⁵⁶ P. Malaurie, H., Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4e éd., 2011, p. 9 n°11.

⁵⁵⁷ Loi précitée.

l'organisation du couple en général, puisque celui-ci n'a pas d'autre reconnaissance que le mariage.

D'autres ont choisi, une autre voie : le 23 juin 1994, la Suède a voté une loi autorisant le partenariat enregistré et réservé aux couples de même sexe. Par un amendement, entré en vigueur le 1^{er} février 2003, les couples suédois de même sexe, étaient autorisés à adopter, même à l'étranger, dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels.

En 2005, toujours en Suède, la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de femmes.

Le texte de loi instituant le « mariage sexuellement neutre » a été voté par les députés suédois le 1^{er} avril 2009⁵⁵⁸. La Suède est même le premier pays à inclure dans sa législation l'interdiction de refus du mariage religieux pour les couples homosexuels. Les pasteurs ont le droit de refuser individuellement mais l'Eglise luthérienne a l'obligation de trouver un pasteur pour les couples souhaitant se marier religieusement.

En 2005, l'Eglise luthérienne de Suède, religion d'Etat, à laquelle appartiennent près de 80 % des Suédois, avait déjà accepté de bénir les partenariats homosexuels. Cette Eglise, qui a nommé au siège de l'évêché de Stockholm une femme ouvertement lesbienne en mai 2009, a sans aucun doute une autre vision du monde et de la famille que l'Eglise catholique.

367. Les différentes lois qui ont concerné le couple, en France et ailleurs, ont aussi conduit à une remise en question de l'institution du mariage. Ces lois n'ont pu être adoptées qu'en raison d'une évolution préalable des représentations de la famille et de l'éclatement des modèles conjugaux. Culturellement, ces lois reflètent les changements dans la norme familiale : les couples ne sont plus obligés de vivre ensemble, de rester ensemble, d'être de sexe différent ni d'avoir des enfants pour exister.

Dans l'une de ses dernières interviews⁵⁵⁹, le philosophe Jacques Derrida indiquait⁵⁶⁰ : « *Si j'étais législateur, je proposerais tout simplement la disparition du mot et du concept de "mariage" dans un code civil et laïque. Le "mariage", valeur religieuse, sacrée, hétérosexuelle avec vœu de procréation, de fidélité éternelle, etc. -, c'est une concession de l'Etat laïque à l'Eglise chrétienne en particulier dans son monogamisme qui n'est ni juif (il ne fut*

⁵⁵⁸ Le Monde du 1^{er} avril 2009.

⁵⁵⁹ Entretien publié dans Le Monde du 19 août 2004.

⁵⁶⁰ Commentaire suite à l'initiative de Noël Mamère qui avait célébré le mariage de deux homosexuels dans sa Mairie de Bègles (Gironde).

imposé aux Juifs par les Européens qu'au siècle dernier et ne constituait pas une obligation il y a quelques générations au Maghreb juif) ni, cela on le sait bien, musulman. En supprimant le mot et le concept de "mariage", cette équivoque ou cette hypocrisie religieuse et sacrée, qui n'a aucune place dans une constitution laïque, on les remplacerait par une "union civile" contractuelle, une sorte de pacs généralisé, amélioré, raffiné, souple et ajusté entre des partenaires de sexe ou de nombre non imposé.

Quant à ceux qui veulent, au sens strict, se lier par le "mariage" pour lequel mon respect est d'ailleurs intact -, ils pourraient le faire devant l'autorité religieuse de leur choix il en est d'ailleurs ainsi dans d'autres pays qui acceptent de consacrer religieusement des mariages entre homosexuels. Certains pourraient s'unir selon un mode ou l'autre, certains sur les deux modes, d'autres ne s'unir ni selon la loi laïque ni selon la loi religieuse. »

La proposition du philosophe est pour le moins radicale mais elle permet de poser la question du bien fondé et du poids de l'institution du mariage et de sa protection notamment à l'époque où les unions sont plus successives que durables.

On sait que cette opinion n'a pas été suivie et que le mariage n'est pas seulement un concept mais qu'il reste une réalité ouverte désormais aux personnes de même sexe.

§ 2. LE MARIAGE POUR TOUS

368. François Hollande a fait du « *mariage pour tous* » le 31^{ème} engagement de ses promesses électorales. C'est au nom de l'égalité des droits qu'une fois élu Président de la République, il a soutenu ce projet, pour que le mariage – jusqu'alors réservé aux couples de personnes de sexe différent – soit ouvert aux couples de personnes de même sexe.

A - UN DÉBAT HOULEUX PRÉALABLE Á UN CHANGEMENT INÉLUCTABLE

369. Le débat entre les adversaires et les partisans de l'ouverture aux couples homosexuels du droit à se marier a dépassé le cadre juridique pour déferler dans

les rues et dans les médias. Il est même devenu une question, voire un enjeu politique⁵⁶¹, où se sont opposées différentes conceptions de choix de société.

Du côté des adversaires du mariage homosexuel, on trouvait au premier rang l'Eglise qui reste, par principe, hostile à toute reconnaissance de l'homosexualité⁵⁶². Cette position entre dans une certaine logique puisque l'Eglise donne au mariage une fonction procréatrice et que sa doctrine a été élaborée (et a peu évolué) avant l'arrivée d'une nouvelle « cuisine procréatrice⁵⁶³ » qui pourrait permettre la survivance de l'espèce humaine dans un monde strictement homosexuel.

Ces adversaires reprenaient l'argument procréatif en affirmant que le refus du mariage entre personnes de même sexe ne constituait pas une discrimination mais reposait sur une distinction naturelle entre couples capables ou incapables de procréer. La différence biologique suffisait ainsi à refuser le mariage homosexuel. En outre, le mariage étant l'acte fondateur d'une famille, la loi a prévu une présomption de paternité au bénéfice d'un homme pour les enfants de sa femme, il ne pouvait évidemment pas convenir aux couples homosexuels.

Comment, en effet, un homme pourrait-il prétendre être le père des enfants de son mari ?⁵⁶⁴

⁵⁶¹ L'ouverture du mariage au couple de même sexe ainsi que la reconnaissance de leur parentalité figurant dans le programme socialiste pour la présidentielle de 2012 était présentée comme moderne et progressiste.

⁵⁶² Les prêtres acceptent cependant conformément aux directives du Vatican de baptiser les enfants des couples homosexuels. Le rapport d'étape du synode sur la famille réuni à Rome par le pape François (reproduit dans le journal La Croix du 15 octobre 2014) précise que « *Les personnes homosexuelles ont des dons et des qualités à offrir à la communauté chrétienne* » (§50), « *La question homosexuelle nous appelle à une réflexion sérieuse sur comment élaborer des chemins réalistes de croissance affective et de maturité humaine et évangélique en intégrant la dimension sexuelle: elle se présente donc comme un défi éducatif important. L'Église affirme, par ailleurs, que les unions entre des personnes du même sexe ne peuvent pas être assimilées au mariage entre un homme et une femme* » (§51), « *Sans nier les problématiques morales liées aux unions homosexuelles, on prend acte qu'il existe des cas où le soutien réciproque jusqu'au sacrifice constitue une aide précieuse pour la vie des partenaires* » (§52). Ces propositions n'ont finalement pas été retenues mais elles ont été approuvées par la majorité des évêques (118 voix pour et 62 contre). Le règlement du synode impose une majorité des deux tiers pour qu'un article de ce texte soit considéré comme étant l'expression du « consensus synodal » (le Figaro du 18 octobre 2014).

⁵⁶³ Procréation médicalement assistée, mère porteuse, fécondation in vitro, banque de sperme, dons d'ovocytes.....

⁵⁶⁴ La reconnaissance du mariage homosexuel a donné lieu à la production d'une abondante littérature : H.Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », D. 2013. Chron. 100 ; A. Cheynet de Beaupre, « Mariage pour tous : l'effet papillon », RJPF 2013-2/5. – C. Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », Dr. fam. 2013. Dossier 2 ; J.-J. Lemouland et D.Vigneau, « Panorama Droit des couples », D. 2013. P. 1089 ; A.Lebel, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », AJ fam. 2013. 122 ; I. Théry, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation », Dr. fam. 2013. Dossier 17 ; Ch. Bidaud-Garon, « Le mariage sans sexe... »,

Le doyen Carbonnier avait souligné l'incongruité d'une telle union en déclarant que la revendication du mariage homosexuel n'était qu' «*une cavalcade gay sur les Champs-Élysées*»⁵⁶⁵.

Le mariage reste, pour beaucoup de Français, l'origine de la famille et la consécration sociale et légale de l'union de deux personnes. Il repose sur une idée plus proche du sacrement que du contrat civil. Les opposants au mariage homosexuel ont, pour certains, gardé une vision de l'homosexualité issue de la culture chrétienne qui, pour asseoir sa suprématie et se démarquer du paganisme des Grecs et des Romains, a toujours stigmatisé les pratiques homosexuelles.

Il faut aussi reconnaître qu'il existe aussi, et encore aujourd'hui après l'adoption de la loi, « un fond d'homophobie » latent dans l'opinion française. Ouvrir le droit au mariage aux homosexuels, même si cela ne retire rien aux individus qui bénéficient déjà du droit de se marier, pourrait entraîner la confusion dans les esprits. Être marié affichait indirectement son hétérosexualité aux yeux des autres. Le mariage homosexuel ne serait pas une évolution mais la dénaturation d'un statut social.

370. Du côté des partisans du mariage homosexuel, on a dénoncé l'association non fondée entre mariage et filiation. La reproduction n'est plus une condition du mariage et faire de la filiation une caractéristique essentielle du mariage assignait une finalité reproductive à la sexualité. D'ailleurs, ce n'est pas parce que les couples de même sexe ne peuvent pas se reproduire par les voies biologiques qu'ils ont renoncé à être parents.

La loi reconnaît le mariage in extremis ou le mariage posthume. Elle admet aussi le mariage de couples stériles. Le nombre d'enfants nés hors mariage dépasse celui de ceux nés dans le mariage et lier le mariage à la capacité de procréer n'a plus aucun sens.

Dr. fam. 2013. Dossier 18 ; J.Hauser, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe [et autres sujets] », JCP N 2013. 1164 ; A.-M. Leroyer « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, au présent et futur », D. 2013. 1697. Dossier Mariage : la réforme !, AJ fam. 2013. 332 s.; H. Roberge, « Premières réflexions sur les effets sociaux du mariage », AJ fam. 2013. 358 ; Ch. Beaudoin, « La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », AJ fam. 2013. 366.

⁵⁶⁵ Rappelons toutefois que cet auteur ne s'est pas toujours illustré dans la lutte contre les discriminations. Il précisa notamment dans une note concernant la législation imposant aux juifs de déclarer leur religion sur leur fiche d'hôtel (C.E, 9 juillet 1943, D., 1944, 160, note Carbonnier) que cette « *législation avait une portée purement raciale et ne devait aucunement être interprétée comme une atteinte à la liberté religieuse, réputée intangible* ». Voir Paul Martens, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, 2003, p. 57-61. Reconnaissons aussi qu'il a également inspiré la loi du 3 janvier 1972 qui a consacré le principe de l'égalité des filiations légitimes et naturelles.

Il a aussi été avancé que l'on ne choisit pas sa sexualité, elle s'impose à chacun et ce, quelle que soit l'orientation sexuelle.

Enfin, l'opinion favorable au mariage homosexuel a évoqué le fait que ce mariage serait non pas une menace pour le mariage mais bien l'occasion d'une modernisation pour une institution sur le déclin. Le mariage homosexuel serait donc une chance d'éviter la désuétude du mariage.

Le mariage est une institution vivante, qui s'est construite, peu à peu, de l'Empire romain à nos jours et qui aurait bien besoin d'une rénovation.

Certains, aigris et sans doute déçus de la vie conjugale, ont même déclaré être pour le mariage homosexuel ne voyant pas pourquoi un individu devrait être épargné au seul prétexte qu'il est homosexuel !

B - UNE SOLUTION CONSENSUELLE

371. Opposants et partisans au mariage n'ont pas fait bouger leurs positions apparemment inconciliables et même si le refus acharné du mariage homosexuel a pu ressembler à un combat d'arrière-garde, il s'est bruyamment manifesté dans les rues. Le droit a quand même dû combiner les respects des lois naturelles et l'évolution des mœurs. C'est peut-être le droit international privé qui a aidé le pays des droits de l'homme à évoluer car celui-ci est géographiquement et juridiquement « encerclé par l'Europe ». L'internationalisation des échanges augmente la possibilité des unions « hors frontières » et par la même, permettait de contourner l'interdiction à l'égard des couples homosexuels de se marier.

La Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶⁶ a estimé que les Etats membres n'étaient pas obligés d'autoriser le mariage homosexuel. Mais, tout en refusant l'existence, actuellement, d'une obligation des Etats de reconnaître le mariage homosexuel, la Cour a semblé se déclarer prête à une interprétation évolutive de l'article 12 de la Convention. L'interprétation d'un texte n'est en effet pas définitive et le droit au « same-sex marriage » pourrait un jour être reconnu, sur la base de l'article 12, si un consensus européen émergeait à cet égard. Compte tenu de l'absence d'un « consensus » européen sur cette question, la Cour européenne renvoie à la « marge nationale d'appréciation » des Etats, soulignant que chacun d'entre eux a la faculté d'octroyer ou, inversement, de refuser le droit au mariage homosexuel.

⁵⁶⁶ CEDH, 22 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, précité.

372. La population française était majoritairement prête⁵⁶⁷ à l'ouverture du mariage civil à tous les couples. Cette évolution s'inscrit d'ailleurs dans une logique d'évolution de la famille et d'égalité des individus.

Des membres de l'opposition ont avancé que : « *quand nous serons revenus au pouvoir, il faudra réécrire ce texte pour protéger la filiation et les droits de l'enfant. Peut-être avec le recours au référendum* »⁵⁶⁸. C'est vite oublier qu'une remise en question des droits acquis par les couples de personnes de même sexe porterait une atteinte significative au principe de non-rétroactivité des lois. Une réforme pour l'avenir serait envisageable mais elle porterait atteinte au principe d'égalité en créant une différence de traitement entre les couples de personnes de même sexe mariés et déjà parents et ceux qui n'auront plus accès au droit au mariage et à l'adoption. Par conséquent, il est douteux que cette réécriture puisse un jour être présentée devant l'Assemblée nationale d'autant que l'enjeu de l'adoption du mariage homosexuel n'est pas qu'une question interne. Il s'agit notamment, au niveau européen, de reconnaître le statut d'un couple homosexuel marié lorsqu'il se déplace dans un autre Etat membre.

C - QUAND L'AMOUR NE CONNAIT PAS DE FRONTIÈRES

373. Et si « l'âme sœur » se trouvait à l'étranger ? Les mouvements de population au sein de l'Union européenne vont en nombre croissant et cette mobilité, associée à l'augmentation du nombre de mariages ou d'unions mixtes, conduit à une difficulté qui tient à la diversité des droits en présence. L'ouverture du mariage à tous prend un autre éclairage sous l'angle du droit international privé.

La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, promulguée le 17 mai 2013⁵⁶⁹ n'est pas sans conséquence sur le droit international privé du mariage.

374. La loi de 2013 a créé une petite révolution en insérant dans le code civil un article 202-1⁵⁷⁰ lequel précise la règle : « *Les qualités et conditions requises*

⁵⁶⁷ Plus de la moitié des Français (58 %) se disent favorables au mariage entre homosexuels, contre 35 % qui y sont opposés, d'après un sondage TNS Sofres- sondage publié par Le Monde du 28 janvier 2011. Les Français ont ensuite été plus divisés sur la loi instaurant le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels : 49% s'y sont dits favorables et 49% s'y opposent (2% ne se prononçant pas) Sondage BVA pour le Parisien / Aujourd'hui en France, réalisé par internet les 22 et 23 mai 2013.

⁵⁶⁸ Jean-François Copé, Le Monde du 18 mai 2013

⁵⁶⁹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle » avant de prévoir dans un alinéa 2, un tempérament : *« Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »* .

Le premier alinéa confirme donc le rattachement classique des conditions de fond du mariage à la loi nationale des époux au moment de la célébration du mariage. Le second est en revanche plus novateur puisqu'il permet donc d'écarter la loi ou les lois personnelle(s) prohibitive(s) si la loi nationale, la loi du domicile ou celle de la résidence de l'un des futurs époux admet le mariage homosexuel. Autrement dit, quelle que soit la nationalité des époux, un mariage entre personnes de même sexe peut être célébré en France si l'un d'eux est Français, demeure ou réside en France. Le législateur semblait ainsi marquer sa volonté d'imposer internationalement le mariage de même sexe, dût-il être « boiteux » (la validité du mariage est reconnue en France mais pas dans un autre État). Le procédé avait été critiqué par une partie de la doctrine qui a pu considérer que *« loin de favoriser la stabilité et l'équilibre au sein des relations personnelles présentant un élément d'extranéité, les nouvelles dispositions, marquées par la volonté d'imposer la nouvelle législation française dans le plus de situations possibles [...] favorisent les mariages boiteux [et] engendreront des rapports juridiques bancals »*⁵⁷¹ .

375. Le procédé a suscité de nombreuses critiques. *« Encore faudrait-il que les États s'abstiennent d'ici là de tout dumping législatif tendant à imposer aux autres États leurs choix législatifs en matière familiale. Ne peut en résulter qu'incertitude pour les couples et insécurité pour les tiers. Quant aux enfants... »* écrit M. Fulchiron⁵⁷². M. Sindres s'inquiétait également : *« Que le législateur puisse voir dans l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe un progrès est une chose, au demeurant parfaitement respectable. Qu'il entende en*

⁵⁷⁰ Dans le souci de renforcer la lutte contre les mariages forcés, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF du 5 août 2014, complète l'article 202-1 en ajoutant *« Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. »*

⁵⁷¹ A. Boiché, *« Aspects de droit international privé »*, AJF 2013, p. 362

⁵⁷² Hugues Fulchiron, *« Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine... »*, JCP G 3 déc. 2012, n°49, doctr.1317 ; J. Hauser, *« Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la Tortue d'Achille »*, JCP G, 2012, 1185 ; M. Revillard, *« Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé »*, Defrénois 2013, p. 743 ; D. Boulanger *« Aspect de droit international notarial du mariage pour tous »*, Journée d'information, Florilège automne 2013 consultable sur le site du Cridon Nord-Est : <http://www.cridon-ne.org>

*faire bénéficier tous ceux originaires d'Etats qui ne partagent pas sa position, et ce de façon tout aussi respectable, en est une autre dont on peut penser qu'elle ne correspond ni au mandat dont ce législateur a été investi, ni à l'esprit de tempérance qui doit présider à l'exercice de sa mission. Le choix du législateur français est une prise de position dans un débat délicat ayant pour enjeu un changement de modèle anthropologique : il constitue une voie possible, parmi d'autres, mais certainement pas un terreau propice aux élans d'exemplarité dont le projet d'article 202-1, alinéa 2 du code civil porte témoignage ».*⁵⁷³

376. La circulaire du 29 mai 2013⁵⁷⁴ de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe précisait naturellement que «*la règle introduite par l'article 202-1 alinéa 2 ne peut toutefois s'appliquer pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle* »⁵⁷⁵. Elle ajoute, avec prudence, que «*lorsqu'un mariage sera envisagé entre deux personnes de même sexe, dont l'un des futurs époux est ressortissant de l'un de ces pays, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage. En cas de difficultés, il conviendra que l'officier de l'état civil interroge le procureur de la République territorialement compétent* ». Une instruction du 1er août 2013⁵⁷⁶ apporte quelques compléments d'information en précisant que la liste des conventions conclues entre la France et d'autres pays qui sont susceptibles d'être concernés «*est essentiellement destinée à rappeler leur existence aux officiers de l'état civil et à les inviter à se montrer prudents lorsqu'un projet de mariage entre deux personnes de même sexe peut concerner un ressortissant d'un pays avec lequel la France est liée par une telle convention* ».

⁵⁷³ David Sindres « Brèves réflexions autour de l'article 202-1, alinéa 2 du projet de loi « ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe », *LPA*, n° 24, 1er février 2013, p.6.

⁵⁷⁴ Circulaire du 29 mai 2013 (qui n'a aucune valeur juridique) de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil) Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n°2013-05 du 31 mai 2013; Frédéric Dieu, « Refus de célébrer un mariage entre personnes de même sexe : une circulaire et des doutes », *JCP G* 2013, n°27, n°771.

⁵⁷⁵ La France a conclu de telles conventions avec la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie.

⁵⁷⁶ Consultable sur le site Gisti : http://www.gisti.org/IMG/pdf/dp_459_c1-2013-ca_3-7-1.pdf

377. La Cour de cassation, par un arrêt du 28 janvier 2015⁵⁷⁷, a clarifié la question de la conformité de la loi du 17 mai 2013 à certains engagements internationaux de la France en validant le mariage d'un couple homosexuel franco-marocain. En l'espèce, un couple de personnes de même sexe, déjà lié par un pacs, l'un français et l'autre marocain, avaient décidé de se marier malgré l'opposition formulée, avant la célébration par le procureur de la République de Chambéry, en application de la convention franco-marocaine du 10 août 1981⁵⁷⁸. Le tribunal de Chambéry⁵⁷⁹ avait fait droit à la demande de mainlevée de l'opposition à ce mariage après avoir noté que « *la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination à l'accès au mariage fondée sur le sexe justifie l'éviction de l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 (...)* L'éviction de l'article 5 de la convention paraît de nature à prévenir une autre discrimination fondée sur la nationalité des ressortissants des différents Etats candidats au mariage avec un ressortissant français de même sexe ».

Les juges d'appel, saisis par le Parquet, ont estimé, par un arrêt du 22 octobre 2013, que « *ces ressortissants étrangers vivent en France et doivent pouvoir bénéficier de l'accès à des droits légitimes conformes au nouvel ordre public international dans des conditions équivalentes à celles des ressortissants de pays qui n'ont pas conclu de conventions bilatérales et dont les législations ne reconnaissent pas non plus le mariage homosexuel* »⁵⁸⁰. Pour la cour d'appel « *il convient d'écartier l'application de cette Convention au profit des principes*

⁵⁷⁷ Cass, 1^{ère} civ., 28 janvier 2015 n°13-50.059. *AJF* 2015, 172, obs. A. Boiché ; *Dr. fam.* 2015, Comm. 63, A. Devers et M. Farge ; J. Dubarry, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité », *RJPF* 2015-2/15 ; H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p. 464 ; L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, 318 ; *D.* 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2015, comm. 6, J. Guillaumé et S. Godechot-Patris ; *RTD Civ.* 2015, p. 359, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2015-6/38, A.-A. Hyde ; *LPA* 2015, n° 42, p. 6, V. Legrand ; *D.* 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; J.-G. Mahinga, *LPA* 2015, n° 37, p. 6 ; *JDI* 2015, comm. 8, B. Mathieu *RTD Civ.* 2015, p. 91, P. Puig ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2015, n° 83, p. 37, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *Defrénois* 2015, n° 8, p. 450, M. Revillard ; *RTD Civ.* 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *JDI* 2015, comm. 7, Th. Vignal.

⁵⁷⁸ L'article 5 de cette convention précise, en effet, que les conditions de fond du mariage, de même que les empêchements, sont régies pour chacun des époux par la loi du pays dont il a la nationalité. Le ministère public appuyait sa position en rappelant que le mariage homosexuel est interdit au Maroc, où il constitue même une infraction pénale.

⁵⁷⁹ TGI, Chambéry, du 11 octobre 2013, n° 13/0163 : *Juris-Data* n° 2013-022324.

⁵⁸⁰ CA Chambéry, 3e ch., 22 octobre 2013, n° 13/02258 : *Juris-Data* n° 2013-022910, *Dr. fam.* 2013, n° 12, comm. 158, note J.-R. Binet ; *D.* 2013, *AJ*, p. 2464, *JCP* 2013, 1159, act. Alain Devers, *JCP* 2013, 1233, act. F. Boulanger.

supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ». La cour d'appel estime que la conception de l'ordre public international a été modifiée par la loi du 17 mai 2013 de telle manière qu'elle s'oppose désormais à l'application d'une loi prohibant le mariage entre personnes de même sexe.

378. La Cour de cassation a tranché en considérant que la loi marocaine, qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe, est manifestement incompatible avec l'ordre public, au sens de l'article 4 de la Convention bilatérale du 10 août 1981. La loi marocaine est, sur ce point, en contradiction avec la conception française de l'ordre public international. Les couples franco-marocains de même sexe peuvent donc valablement se marier en France. La solution implique, au regard de l'article 202-1 du code civil, la possibilité de célébrer le mariage de deux ressortissants marocains de même sexe si l'un au moins a son domicile ou sa résidence, même non habituelle, sur le territoire français étant précisé que ce mariage ne s'imposerait aucunement au Maroc. La solution vaut également pour les ressortissants des autres pays liés à la France par l'une des conventions internationales citées par la circulaire du 29 mai 2013. La réciprocité pourrait légitimement conduire les juridictions marocaines à se retrancher derrière le même procédé pour écarter certains empêchements à mariage prévus par le droit français et non repris par le droit marocain. Ces juridictions pourraient ainsi valider un mariage bigame entre un marocain et une française en considérant que l'interdiction absolue de la polygamie par le droit français est contraire à la conception marocaine de l'ordre public international.

La loi illustre clairement la volonté du législateur d'assurer l'efficacité et l'application les plus larges possibles de la réforme du mariage entreprise en France. La règle posée manifeste en tout cas très clairement la volonté de la Cour de cassation de donner, dans les situations internationales, la portée la plus large possible aux nouvelles dispositions. Son intégration dans les principes de la conception française de l'ordre public international⁵⁸¹ est donc parfaitement justifiée.

⁵⁸¹ L'ordre public international se nourrit de l'actualité du droit. Les valeurs protégées dans la notion d'ordre public suivent donc en permanence l'évolution de la société et le droit des personnes de même sexe à se marier est l'une de ces évolutions.

379. L'enfant fait-il la famille ? Rien n'est moins sûr.

Même s'il est courant de dire que l'enfant fait la famille, on peut considérer que celle-ci se constitue dès la formation d'un couple, aussi précaire soit-il.

L'arrêt Goodwin a déjà précisé les contours de la famille en dissociant le mariage, et donc le couple seul, de la qualification de famille⁵⁸², laissant supposer que l'enfant déclencherait la famille.

En droit interne, la notion de famille est plus large, en ce sens qu'elle naît alternativement ou cumulativement du mariage ou des enfants. Pour M. Philippe Malaurie, le mariage est l'élément fondateur de la famille car il «*porte en lui les enfants qui en naîtront ou qui pourraient en naître*», et qu' «*il crée un lien d'alliance entre deux familles qui ainsi s'unissent en une nouvelle famille* »⁵⁸³.

Ainsi, avec ou sans enfant, le couple est une famille et non un « début de famille », « une famille inachevée » ou un « projet de famille » telle qu'elle serait appelée si la famille n'existait qu'en présence d'enfant.

Par opposition, toujours selon M. Malaurie, dans les unions hors mariage, ce n'est pas l'union qui crée la famille, mais la naissance de l'enfant. Qu'en est-il alors du parent divorcé avec un enfant ? Est-ce le couple ou l'enfant qui fonde la famille ? Il y a encore une trentaine d'années, on pouvait soutenir que le couple était au moins le socle de la famille.

380. Les nouvelles techniques procréatives et la liberté revendiquée des individus en matière de conjugalité ont bouleversé la donne.

Le mariage, fragile et précaire, n'est plus une institution et c'est désormais la filiation qui est le pivot d'une institution familiale rénovée et évolutive. Le choix de la société française est de faire la famille à partir de l'enfant.

Placer le lien de filiation au centre de la famille, indifféremment du mode de conjugalité des parents, est un renversement.

Même si l'enfant n'est pas le seul à faire la famille, il en reste le symbole.

C'est autour de lui que se construit la famille.

⁵⁸² CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/Royaume-Uni*, précité.

⁵⁸³ P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011, pp. 34-35.

381. A l'instar du couple qui fait désormais, en Occident, l'objet d'un choix par les individus (choix du conjoint et choix de former un couple), l'arrivée d'un enfant est aussi, la plupart du temps, choisie, anticipée et souhaitée.

C'est avant tout la maîtrise de la fécondité qui a changé la place des femmes dans la société, les rapports de couple et la place de l'enfant dans la famille.

Elle a permis de distinguer l'homme et la femme de la fonction que lui assignait la société (être père ou mère).

La sexualité, hier liée à la reproduction, en est aujourd'hui, et de manière irréversible, détachée. La famille n'est donc plus la part héritée de l'existence mais le résultat d'une volonté. La « planification » familiale est devenue le modèle dominant. Le passage du régime de « maternité subie » à celui de « maternité volontaire » a entraîné une transformation des modalités de constitution de la famille (une sexualité indépendante de la mise en couple, une prise de distance relative à l'égard du mariage, etc.).

Le droit d'avoir des enfants, d'en choisir le nombre et le nombre d'années qui sépare leur naissance est désormais légitime et s'inscrit dans le cadre d'un projet parental⁵⁸⁴. Les couples stériles se sont aussi inscrits dans cette évolution. La science a permis « la libre fabrication » d'enfants.

382. Comment penser alors la parenté dans cette époque bouleversée par la science et l'aide médicale à la procréation ? Comme l'affirmait le philosophe Martin Heidegger⁵⁸⁵ « *La science ne pense pas* ». Son interprétation se limite à la traduction de la réalité. Or, la naissance d'un enfant et la création d'un lien de filiation peut maintenant donner lieu, tout à la fois, à une réalité scientifique et à une réalité sociale et juridique.

« *La raideur d'une éprouvette ne s'accorde pas nécessairement avec la souplesse d'un rapport humain* »⁵⁸⁶ et le droit doit tenir compte de ces deux réalités (sociale et scientifique) pour en faire une vérité parfois bancal.

Les évolutions des techniques procréatives ont entraîné une évolution profonde des représentations et des valeurs en matière de filiations et de parenté.

⁵⁸⁴ Cette planification touche aussi l'Orient. Les médias français ont notamment relayé les inquiétudes des autorités japonaises face au rejet massif de la maternité par les jeunes femmes qui préfèrent se consacrer à leur carrière. Ce phénomène, appelé le « syndrome du célibat », toucherait, selon l'Institut japonais des populations et de la sécurité sociale, 90% des jeunes femmes. Le Japon a déjà un des taux de natalité les plus bas au monde et si on compte 126 millions de Japonais aujourd'hui, on devrait en compter un tiers de moins d'ici 2060. Source Les échos 2/01/2014.

⁵⁸⁵ Cours de 1951-1952, repris dans *Qu'appelle-t-on penser?* trad. Aloys Becker et Gérard Granel, Paris, PUF, coll. « Épiméthée Essais philosophiques », 1967, p. 157.

⁵⁸⁶ J. Baechler, « Le concept d'identité », In rev.Commentaire, n°133,2011, p.93.

Il est indispensable aujourd'hui de repenser la filiation et la parenté en dehors d'un modèle matrimonial et masculin construit sur la paternité légitime traditionnelle. Ce modèle est aujourd'hui obsolète et contestable compte tenu du contexte social qui ne considère plus le mariage comme un socle unique de la famille et, surtout, compte tenu de la pratique nationale et internationale des dons (gamètes, ovocytes, gestations pour autrui...).

383. Au cœur de la question familiale, il y a l'émergence d'un droit nouveau : l'accès à la parenté, le « droit de fonder une famille ». Ce droit est posé, dans son principe, à l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *l'homme et la femme (...) ont le droit de se marier et de fonder une famille* ». Cependant, ce droit n'a rien d'universel quand son exercice est limité pour les couples stériles et qu'il n'est pas reconnu pour les couples homosexuels. Or, si le législateur n'a pas pour vocation de faire droit à tout « désir d'enfant », il n'est pas absurde de considérer que fonder une famille relève des droits essentiels de nos sociétés modernes. Ce droit s'inscrit d'ailleurs dans l'intérêt de l'enfant qui est alors la concrétisation d'un droit au projet parental.

Dans ce contexte, de nouvelles revendications sont apparues autour de la filiation notamment abordée sous l'angle des nouvelles technologies, de l'avortement, du droit à l'interruption volontaire de grossesse, du droit de connaître ses origines biologiques, de l'homoparentalité, mais aussi d'un statut pour les beaux-parents ou les grands-parents.

384. Notre conception de la parenté s'accompagne d'une norme d'exclusivité de la filiation en ce sens que chacun doit être le fils ou la fille d'un seul père et d'une seule mère. Or, la filiation connaît des variations autour de la dissociation entre la qualité de géniteur et l'un des statuts de parents.

On parle désormais de parent social et de parent juridique, de parent biologique, généalogique ou domestique. Les sociologues parlent même de « parenté pratique » qui se fonde sur le *care* analysé par la sociologue Florence Weber⁵⁸⁷. La multiplication des figures parentales répond à la multiplication des types de familles et aux nouvelles technologies procréatives.

La présence d'un « artifice » dans la procréation crée une nouvelle catégorie, le parent biologique qui se différencie du parent naturel qui, lui, procréé sans artifice. Ces nouvelles technologies ont totalement remis en cause la fausse

⁵⁸⁷ Florence Weber, *op.cit.*

évidence de la *mater sempra certa est* depuis que se distinguent la maternité génétique, la maternité gestationnelle et la maternité sociale.

Quant à la présomption de paternité du mari, il semble que la codification de l'ADN ait permis de lever bien des doutes.

Le droit peut indiscutablement se construire sur des certitudes, celles de la science. Les fictions et les présomptions ont perdu de leur importance et ne sont plus pertinentes. Faut-il alors nécessairement fonder la filiation sur la vérité biologique (section 1) ? D'autant que les certitudes biologiques ne se révèlent pas toujours adaptées quand il faut désigner la mère et sont incohérentes quand elles excluent l'établissement de filiation (section 2).

Au-delà du strict lien de filiation, la famille se construit avec la grand-parentalité (section 3) et sur une nouvelle parenté qui se dégage des nouvelles compositions familiales. La recomposition familiale est l'occasion de changements multiples, individuels et de groupe. Ces changements bouleversent particulièrement la parentalité et la parenté. Autrefois, cette recomposition familiale était causée par un décès et devenait une famille de substitution. Maintenant, elle crée une famille additionnelle et l'enfant se trouve quelquefois confronté à une véritable « constellation parentale » (section 4).

Enfin, nous verrons qu'être parent n'est pas uniquement avoir un statut qui confère une autorité mais c'est aussi et surtout avoir une fonction auprès de l'enfant (section 5).

Section 1 - LA FILIATION : ENTRE LIEN JURIDIQUE ET TRAÇABILITÉ

385. Il était traditionnellement admis que l'organisation de la famille, telle qu'elle avait été édictée par le législateur, était d'ordre public et que tout comportement qui dérogeait aux règles gouvernant cette organisation constituait une atteinte à l'ordre public familial.

Cet ordre public s'appuyait sur la stabilité de la structure familiale et du droit de la famille et défendait, au sein même de cette structure, les valeurs de la société française.

Le paradoxe de cette mission de l'ordre public familial se trouve au cœur de l'évolution de la famille, considérée de plus en plus comme une affaire privée et relevant de la conception personnelle que chacun s'en fait.

Le droit n'a donc plus pour vocation d'imposer une structure familiale mais de proposer aux différentes structures de type familial un encadrement qui lui permet de s'organiser.

La famille en entrant dans la sphère privée se place hors de l'espace public.

§ 1. UN CHOIX POLITIQUE

386. La famille, et surtout la filiation, sont un lien social qui s'établit conformément à des règles juridiques. Peu importe la qualité du lien – affectif ou biologique – l'important est la valeur de ce lien qui doit être suffisamment grande pour que le droit la consacre et la défende.

Considérer le lien de filiation n'est donc pas une question de fait puisqu'il s'agit d'une création de droit qui permet au législateur d'exprimer un choix politique.

Dès lors, prévoir la filiation pour un couple de même sexe, par exemple, est tout à fait envisageable puisque cela ne dépend que d'une volonté politique de lier ou non une possibilité reproductive au sein d'un couple et le droit d'établir une filiation.

D'ailleurs, le refus de l'adoption aux couples homosexuels ou l'accès à la procréation médicalement assistée n'apparaît plus adapté ni à l'évolution des mentalités ni à celle du droit, la seconde n'étant que la reprise sur le plan des institutions de la première.

Or il n'y a de filiation que si celle-ci est dite, instituée par le droit. La filiation n'est donc pas uniquement liée à la procréation et ne se résume pas à un lien entre procréateur et procréé. Elle se compose traditionnellement de trois éléments: le titre légal qui est « *une vérité attribuée* »⁵⁸⁸, la biologie qui est une « *vérité sur l'origine* »⁵⁸⁹ et la possession d'état qui est « *une vérité vécue* »⁵⁹⁰.

La filiation est donc un concept juridique, une fiction culturelle qui fonde le lien. Ainsi, pour le Code civil de 1804, c'est bien la reconnaissance sociale du mariage, et non les liens de sang, qui crée le lien de filiation entre les parents mariés et les enfants.

La filiation n'est donc « *ni du domaine de l'être, ni du domaine de l'avoir : elle est du domaine de la relation* »⁵⁹¹.

387. La place que chaque élément peut avoir dans l'établissement de la filiation est variable selon le temps et l'espace. Les valeurs politiques, les mœurs, les valeurs morales entrent en jeu pour la création du lien de droit. Si les mœurs ne

⁵⁸⁸ Pierre Murat, « Filiation et vie familiale » *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH* (dir. F. Sudre), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22-23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, coll. « Droit et justice » : n°38, p. 161.

⁵⁸⁹ Ibid p.161.

⁵⁹⁰ Ibid p.161.

⁵⁹¹ D. Gutmann, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, 2000, coll. Bibliothèque de droit privé : t.327, p.66.

sont pas directement exprimées dans la loi, elles font état des comportements humains et des pratiques sociales majoritairement admis dans la société et dans une période précise et forment un « *système normatif qui influence le droit par un commandement d'évolution et d'ouverture* ». ⁵⁹² C'est la raison pour laquelle mœurs et droit de la famille sont inextricablement liés l'un à l'autre : « *s'il est clair que le droit qui s'éloigne trop des mœurs se condamne à l'ineffectivité, de sorte que l'écart entre la norme juridique et le fait social peut se transformer en un gouffre par ailleurs préjudiciable à la crédibilité du monde juridique [...], légiférer sur la seule base des mœurs c'est se référer à la seule normalité sociologique, c'est donc mettre en cause la normativité du droit, qui constitue son essence* » ⁵⁹³.

Les couples font parfois peu de cas du cadre dans lequel le droit souhaite enfermer leur relation et n'attendent pas nécessairement une reconnaissance du droit. En revanche, les relations entre les enfants et leurs auteurs ont besoin de cadre précis. La nature de ces relations peut varier et laisser croire à une division, voire à une hiérarchie des filiations.

Les valeurs ont divisé les filiations. Avant l'ordonnance de 2005 ⁵⁹⁴, la distinction se faisait essentiellement entre les filiations issues de mariage et les filiations hors mariage. Depuis la réforme, la distinction s'opère entre les filiations « paisibles » et les filiations contentieuses. La filiation est donc appréhendée en fonction des rapports que l'auteur entend avoir avec l'enfant.

Rien n'oblige un homme à établir un lien juridique avec une femme mais en consentant à un rapport sexuel, il accepte le risque d'engendrer, sa paternité ne pouvant pas être considérée comme « *un préjudice direct ou indirect indemnisable* » ⁵⁹⁵.

§ 2. LA VÉRITÉ BIOLOGIQUE ENTRE STABILITÉ ET FRAGILITÉ

388. Le droit de la filiation n'est plus fondé sur la relation des parents biologiques entre eux mais exclusivement sur le lien paternel et sur le lien maternel. Cependant, il subsiste une différenciation dans l'établissement de la paternité de l'homme marié (avec la mère de l'enfant) et celui qui ne l'est pas.

⁵⁹² H. Incollinco-Mona, « La normativité et de le droit de la famille » Thèse Toulon, 2000 p.59.

⁵⁹³ D. Alland, « Ouverture : les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits : Revue française de théorie juridique*, 1994, Droit et mœurs, p. 3-9.

⁵⁹⁴ Ordonnance n°2005-759 du 4 juil. 2005 portant réforme de la filiation, *JO*, 6 juil. 2005, p. 1159.

⁵⁹⁵ Cass., 2^{ème} civ., 12 juillet 2007 N° de pourvoi: 06-16869, *Dr. Fam.*, 2007, comm 171.

On remarque qu'il ne s'agit pas ici de la volonté de création de ce lien. Même si le développement des méthodes contraceptives et la légalisation de l'avortement ont fait de la naissance d'un enfant un acte responsable, la création du lien de filiation exclut l'influence du mode de conjugalité des parents et même de leur simple accord de procréation.

Le droit de la filiation se caractérise par la stabilité des droits qu'elle protège.

Le recentrage du lien de filiation sur lui-même sécurise le lien juridique et évite que la succession des situations sentimentales des parents n'influence directement le lien de filiation : « *Lorsque la mère change de compagnon, il n'est pas si rare qu'elle songe à un changement de père pour l'enfant, comme si les choses étaient naturellement liées ; à un couple séquentiel correspondrait une paternité séquentielle* »⁵⁹⁶.

Cependant, la stabilité est parfois remise en cause par la reconnaissance de la prépondérance de l'élément biologique dans l'établissement de la filiation.

La vérité biologique l'emporte désormais sur la filiation fictive depuis que les moyens de prouver la paternité se sont libéralisés. Le fondement biologique suppose que la filiation est avant tout un fait naturel. La vérité de la filiation se confond alors avec la vérité scientifique. D'autres réalités tempèrent cette approche comme la vérité sociologique et affective, instillée de volonté, peut-elle trouver sa place au sein de la filiation. Depuis l'arrêt du 28 mars 2000⁵⁹⁷, la Cour de cassation a décidé que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ».

389. L'importance que le droit français accorde à la génétique est à géométrie variable. Dans le cas d'assistance médicale à la procréation, le père social de l'enfant conçu est son seul père même si, par définition, il n'en est pas le géniteur. Le consentement donné à la PMA interdit toute action en contestation de filiation. Le législateur institutionnalise ainsi une filiation mensongère d'un point de vue biologique.

En revanche, lorsqu'une action en recherche de paternité est engagée par un enfant ou sa mère, le père potentiel n'a quasi d'autre choix que celui de se soumettre à un test biologique et de voir sa paternité établie parce que prouvée scientifiquement. Là, seule compte la vérité biologique.

⁵⁹⁶ F. Granet-Lambrechts, « Quelles réforme en droit de la filiation ? », Dr. fam., 1999, chron. 15 p.11.

⁵⁹⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip ; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M.C. Monsallier-Saint-Mieu.

Une femme, même mariée, peut accoucher sous X, et priver ainsi son mari de sa paternité même s'il est effectivement le géniteur de l'enfant. La mère contrôle seule la situation. Cependant, même dans l'hypothèse d'un accouchement sous X, la Cour de cassation a admis la validité de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X.⁵⁹⁸ qui prive, de fait, la mère de son droit à l'anonymat.

390. La nécessaire stabilité du lien de filiation a contraint le législateur à instaurer la primauté de la vérité biologique. Il arrive pourtant que la biologie soit la source d'instabilité familiale quand elle révèle la paternité biologique « extérieure » d'enfants légitimes. Ainsi, grâce à l'article 242 du code civil qui permet la liberté de la preuve en matière de divorce, un mari a obtenu le divorce parce qu'il avait découvert, grâce à des examens sanguins, que le dernier des cinq enfants présumés communs n'était pas de lui. L'infidélité de sa femme étant flagrante, le divorce fut accordé avec d'autant plus de bonne conscience que la filiation des enfants restait protégée par la présomption *pater is est* : « *Attendu [...] que l'état des personnes étant d'ordre public et indisponible, la filiation d'un individu ne peut être contestée que dans le cadre des dispositions d'ordre public édictées en ce domaine, en sorte qu'est illicite la preuve, dans une instance en divorce, de l'adultère de l'épouse par la démonstration, au moyen d'analyses biologiques, que l'un des enfants du couple n'est pas issu des œuvres du mari demandeur en divorce, à partir du moment où cet enfant est protégé par la présomption pater is est et que le mari ne veut pas ou ne peut plus, parce que le délai qui lui est imparti est expiré, le désavouer dans les conditions prescrites par la loi* »⁵⁹⁹.

Le rôle de la présomption était d'assurer la paix des familles. On peut supposer que, si la pratique des « kits ADN » envoyés à l'étranger se généralise, la paix des familles et la présomption de paternité seront à reconsidérer.

391. Le biologique a l'avantage de constituer une donnée permanente tandis que la composante élective, affective ou domestique de la filiation est moins stable. En outre, elle ne fait pas obstacle à ce que la vérité juridique (par la reconnaissance, l'acte de naissance) ou sociologique puisse se substituer à cette

⁵⁹⁸ Affaire Benjamin Cass. civ 1ère 7 avril 2006, *AJFam.*, 2006, p.p. 250-251, obs. F. Chénéde ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 292-293, note Jean Hauser ; *RJPF*, 2006, 6/38, analyse M.-C. Le Boursicot ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2097, comm. M.-C. Le Boursicot ; *Dr. fam.*, 2006, comm. 124, note Pierre Murat.

⁵⁹⁹ Cass., civ 1ère, 28 février 2006, Bull. I, n° 113, p.105. Recueil Dalloz, 2006, n° 34, page 2379 note Solange Mirabail, *RTDCiv*, avril-juin 2006, n° 2, chroniques-13, p. 285-286.

vérité biologique. La filiation n'est cependant pas seulement une donnée biologique ou le produit des intérêts ou de la volonté individuelle. Elle est une institution sociale qui dépend des valeurs et des représentations d'une culture et d'une communauté nationale.

Section 2 - LES FONDEMENTS D'UNE NOUVELLE FILIATION

392. Il existe dans la société française deux modes de filiation : la filiation biologique par laquelle les géniteurs deviennent parents et un mode de filiation par la volonté, mise en œuvre par l'adoption.

En rattachant l'enfant à ses concepteurs, le droit français a consacré la famille biologique. La vérité biologique trouve une application dans la vérité de l'accouchement qui, sauf dans le cas de l'adoption, désigne obligatoirement la mère. La désignation de la mère établit la filiation de l'enfant à la date indiquée de l'accouchement laquelle permet de déduire de sa maternité, d'où la formule : « *mater semper certa est* ». Cette « logique de la maternité » n'a pas toujours été en vigueur et se révèle aujourd'hui inadaptée à l'évolution des méthodes de procréation (§1).

393. Certains partisans de la prépondérance de la volonté dans les relations familiales voudraient pouvoir substituer la filiation volontaire à la filiation biologique ; on passerait ainsi d'une filiation subie/passive, à une filiation choisie. Madame Martine Gross propose aussi de « *fonder la filiation sur l'engagement parental plutôt que sur la nature [ce qui] permettrait de protéger tous les enfants, quel que soit l'environnement familial. L'ordre fondé sur la nature serait remplacé par un autre ordre : celui de la responsabilité et de l'engagement* »⁶⁰⁰.

L'idée est séduisante surtout à une époque où l'individualisme s'accommode mal des contraintes familiales mais si la loi entérinait cette possibilité, elle créerait le danger de supprimer le devoir de devenir père ou mère de l'enfant à naître. Cette éventuelle défaillance des géniteurs devrait inévitablement être compensée par l'Etat.

394. Il existe déjà des exceptions à « l'établissement naturel » de la filiation (§2). La première concerne un cas où la défaillance de la volonté de la génitrice

⁶⁰⁰ Martine Gross, « La responsabilité et l'engagement », Archives de sciences sociales des religions, 2012/2013, mis en ligne le 25 janvier 2013, <http://assr.revues.org/24227>.

d'être mère est prise en compte et assumée par la société : l'accouchement sous X⁶⁰¹, qui reste, en ce qui concerne le droit de connaître ses origines, une exception française (A).

Pour garantir l'anonymat de l'identité de la mère, aucune filiation n'est établie à son égard et l'acte de naissance de l'enfant ne comportera aucun nom. Cela implique notamment que la mère ne consentira pas à l'adoption puisque, officiellement, l'enfant n'est pas le sien. Cet enfant n'est donc celui de personne. « *Il est bien enfant de quelqu'un mais fils de personne et la femme qui l'a mis au monde est quelqu'un mais n'accouche de personne* »⁶⁰².

La loi doit essayer d'assurer au mieux une filiation aux enfants nés dans ces conditions. Cependant, doit-elle pour autant généraliser, encadrer, voire protéger et favoriser, des situations où, pour avoir des parents, les enfants deviendraient tributaires de la seule volonté de leurs géniteurs ?

395. La deuxième exception vise la filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu, c'est-à-dire des relations charnelles entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur. Cette filiation ne peut en effet pas être établie à l'égard de ses deux auteurs, par quelque moyen que ce soit. Cette prohibition est constitutive d'une discrimination génératrice d'une possible condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est temps qu'une réflexion, orientée vers l'intérêt de l'enfant, soit engagée sur cette question (B).

§ 1 - QUI EST LA MERE ?

396. Pour beaucoup, la mère est celle qui accouche⁶⁰³.

L'adage romain, *mater semper certa est* confirme cette évidence. Définir la mère par l'accouchement a au moins le mérite de la simplicité et crée une

⁶⁰¹ Il y a environ 600 accouchements sous X, en France, actuellement (contre 10.000 cas annuels dans les années 1960) (Rapport de mission parlementaire de Madame Barèges - 2010). L'accouchement anonyme est quand même en contradiction avec l'article 7.1 de la Convention Internationale des droits de l'enfant (ratifiée par la France le 7 août 1990) qui dispose que « *l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* » car le dispositif français réduit considérablement « la mesure du possible » et prive l'enfant de toute possibilité de retrouver ses origines quand la mère n'a pas souhaité laisser des informations la concernant sous enveloppe. Mais aujourd'hui, compte tenu de l'évolution des mentalités, de la contraception, de l'avortement et surtout de la « concurrence » de l'intérêt de l'enfant, le droit au secret de la mère est de plus en plus contesté.

⁶⁰² Cadier, A., « Personne recherche personne » : a-t-on le droit de rester caché ? », dans M.-P. Poilpot, Naissance et secret : le droit à ses origines, Ramonville Saint-Agne, Erès/Fondation pour l'enfance, 1999, page 90.

⁶⁰³ Ce développement ne concerne que la filiation charnelle et exclut la filiation adoptive.

évidence normative adossée à la nature. L'accouchement est un fait naturel, il ne se discute pas (tant que la gestation artificielle n'est pas au point).

Même Marie, la mère de Jésus, a accouché et personne n'a remis en cause la maternité d'une femme pourtant vierge (l'accouchement dans une étable fait l'objet d'un vrai descriptif alors que la conception est entourée de mystère). L'Eglise nous rappelle, si besoin en était, que la famille est une institution naturelle, fondée par Dieu, antérieure à toute autre institution ou organisation humaine. Ainsi, la profondeur de cette institution naturelle plongerait ses racines dans l'œuvre de Dieu. Dès lors, « la messe est dite » et il serait inutile de chercher à renouveler le concept même de famille, puisqu'il ne s'agit pas d'un concept forgé par l'homme, mais d'une vérité divine sur l'homme, attachée à lui depuis la genèse. Partant du principe que Dieu est lui-même créateur de l'homme, du mariage et que le fruit de ce mariage est un don de Dieu, le raisonnement, qui aboutit à penser que la famille est naturelle parce que liée à l'homme dès sa création, tient. Cette vision de la famille explique, ou plus exactement se passe d'expliquer, l'immaculée conception mais la réalité des faits montre bien que la sainte famille a de quoi soulever quelques questionnements puisque Jésus est bien l'enfant de deux pères et d'une mère vierge ! « *Considérons, à nouveau, la Sainte Famille, où Jésus n'est pas le fils, où Joseph n'est pas le père. Jésus ne naît pas de Joseph ; fils de Dieu le Père, certes, mais il est écrit que sa mère conçut du Saint-Esprit ; l'Écriture le dit, aussi bien, fils de l'Homme. Se distend le lien du fils au père* »⁶⁰⁴. L'engendrement n'est donc ni naturel, ni culturel. Il est spirituel.

Que le père ne soit pas clairement identifié...pourquoi pas ? Le cas n'est pas nouveau. Mais la maternité d'une vierge est plus énigmatique car la maternité ne souffre pas d'inconnue. Il n'y a pas d'enfant sans mère. Cependant, cette évidence s'adosse sur un fait biologique qui suppose, du moins à l'époque, un lien charnel entre le père et la mère, lien que la virginité de Marie annihile.

La famille est donc « sainte » parce qu'elle naît en dehors des liens charnels, biologiques, sociaux : « *chacun à sa manière, le père n'est pas le père, ni le fils vraiment le fils, ni la mère absolument la mère ; amoindrissement et suppression des relations de sang* »⁶⁰⁵. La famille chrétienne peut ainsi être considérée comme l'exemple type de la déconstruction des liens de la parenté

⁶⁰⁴ Michel Serres, « La saine famille », Revue Etudes, 2013/2 tome 148, p 161

⁶⁰⁵ Ibidem, p 162.

naturelle ou de sang : « [...] *enfants de Dieu. Ceux-là ne sont pas nés du sang, ni d'une volonté d'homme, mais de Dieu* »⁶⁰⁶ .

Seules les sciences s'arrêtent aux nécessités physiques. Les lois humaines naissent de conventions. Pour l'instant⁶⁰⁷, la seule certitude vient du fait que chacun sort du ventre d'une femme et cette réalité biologique construit les structures de la famille et les lois de parenté, culturelles et juridiques.

Le christianisme a, de ce point de vue, été novateur puisque, par l'immaculée conception, il a donné une assise surnaturelle (en dehors de la nature et au dessus de la culture) à la structure parentale.

L'adoption prend toute sa valeur. La religion transmise selon l'Ancien Testament (est juif l'enfant d'une mère juive) devient un choix dans le nouveau testament.

Chacun peut devenir le fils adoptif de Dieu excluant ainsi toute référence biologique de la famille pour retenir le choix comme structure élémentaire de la parenté chrétienne.

Avant sa mort, Jésus crée un nouveau lien adoptif en s'adressant à Marie, sa mère : « *Femme, voilà ton fils* » et à Jean, son disciple préféré : « *Voici ta mère* »⁶⁰⁸. Au moment d'expirer, celui que tout le monde a distingué du Fils du Père transmet à son disciple bien-aimé, en répétant le Nouveau Testament, le lien adoptif. L'Eglise a donc été la première à considérer que la famille n'était pas nécessairement et seulement biologique.

397. Aujourd'hui, il semble que peu importe le rôle des ovocytes ou des cellules dont la connaissance est certes plus récente que celle de l'accouchement qui a toujours existé. C'est donc sur la nature que se fonde la construction juridique française de la filiation maternelle. Le droit édicte des règles qui fixent un statut et des obligations liés à la vérité de la filiation, vérité elle-même construite par le droit. En effet, le père et la mère sont ceux que le droit désigne comme tels.

La femme, en vertu de son accouchement, peut donc se revendiquer seule, unique et authentique mère d'un enfant. Cette qualification de mère ne peut pas lui être contestée par une femme qui n'aurait pas accouché. Le droit français du XXème et du début du XXIème siècle fait donc de l'accouchement un impératif sans lequel une femme ne peut pas être mère (sauf l'hypothèse de l'adoption qui

⁶⁰⁶ Jean, 1, 12-13.

⁶⁰⁷ et jusqu'à la mise au point de l'utérus artificiel.

⁶⁰⁸ Jean, 19, 26 et 27.

singe une filiation charnelle, l'enfant adopté étant considéré comme né de ses parents adoptifs).

La condition *sine qua non* de la maternité de la femme française en 2015 a ainsi le même fondement que celle de tous les autres mammifères. Il suffit pourtant de traverser l'Atlantique ou la Manche pour qu'une femme devienne la mère d'un enfant sans avoir accouché. La maternité n'est donc pas une donnée immuable et intemporelle.

A - L'ENFANT DU MARIAGE

398. Cette approche naturaliste du droit français est récente. Le code civil de 1804 n'obligeait pas les enfants à naître du corps de leur mère. En effet, ce code fondait les filiations non pas sur l'engendrement (c'est-à-dire sur le résultat d'un comportement sexuel) mais sur la volonté. La volonté d'entrer dans le mariage fixait la filiation des enfants qui en seraient issus. Les filiations s'établissaient non pas de l'union physique des parents mais de l'institution dans laquelle ils étaient nés. Le cadre institutionnel dans lequel les enfants arrivaient au monde importait alors davantage que le ventre qui les avait portés.

L'adage *Mater semper certa est* se poursuit par *pater quem nuptias demonstrant*. Les effets de la nature pouvaient ainsi être filtrés par le mariage.

Une femme devenait la mère d'un enfant « arrivé » dans le foyer conjugal qu'elle ait elle-même accouché ou que l'enfant ait été porté par une autre. L'adoption de mineurs étant formellement interdite, les couples stériles assuraient leur descendance en supposant⁶⁰⁹ les enfants. Souvenons-nous que la distinction entre enfants biologiques et enfants adoptifs n'avait aucune raison d'être à l'époque où l'adoption de mineurs n'existait pas (elle date en France de 1939). Il n'y avait qu'une distinction entre les enfants légitimes, nés de parents mariés, et les enfants naturels c'est-à-dire nés en dehors de l'institution.

La supposition d'enfant n'était pas encouragée mais la « méthode » (que l'on qualifierait aujourd'hui de convention de mère porteuse) était facilement utilisée tant que les protagonistes respectaient les apparences et maniaient habilement les faits connus (mariage, vie commune et possibilité de vie sexuelle du couple) avec les faits qui pouvaient rester dans l'ombre comme l'engendrement.

⁶⁰⁹ La supposition d'enfant consiste à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'a pas accouché. Elle implique tant la simulation de la naissance par la mère d'intention que la dissimulation de la maternité de la femme qui a effectivement accouché. Cet acte est aujourd'hui considéré comme un délit conformément à l'article 227-13 du nouveau Code pénal « La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. » L'infraction était autrefois réprimée sous le nom de supposition d'enfant à l'article 345 de l'ancien Code pénal de 1810.

399. Le Code civil considérait que l'enfant légitime était, de façon indivisible, celui du couple marital et non celui de chacun de ses auteurs. Les enfants naissant du mariage, il était interdit à une femme de reconnaître un enfant que son mari aurait désavoué et à un homme de reconnaître l'enfant adultérin né de ses expériences extraconjugales. Le mari était seul juge de l'opportunité de l'action en désaveu, elle-même enfermée dans d'étroites limites⁶¹⁰. Passé certains délais, le mari était censé « *n'avoir point reçu d'offense, ou l'avoir pardonné ; et dans tous les cas, la loi, comme la raison, préfère le pardon à la vengeance* »⁶¹¹.

Le mari pouvait prouver qu'il n'avait pas pu engendrer un enfant mais il lui fallait fournir des preuves indiscutables car la simple existence du devoir conjugal au sein du couple fondait la présomption de paternité. Pour maintenir cette présomption peu importait de prouver que la femme mariée ait pu avoir des relations sexuelles avec d'autres hommes que son mari puisqu'elle avait bien dû en avoir aussi avec celui-ci.

400. La présomption de la maternité reposait, quant à elle, sur l'accouchement duquel découlait la filiation maternelle mais ce fait naturel n'était pas constaté directement. Il se présumait par l'acte de naissance et la possession d'état, deux indices qui laissaient place à une certaine marge de fraude ou d'arrangements⁶¹². L'exigence de vérité n'avait pas de raison d'être. En effet, avant l'abolition des privilèges, les droits, titres, honneurs et fonctions des enfants dépendaient presque exclusivement des conditions de leur naissance. Il y avait une certaine logique à ce que la société s'intéresse de près aux origines des enfants puisque la vie sociale n'était qu'une question de naissance. La filiation était bien une affaire d'Etat. Elle devint une affaire privée quand la société du XIXème siècle a mis le mérite à l'honneur et relativisé la naissance. La société n'avait donc plus à vérifier de près (jusqu'aux entrailles) la vérité d'une naissance. Il ne

⁶¹⁰ L'article 316 ancien du code civil précisait que le père présumé devait intenter l'action en désaveu dans le mois qui suivait la naissance ou dans les deux mois qui suivaient son retour ou dans les deux mois suivant la fraude si la naissance de l'enfant lui avait été cachée.

⁶¹¹ Jean-Guillaume Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de La France, ou Commentaire et compléments des Codes français*, t.IV, Treuttel et Würtz, 1827, p.299.

⁶¹² Une femme non mariée devait reconnaître son enfant. L'acte de naissance seul ne suffisait pas à établir la maternité. La femme mariée qui avait accouché était désignée comme la mère. La filiation pouvait aussi être établie à l'égard de celle qui n'avait pas accouché mais dont le nom était mentionné sur l'acte de naissance et avait traité un enfant comme le sien. L'article 322 qui disposait que « *Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son titre de naissance* » permettait, après quelques arrangements, « une sorte de « procréation juridiquement assistée » de noble facture (M. Iacub, *L'empire du ventre- pour autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, p.73).

s'agissait pas de nier la vérité mais d'en fixer une autre. Le code civil introduisait la volonté dans un monde où l'on s'en remettait à la providence.

401. Ce modèle se heurta au nationalisme nataliste que connut le pays après la Première Guerre mondiale, époque à laquelle il devint essentiel de favoriser toutes les naissances, qu'elles fussent ou non liées au mariage. Peu à peu, l'enfant naturel trouva une place dans la société au moment même où, curieusement, une morale sexuelle très répressive était instaurée. La contraception était farouchement interdite et l'avortement était considéré par le régime de Vichy comme un crime contre l'Etat⁶¹³. Le modèle napoléonien fut alors lentement remis en cause. Le passage d'une filiation inattaquable garantie par l'institution matrimoniale à une filiation inattaquable garantie par le ventre maternel est marqué par l'affaire Godeville-Blanchet, jugée par la Cour de cassation, par deux arrêts en 1922 et 1926⁶¹⁴. Cette affaire marque le retour du lien biologique, celui-ci devant non seulement être vraisemblable mais également réel, la réalité se prouvant par l'accouchement.

B - DU MARIAGE AU VENTRE MATERNEL

402. La réforme du droit de la famille en 1972⁶¹⁵ a refondé le modèle familial sur de nouvelles bases : peu importe les apparences matrimoniales ou la légitimité du couple qui a souhaité l'enfant, seule compte la « vérité de l'accouchement ». L'un des artisans de cette réforme, le doyen Jean Carbonnier, précisait justement qu'il fallait se dégager des principes volontaristes de la filiation « *Il faudrait revenir à cette idée sage et simple que la filiation c'est d'abord un fait, une réalité physiologique. N'est-il pas quelque peu abusif de laisser ce fait dépendre exclusivement de la volonté, soit des parents, soit même*

⁶¹³ Lire J.-Y. Le Naour et C. Valenti, Histoire de l'avortement, XIXe-XXe siècles, Seuil, 2003.

⁶¹⁴ Marguerite Godeville et son mari Jean-Baptiste Blanchet, ne pouvant pas avoir d'enfant de façon « naturelle » supposèrent un enfant qu'ils firent inscrire sous une fausse filiation en 1907. L'enfant vécut sa première année dans une maison où il fut allaité par la femme qui l'avait mis au monde. Ensuite, il fut élevé comme l'enfant des époux Godeville-Blanchet. L'épouse, issue d'une riche famille, était promise à recevoir un héritage paternel fort conséquent. Pour éviter que la fortune familiale revienne à l'enfant, le frère de Marguerite Godeville s'évertua à prouver que sa sœur n'avait pas accouché pour contester la filiation de l'enfant. La bataille judiciaire dura treize ans. La Cour de cassation se prononça une première fois en 1922 : elle jugea qu'il n'était pas indispensable que la possession d'état existât depuis la naissance. En 1926, elle laissa aux juges du fond faire de la vérité de l'accouchement une condition de validité de la possession d'état elle-même. Finalement, l'enfant fut déchu de sa filiation légitime. Source : M. Iacub, *L'empire du ventre - pour une autre histoire de la maternité*, précité - pages 136 à 141.

⁶¹⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation – J.O. 5 janvier 1972.

de l'enfant ? »⁶¹⁶. N'est-il pas tout aussi abusif de fonder la filiation maternelle sur la simple compétence corporelle et de laisser un seul organe reproductif sécréter des droits ?

Le législateur a voulu en finir avec la famille fondée sur le mariage et la volonté pour en préférer une autre fondée sur la vérité du ventre maternel. Désormais, les femmes ne peuvent devenir de « vraies » mères que si elles ont accouché (même si elles ont bénéficié d'un don d'ovule et qu'elles ne sont pas la mère biologique de leur enfant). En poussant le raisonnement au bout de sa logique, une femme qui, pour une raison ou une autre, ne peut pas porter un enfant même issu de son ovule, ne peut pas être désignée comme la « vraie » mère de cet enfant. En revanche, si elle est transsexuelle (femme devenue homme), elle peut devenir le vrai père d'un enfant né d'une fécondation artificielle. Ainsi, une femme qui ne peut pas porter d'enfant peut devenir père alors que le droit lui refuse d'être mère. En « contrepartie » de ce déséquilibre entre père et mère, les femmes ont la possibilité, sur leur seule volonté, de refuser d'être mère alors que les hommes ne maîtrisent pas (ou mal) les conséquences procréatives de leur sexualité.

403. La loi de 1972 a révolutionné le droit de la filiation en affirmant deux principes : l'égalité et la vérité des filiations. Egalité des enfants naturels et légitimes et recherche de la vérité biologique des filiations⁶¹⁷. Elle a réorganisé la famille non plus autour du mariage et de la volonté des familles mais autour de la table d'accouchement. Il y a encore moins d'un siècle, la famille française naissait du mariage et aujourd'hui elle se crée par l'enfant et donc par l'accouchement de cet enfant. On est donc passé d'une famille construite grâce à un échafaudage institutionnel préservant la volonté à une famille née de la reconnaissance de la nature, de l'institutionnalisation du mariage à celle du ventre maternel. En d'autres termes, avant les enfants naissaient des institutions, aujourd'hui ils naissent des ventres, peut-être naitront-ils un jour de la seule volonté de leurs parents de fonder une famille. « *Plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d'une idéologie* »⁶¹⁸, il semble que l'idéologie actuelle soit essentiellement naturaliste.

⁶¹⁶ Cité par Pierre Verdier, « A la recherche de ses racines », Revue Informations sociales, n°131, 2006, p. 60

⁶¹⁷ La vérité concerne la filiation maternelle car la paternité du père non biologique peut encore être protégée par le jeu de la possession d'état. Une possession d'état adossée à un faux accouchement serait en revanche viciée « à l'origine » car « *on voit mal comment la constitution d'un état fictif par fraude [une supposition d'enfant] pourrait donner naissance à une possession d'état non viciée* » F. Dreyfus-Netter, « Atteintes à la filiation », Juris- Classeur, Fasc. 450, 2002.

⁶¹⁸ Ph. Malaurie, *La famille*, éd. Cujas, 6e édition, 1998-1999, n°450, p. 256. [Malaurie Ph. et Fulchiron H. *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011].

404. La vérité biologique de la filiation doit nécessairement être repensée, ne serait-ce qu'en raison des techniques de procréation. La fécondation in vitro permet, en effet, de séparer l'ovule (origine biologique⁶¹⁹) de la grossesse. Une femme peut ainsi accoucher d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien. Tant que gestation et lien biologique étaient inévitablement liés et formaient les seules composantes de la maternité, rien ne s'opposait à fonder la vérité biologique de la filiation sur l'accouchement. Depuis la FIV, l'accouchement n'est plus la preuve que l'enfant a bien été conçu par celle qui l'a mis au monde. Il y a donc possibilité de deux vérités corporelles maternelles, l'une gestationnelle, l'autre génétique.

Tout dépend alors de la place accordée au don qui permet l'engendrement. Certains Etats ont considéré qu'ovule et gestation avaient une valeur égale. Ils n'en n'ont pas pour autant tiré les mêmes conséquences. Par exemple, en Allemagne ou en Autriche, don d'ovule et don de gestation sont interdits. A l'inverse, au Canada, en Grande-Bretagne ou en Californie, les deux sont autorisés. Puisque les deux éléments corporels sont équivalents dans l'établissement d'une filiation, un nouveau critère devait être pris en compte : la volonté. La prise en compte de l'intention des parents permet ainsi de redéfinir la maternité et de fonder la filiation sur le principe de volonté. En France, l'ovule ne semble pas lié à la maternité dont le seul fondement reste l'accouchement. L'ovule peut être donné alors que la gestation pour autrui est interdite.

La conception de l'enfant importe peu. Que l'embryon ait été conçu par un rapport sexuel, par insémination ou dans une éprouvette, il naît d'un ventre dont la propriétaire sera désignée comme la mère. La presse⁶²⁰ s'était fait l'écho de la maternité, un peu tardive, d'une Française, Jeanine Salomone qui, à 62 ans, s'est fait implanter en Californie, un embryon conçu artificiellement avec les ovules d'une mère donneuse anonyme et le sperme de son frère (aveugle et paraplégique). L'enfant est né en France. La maternité était indiscutable et même si les conditions de sa conception étaient peu conformes aux convictions éthiques de la France, aucune fraude n'a été retenue. La mère avait plus de 60 ans, elle portait l'enfant de son frère mais « la vérité de l'accouchement » rendait sa maternité inattaquable. En revanche, un couple hétérosexuel dont la femme a juste l'impossibilité physique de porter un enfant ne pourrait pas se voir reconnaître une filiation s'il faisait appel à une mère porteuse.

⁶¹⁹ L'ovule peut même ne pas être l'origine biologique de l'embryon si le noyau de l'ovocyte a été modifié.

⁶²⁰ Libération, 29 avril 2002, The Gardian, 14 July 2001, Lire aussi M. Iacub et P. Maniglier, « Les enfants de la ménopause », in *Famille en scènes*, Autrement, 2003, p. 104-105.

405. Définir la maternité par l'accouchement comme le prévoient les lois bioéthiques pourrait, un jour, poser problème en cas d'erreur d'implantation d'embryons. Il ne s'agit pas de simples hypothèses improbables puisque le cas est très exactement celui qu'ont dû résoudre les autorités italiennes⁶²¹. A Rome, lors d'une procréation médicalement assistée, deux femmes ont reçu l'embryon de l'autre couple. L'une n'a pas pu mener la grossesse à terme alors que la seconde a accouché des jumeaux biologiques de l'autre couple. Les deux couples estimaient être les parents des enfants. A la naissance, les parents « porteurs » ont déclaré les jumeaux auprès de l'état civil. Les parents génétiques qui souhaitaient récupérer les bébés ont saisi la justice italienne. Ils ont été déboutés, la loi italienne considérant que les enfants sont ceux de la mère qui les met au monde.

Si une telle interversion d'embryon n'a pas été signalée à l'Agence de la biomédecine⁶²², en France, cela ne suffit pas à l'exclure. Si elle se produisait, la décision du sort de l'embryon reviendrait à la femme qui le porte. Si les futurs parents voulaient garder l'enfant, ils y seraient bien sûr autorisés. Aucune femme ne peut être contrainte d'avorter ni de laisser à une autre l'enfant qu'elle a porté. Les femmes « porteuses » ne pourraient pas refuser d'être mères puisqu'elles ont accouché mais les pères, en revanche, pourraient contester leur paternité à l'égard de l'enfant que porte leur femme et demander à l'établir à l'égard de l'enfant né de la femme d'un autre couple.⁶²³

406. La situation ne changera pas tant que la maternité ne pourra pas se dissocier d'un placenta et du cordon ombilical. Les ovules peuvent librement circuler mais les utérus ne peuvent pas être prêtés ou mis au service d'un projet parental alors qu'ils peuvent être donnés. En effet, la greffe d'utérus a déjà été réalisée avec succès. Elle permet qu'un enfant puisse se développer dans

⁶²¹ L'erreur de transfert a notamment été rapportée dans Le quotidien du médecin du 17 avril 2014 et la presse a révélé l'issue (peut-être provisoire car parents biologiques envisageaient de saisir la Cour EDH) du litige notamment Le Figaro du 11 août 2014.

⁶²² L'Agence de la biomédecine est une agence publique nationale de l'État créée par la loi de bioéthique de 2004. Elle intervient dans quatre domaines : le prélèvement et la greffe, la procréation, l'embryologie et la génétique humaine. Consulter le site <http://www.agence-biomedecine.fr>.

⁶²³ Cette possibilité est interdite en cas d'insémination avec tiers donneur par l'article 311-20 du Code civil qui précise que « *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* ».

l'utérus issu d'une autre femme que celle qui l'a porté ⁶²⁴. L'utérus peut ainsi être donné mais il ne peut pas, en France, être « prêté » ou « loué ».

407. Aujourd'hui, les enfants ne naissent que de la volonté de la femme qui a pu les porter sans considération d'un éventuel engagement de ceux qui souhaitent être leurs parents.

La société française n'est manifestement pas encore prête à autoriser les maternités de substitution qu'une partie de l'opinion publique compare à de l'esclavage⁶²⁵ alors que l'autre partie estime qu'il pourrait s'agir d'un mode de conception alternatif. Pourtant, les nouvelles techniques de procréation qui séparent maternité gestationnelle et ovocytaire devraient permettre d'élargir le fondement de la maternité à d'autres « supports » que le ventre. Il s'agit d'ailleurs d'un préalable indispensable à tout changement concernant le don de gestation. En effet, si l'on considère que l'enfant est indiscutablement celui de celle qui a accouché, il faudrait que cette femme abandonne cet enfant, qu'elle le cède avant qu'il ne soit ultérieurement adopté par les parents d'intention. L'accord entre les deux parties porterait donc sur les droits parentaux sur l'enfant⁶²⁶.

En revanche, si l'accouchement n'était plus le seul fondement de la maternité, l'accord ne porterait alors que sur le service corporel (comparable à un don d'ovule ou de sperme) consenti pour la gestation. D'autant que si celle qui accouche n'établit pas le lien de filiation avec l'enfant, on ne peut plus soutenir que l'enfant est procréé pour être privé de mère, puisqu'il l'a précisément été pour être remis à une femme qui est à l'origine du projet d'engendrement. La Grèce s'est appuyée sur ce raisonnement pour élargir le fondement de la maternité. Le législateur grec a, en effet, permis aux femmes en couple, mariées ou non, ne pouvant porter d'enfant, de recourir à une GPA sur autorisation judiciaire. Ces femmes sont les seules mères dès l'origine⁶²⁷.

⁶²⁴ Le premier bébé né après une greffe d'utérus est né en septembre 2014. Sa mère, une Suédoise, a reçu l'organe d'une donneuse vivante de 61 ans. Lire *Le Monde* du 4 octobre 2010.

⁶²⁵ M.-X. Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire *Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°3, juin 2013, p.111.

⁶²⁶ Il ne s'agirait donc pas de permettre l'adoption d'un enfant abandonné (le droit français n'autorise d'ailleurs pas les parents à s'arranger directement entre eux pour l'adoption d'un enfant) puisque cet enfant n'aurait pas été conçu pour être abandonné mais bien pour être porté par une autre que la mère avant d'être reconnu par les parents d'intention (et souvent biologiques).

⁶²⁷ A. Millon, H. de Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Les rapports du sénat, n°421, juin 2008, p. 28-29.

408. La Cour suprême de Californie a établi pour la première fois en 1993⁶²⁸ que les parents légaux d'un enfant sont ceux qui ont l'intention de l'être dès la conception. Dans cette affaire, la mère porteuse et la mère génétique revendiquaient la filiation maternelle. La Cour a considéré qu'elles étaient toutes deux les mères « naturelles » de l'enfant en s'appuyant sur le Code de la famille californien qui précise que la maternité est prouvée soit par l'accouchement, soit par un test génétique. Pour établir la filiation juridique, les juges se sont placés au moment de la conception. Or, à cet instant, seule la mère génétique avait l'intention d'être la mère de l'enfant. Par conséquent, c'est elle qui a été reconnue comme la mère légale de l'enfant. La mère porteuse avait invoqué le fait que l'accord de gestation faisait peser sur elle une « servitude involontaire » mais la Cour retint que puisque le contrat ne la privait pas du droit d'avorter, la grossesse était une contrainte discrétionnaire. La poursuite de la gestation n'était donc pas obligatoire mais si elle était menée à terme, l'enfant devait être remis aux parents d'intention.

A l'instar du droit Californien⁶²⁹, le législateur français devrait se demander s'il n'est pas temps de reconnaître au projet parental une place dans l'établissement de la filiation. Il ne s'agit pas de lui donner la première place dans la filiation mais de tenir compte de l'évolution des techniques de procréation. L'enfant peut être « l'œuvre » de la volonté d'un couple (hétérosexuel ou homosexuel) et du droit tout en étant le fruit de gamètes et d'une gestation. Dans la législation californienne ou israélienne⁶³⁰, est considérée comme mère de plein droit la mère commanditaire c'est-à-dire celle qui a voulu être mère. Que l'on soit pour ou contre la maternité pour autrui, les innovations technologiques et juridiques qui l'ont rendue possible obligent à s'interroger sur la définition de la maternité qui n'est plus une simple évidence.

⁶²⁸ Cour suprême de Californie, 20 mai 1993, *Johnson v. Calvert*, No. S023721., 851 P.2d 776 5 Cal. 4th 84 (1993) citée dans l'Etude de législation comparée n°182 – janvier 2008 – <http://.senat.fr>. Lire Delphine Tissier *La protection du corps humain*, 2013, l'Harmattan, p.207.

⁶²⁹ La loi du 23 septembre 2012 sur le contrat de mère porteuse qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. Elle est codifiée aux sections 7960 et suivantes du Code Californien de la Famille. Elle précise notamment que les parents commanditaires peuvent, s'ils sont les parents génétiques de l'enfant à naître, obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation. Le contrat de mère porteuse doit mentionner le nom des personnes dont sont issues les gamètes sauf en cas de donneurs anonymes ainsi que l'identité du ou des parents intentionnels. Ces derniers et la mère porteuse doivent être représentés par des avocats différents. Lire l'intégralité du texte Assembly Bill n°1217 sur le site <http://www.leginfo.ca.gov>

⁶³⁰ Israël autorise la GPA pour les couples mariés hétérosexuels depuis 1996. Lire Le Monde du 3 juin 2014.

C - L'ESQUIVE DE LA CJUE

409. Le 18 mars 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu deux décisions⁶³¹ concernant le droit à congé maternité d'une mère ayant eu un enfant par l'intermédiaire d'une mère porteuse. Il n'était pas question de débattre sur la gestation pour autrui puisque ce type de maternité a été traité comme une situation objective qui devait ou non conditionner la jouissance de certains droits sociaux. La CJUE a finalement décidé qu'une femme qui devient la mère légale d'un enfant sans l'avoir porté ne pouvait pas prétendre au congé maternité, lequel n'existe, au terme des directives 92/85 et 2006/54 qu'au bénéfice des travailleuses ayant été enceintes⁶³² et qui ont accouché⁶³³.

Dans l'une des affaires (Mme Z.), l'avocat général s'était pourtant déclaré favorable à une interprétation extensive de la directive en retenant que si la directive ne visait pas directement les mères qui n'ont pas accouché, le droit au congé maternité pouvait quand même être accordé lorsque la femme s'occupait effectivement du nouveau-né. Cette interprétation était d'ailleurs conforme à la jurisprudence qui considère que le droit de l'Union européenne a pour mission d'assurer « *la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports ne soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle* »⁶³⁴. La Cour n'a pas retenu cette approche et a conditionné la reconnaissance de la qualité de « *mère travailleuse* » à la grossesse et l'accouchement. La mère d'intention n'ayant jamais été « *elle-même enceinte de l'enfant* » (§39), elle ne pouvait être considérée comme travailleuse au sens de la directive.

⁶³¹ CJUE, 18 mars 2014, *CD.c/ S.T.*, Aff. C-167/12 et *Z. c/ A Government Department and the Board of Management of a Community School* Aff. C-363/12 ; Lire l'article de Stéphanie Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, mai 2014. <http://revdh.revues.org/653>.

⁶³² Rappelons ici que, dans le cas d'une adoption, l'un des deux parents peut bénéficier, en France, sur demande d'un congé d'adoption à compter de l'arrivée du ou des enfants au sein du foyer, pour le premier ou deuxième enfant à charge, d'une durée de 10 semaines, Cette durée est la même que celle du congé de maternité post natal accordé à la femme qui vient d'accoucher.

⁶³³ CJUE, 18 mars 2014, *CD.c/ S.T.* précité, §37: « *Il découle de ce qui précède que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant* ».

⁶³⁴ CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski c/ Tampereen Kaupunki*, affaire C-116/06 - § 46.

La maternité n'est donc pas une relation entre une femme et son enfant mais le résultat d'un processus biologique. La directive ne doit s'appliquer qu'au « *cas normal de la maternité biologique* ». En le précisant, la Cour érige la « *maternité biologique* » (la maternité génétique n'est même pas abordée) en norme de la maternité à l'époque où apparaissent des modes de conception des enfants et de création des familles alternatifs. Elle construit ainsi une notion corporalisée de la maternité qui aboutit à exclure une autre compréhension de la notion, qui renverrait au rôle social de mère.

410. Il y avait pourtant une autre voie possible. La définition sociale de la mère, c'est-à-dire la femme qui accueille l'enfant et en assume la charge concrète, aurait pu être prise en compte. L'avocat général considérait ainsi que même si la mère commanditaire n'a, précisément, pas été enceinte elle reste « *confrontée au défi de tisser un lien avec cet enfant, de l'intégrer dans la famille et de se familiariser avec son rôle de mère* » (§46 des conclusions). Sans nier les dimensions physiques de la maternité, l'avocat général proposait également un partage du congé maternité entre la mère biologique et la mère commanditaire (§75 des conclusions). La proposition n'a pas été retenue mais on peut saluer le raisonnement qui incluait le partage d'un droit entre celle qui assure une fonction sociale et celle qui a permis la gestation. Il n'est pas question de supprimer tout congé à celle qui accouche mais il est envisageable de réserver un congé maternité à la mère juridique de l'enfant alors que celle qui a accouché bénéficierait d'un « congé pour accouchement »⁶³⁵.

Précisons enfin que la CEDH ne s'est pas davantage prononcée sur la définition de la maternité. Elle a rendu le 26 juin 2014 deux décisions (dans les affaires *Mennesson* et *Labassé*), qui condamnent la France pour avoir refusé de transcrire des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger⁶³⁶ mais qui n'ont, en aucune manière, légalisé la grossesse pour autrui ni proposé de revoir le fondement de la filiation maternelle.

⁶³⁵ La femme qui accouche aurait, par exemple, le droit à l'intégralité du congé prénatal (en France 6 semaines) et, pour limiter le coût de la prise en charge de ces arrêts de travail, deux ou trois semaines du congé postnatal (10 semaines, en France) le solde du congé postnatal bénéficierait à la mère d'accueil (soit 7 ou 8 semaines).

⁶³⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France* et *Labassee c/ France*, précités.

§ 2. LES ENTRAVES À L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN

411. La révolution familiale des années 1960 et 1970 a mené à la reconnaissance sociale de l'égalité des sexes qui s'est traduite au sein des familles par l'abolition de la puissance maritale et paternelle.

Cette évolution a coïncidé avec la possibilité de fonder une famille en dehors du mariage sans sombrer dans l'opprobre morale. S'est alors posée la question de la cohérence d'ensemble du système de parenté et de parentalité. Ces domaines ne s'articulent plus autour du couple et de la filiation via le mariage et doivent s'intégrer dans une nouvelle logique normative de parenté et donc de filiation.

La première révolution du domaine de la filiation fut de velours et concernait l'égalité entre les filiations légitimes et naturelles. L'égalité civile était désormais vue comme « *le principe fondamental de notre ordre juridique, bien plus (le) principe fondamental de notre civilisation* ». ⁶³⁷ Il devenait évident que le droit de la filiation devait abolir une distinction qui n'avait, par ailleurs, plus guère de sens social. L'égalité n'est cependant pas encore allée jusqu'à admettre les filiations incestueuses (A). Elle s'arrête aussi aux enfants issus d'un accouchement sous X qui naissent sans filiation et qui sont privés du droit de connaître leur origine biologique (B).

A - L'ENFANT INCESTUEUX

412. Le droit français refuse toujours l'établissement de toutes les filiations incestueuses ⁶³⁸. La Cour de cassation a ainsi refusé l'adoption simple par le père d'un enfant né d'un inceste entre demi-frère et demi-sœur ⁶³⁹.

Dans cette affaire une enfant, reconnue avant la naissance par sa mère, a été ensuite reconnue par son oncle, frère consanguin de sa mère. Cette seconde reconnaissance avait été annulée pour violation de l'article 334-10 du Code

⁶³⁷ J.Foyer, JO, Débats, AN, 6 octobre 1971, p.4273.

⁶³⁸ Rappelons que l'inceste, qui est le rapport sexuel entre deux individus qui sont parents ou alliés à un degré qui n'autorise pas le mariage (articles 161 et suivants du code civil.) n'implique pas de poursuite au pénal si la relation est librement consentie entre deux personnes ayant la majorité sexuelle. Dans le code pénal français, l'inceste ne constitue pas une infraction spécifique. Il n'y a donc pas d'incrimination spéciale réservée à l'inceste, le caractère incestueux n'étant qu'une circonstance aggravante d'infraction sexuelle. À l'opposé, l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles, le Danemark et la Suisse font du lien de famille un élément constitutif de l'infraction.

⁶³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 6 janv. 2004. Bull., I, n° 2, p. 2, in : Le Dalloz, 12 février 2004, n° 6, Jurisprudence, p. 362-367 ; JCP, 2004,I, 109, obs. Rubellin-Devichi; Fenouillet, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de règle de droit », Dr. Famille, 2003, chron. 29.

civil. Huit ans plus tard, le père, avec le consentement de la mère, déposait une requête en adoption simple de l'enfant. Refusée en première instance, cette demande est toutefois acceptée par la Cour d'appel de Rennes⁶⁴⁰. Pour appuyer sa décision, la Cour ordonna une expertise psychologique de laquelle ressortait que la jeune fille était parfaitement à l'aise avec son histoire familiale, épanouie et même d'une intelligence supérieure. L'intérêt de l'enfant ayant été pris en compte elle considéra que la prohibition du double lien de filiation pour cause de parenté ne s'applique pas à la filiation adoptive car celle-ci "*ne manifestant pas une filiation biologique ne peut être assimilée à une reconnaissance*". La Cour d'appel retint « *la loi n'interdit pas l'adoption de son propre enfant* ». Elle put alors conclure que « *l'adoption d'un enfant par le frère de sa mère, serait-il le père biologique de l'enfant, ne se heurte à aucune interdiction légale* ».

Sans surprise, la Cour de cassation, le 6 janvier 2004,⁶⁴¹ cassa la décision d'appel pour violation de la loi, la requête en adoption contrevenant selon elle « *aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu* ». La solution fut consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui introduit le nouvel article 310-2 disposant clairement l'interdiction de l'établissement d'un double lien de filiation incestueux « *par quelque moyen que ce soit* »⁶⁴².

La Cour de Cassation n'envisage pas l'hypothèse où la reconnaissance de la filiation incestueuse servirait l'intérêt de l'enfant. La présomption selon laquelle il est dans l'intérêt d'un enfant, fruit d'un inceste, de n'avoir qu'un seul parent est donc irréfutable. Pourtant, ne pourrait-on pas aussi considérer qu'elle porte ainsi atteinte aux droits des enfants concernés et que, non seulement elle n'est pas pertinente pour dissuader les relations incestueuses entre personnes apparentées, mais qu'elle est en outre inadaptée puisqu'elle porte préjudice aux enfants issus de la relation jugée répréhensible et qui ne sont en aucun cas fautifs de quoi que ce soit ? Dans cette affaire, est-il de l'intérêt de l'enfant de ne pas pouvoir hériter de son père parce que celui qui l'a élevé ne peut pas être juridiquement considéré comme son père ?

413. La prohibition de l'inceste est, depuis Œdipe qui assassina son père avant d'épouser sa mère, l'un des mythes fondateurs de l'humanité. Les principaux

⁶⁴⁰ C.A. Rennes, 24 janvier 2000, Juris-Data n°2000-110223 : *JCP G* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002. 2020, obs. F. Granet ; *RTD civ.* 2000. 819, obs. J. Hauser.

⁶⁴¹ Cass., 6 janvier 2004, précité.

⁶⁴² C. civ., nouvel art. 310-2. Cf. F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, "Le nouveau droit de la filiation", *D.* 2006, chr. p. 17.

fondements de l'interdit sont la crainte de la dégénérescence du fruit de ces unions, la protection de la paix des familles, le rejet physique et moral du couple incestueux. L'arrêt de la Cour de cassation recentre l'interdit sur sa dimension biologique en considérant que l'adoption demandée, même détachée, dans son principe, de toute considération biologique, ne pouvait couvrir le fruit d'un inceste par le sang. L'article 334-10 du Code civil, devenu 310-2, est clair sur ce point et interdit que le lien de filiation qui aurait été établi à l'égard de l'un des parents puisse être établi à l'égard de l'autre s'il existe entre eux un des empêchements à mariage prévus pour cause de parenté⁶⁴³. Il s'agit d'un interdit d'ordre public qui doit donc s'appliquer sans considération des particularités familiales. Pourtant, l'adoption ne prouve pas une réalité biologique entre l'adoptant et l'adopté. Elle autorise la création ou l'officialisation d'un lien affectif mais elle ne peut pas couvrir le fruit d'un inceste par le sang. Toute tentative de contournement serait vaine. Il n'empêche que cette interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse n'en demeure pas moins, à l'égard de l'enfant, une discrimination par l'état unilinéaire de sa filiation. En dehors de l'aspect strictement affectif des choses, il sera privé des intérêts patrimoniaux et successoraux liés à la filiation. Au regard de leur vocation successorale, toute inégalité entre les enfants n'a donc pas disparu de notre droit. L'article 310-2 du Code civil viole-t-il le principe d'égalité, l'un des trois à figurer dans la devise de la République ?

414. Ne pose-t-il pas aussi quelques embarras au regard de la Charte de l'Union européenne et de la CESDH, tout particulièrement par rapport aux articles 8 et 14 de cette dernière. En effet, tandis que l'article 14 condamne toute discrimination l'article 8 protège le droit de chacun à une vie familiale normale. La Cour de Strasbourg ⁶⁴⁴ considère d'ailleurs que « *lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance ou dès que réalisable par la suite l'intégration de l'enfant dans sa famille* » (§52) avant d'affirmer « *que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant* » (§73).

⁶⁴³ Articles 161 et 162 du Code civil

⁶⁴⁴ CEDH, 5 novembre 2002, *Yousef c/ Pays-Bas*, n° 33711/96: Rec. CEDH 2002, VIII.

L'article 8 de la CESDH n'exclut en principe pas une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, à condition que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, et qu'elle corresponde à un besoin social impérieux tout en étant proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. L'objectif poursuivi est de combattre l'inceste mais en déduire nécessairement que l'enfant né de cette situation ne puisse pas établir sa filiation paternelle n'est-il pas un effet inapproprié de l'application de la loi ? La loi n'atteint d'ailleurs pas cet objectif par définition déjà réalisé et porte préjudice, non aux adultes responsables de la relation jugée répréhensible, mais aux enfants qui en sont issus et subissent ainsi une discrimination difficilement justifiable.

415. Certes, le pouvoir législatif, observait le Doyen Carbonnier, est « *sans vocation à régir l'imprévu* »; la loi sait « *qu'elle ne tombe pas juste dans tous les cas* »⁶⁴⁵ mais puisque le concubinage incestueux n'est pas interdit en France (tant que le couple incestueux ne demande pas sa reconnaissance par le droit c'est-à-dire en se mariant ou en concluant un pacs, il peut vivre librement), il était prévisible que des enfants en soient le fruit.

« *Le droit civil ne peut saisir le fait de la relation sexuelle incestueuse. Le rapprochement des corps relève de l'intimité, de la sphère privée et de la liberté sexuelle* »⁶⁴⁶. Le problème est que le « fait » incestueux peut donner naissance à une réalité qui ne peut être reconnue par ses deux parents parce qu'elle a été conçue dans des conditions que la société réproouve.

L'article 3, paragraphe 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant prescrit que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale. Compte tenu de cet objectif, il n'aurait pas été déraisonnable de rendre une décision contraire.

C'est d'ailleurs le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle belge saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal de première instance de Huy à propos de l'article 325 du code civil belge dans une affaire liée à un cas d'inceste. La Cour a estimé, en invoquant la Convention de New York relative aux droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale et son article 14 interdit

⁶⁴⁵ Citations reprises dans Paul Martens, " Jean Carbonnier : juriste, sociologue, historien, moraliste et poète ", Cahiers d'anthropologie du droit, 2009, p. 217 à 228.

⁶⁴⁶ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, préf. C. Neirinck, PU Aix Marseille, 2006, p. 342.

toute discrimination dans la jouissance de ce droit, que l'article 325 du code civil "viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant... Il ne peut donc plus être affirmé, à l'heure actuelle, qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie"⁶⁴⁷.

416. Une autre solution est retenue en Espagne⁶⁴⁸ où la filiation de l'enfant incestueux peut voir établie sa filiation de façon bilinéaire. Le droit espagnol condamne, dans le principe, l'établissement de la double filiation incestueuse, mais prévoit par exception que celle-ci peut être établie par décision judiciaire si cela est conforme à l'intérêt de l'enfant ; l'enfant devenu majeur pourrait en obtenir l'annulation quand il n'y avait pas consenti (art.125 du code civil). En Catalogne, le Code de la famille du 15 juillet 1998 (art.93) ne prévoit aucune limitation pour la reconnaissance des enfants incestueux. D'autres législations européennes, tout en maintenant des prohibitions à mariage pour cause de parenté ou d'alliance, ne distinguent pas les enfants incestueux des autres enfants et autorisent l'établissement d'une filiation bilinéaire. C'est le cas, par exemple, en Allemagne, en Grèce, en Suisse, au Royaume-Uni, en Croatie, en Pologne, au Portugal, en Autriche ou en Hongrie. En Italie, l'enfant incestueux ne peut être reconnu que si au moment de la conception, ses parents ignoraient leur lien de parenté (C. civil italien, art. 251).

417. La reconnaissance d'une filiation bilinéaire ne sera pas toujours dans l'intérêt de l'enfant. Taire ou cacher ses origines incestueuses est vraisemblablement préférable dans certaines circonstances familiales. Mais les familles d'aujourd'hui sont géographiquement mobiles, composables et recomposables à l'envi. Quand les enfants sont effectivement élevés par leurs parents, la relation entre l'enfant incestueux et l'auteur à l'égard duquel il ne peut établir sa filiation devrait être protégée au titre de la vie familiale.

⁶⁴⁷ Cour constitutionnelle belge arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 (consultable sur Internet : <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-103f.pdf>); Journal des Tribunaux, 15 juin 2013, n° 6525, G. Mathieu et A.-C. Rasson, « L'intérêt de l'enfant sur le fil -Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », p. 425 ; Le JdJ (Jeunesse Droit) , n° 319 p.35.

⁶⁴⁸ S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* n°6, juin 2010, étude 16

Rappelons que le « camouflage » qui est censé protéger l'enfant incestueux vole en éclat dès qu'il met en œuvre la possibilité de former une action aux fins de subsides contre son géniteur présumé. Cette action prévue par le troisième alinéa de l'article 342 du Code civil révèle inévitablement l'inceste⁶⁴⁹ tout comme l'action civile de l'enfant né d'un viol. La Cour de cassation⁶⁵⁰ a, sur ce dernier point, admis qu'un enfant devait obtenir réparation de son préjudice d'être un enfant incestueux. La chambre criminelle a statué sur la consistance du préjudice indemnifiable qui résulte non seulement de sa naissance mais encore de sa connaissance future des faits, des difficultés de construction qu'il éprouvera et de l'impossibilité de faire établir son lien de filiation paternelle. Elle a approuvé les juges du fond d'avoir condamné l'auteur à réparer le préjudice moral subi par l'enfant dès lors que « *le préjudice indemnifié, en l'espèce, ne résulte pas de [sa] seule naissance* ».

Il n'est pas impossible qu'une évolution législative ou jurisprudentielle française puisse envisager de laisser le choix à l'enfant de faire établir sa filiation incestueuse. Le tabou de l'inceste demeurerait mais le fardeau ne serait plus porté par celui qui n'y est pour rien.

B - LE SECRET DES ORIGINES

418. Pendant longtemps, le secret a été considéré comme la garantie suprême de la filiation.

Toutefois, dans le respect de l'intérêt de l'enfant, on pense aujourd'hui que les spécificités majeures de la filiation devraient être dites dès que l'enfant est en âge de les comprendre et qu'il a atteint l'âge de discernement⁶⁵¹. Le secret est ainsi devenu un pouvoir exorbitant des parents incompatible avec le droit d'accès à ses origines personnelles.

Le secret porte sur l'identité des parents biologiques de naissance. Pour être certain qu'il soit bien gardé, le législateur prévoit de nombreuses situations qui doivent rester confidentielles⁶⁵². Le secret est d'une part gardé sur les circonstances qui ont entouré l'abandon de l'enfant. Lors de l'accouchement, la mère peut demander le secret quant à son admission et son identité. Le secret

⁶⁴⁹ L'action aux fins de subsides n'est cependant pas liée à la filiation puisqu'elle est précisément mise en œuvre lorsque la paternité n'est pas établie.

⁶⁵⁰ Cass. crim. 23 sept. 2010, n° 09-84.108, *D.* 2010. 2365, obs. M. Léna, 2011. 35, obs. P. Brun et 124, chron. L. Lazerges-Cousquer ; *AJ pénal* 2011. 27, étude C. Ambroise-Castérot ; *RTD civ.* 2011. 132, obs. P. Jourdain.

⁶⁵¹ Lire le rapport du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (en mars 2010)

<http://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/rapport-mineurs-2010-def.pdf>.

⁶⁵² Les articles 57 et 326 du Code civil, et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

visé également l'acte de naissance. En effet, l'article 57 du code civil ne rend obligatoires comme énonciations de l'acte de naissance que le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant. L'identification des parents (prénoms, noms, professions et domicile des père et mère) est bien sûr prévue mais si les père et mère de l'enfant, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés, l'officier de l'état civil n'en fera pas mention dans l'acte de naissance.

En réalité, les accouchements sous X s'accompagnent rarement d'une déclaration de filiation. C'est la raison pour laquelle l'article 58 du code civil prévoit une procédure d'établissement d'un acte tenant lieu d'acte de naissance, qui « *doit être établi, sur déclaration des services de l'assistance à l'enfance, pour les enfants (...) pour lesquels le secret de la naissance a été réclamé* ». Cet acte, naturellement, ne comporte ni le nom de la mère, ni celui du père. Toutefois, la loi Mattéi a, sous l'article 57 du code civil, introduit en 1996 une disposition permettant à la femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement de faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. A défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de patronyme à l'enfant.

Dans le cadre du respect de l'équilibre entre le droit au secret et le droit à connaître ses origines personnelles, l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que la mère est invitée à laisser divers renseignements « non-identifiants » relatifs à sa propre santé et à celle du père. Elle est aussi incitée à donner des informations sur les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité ; en outre, elle doit être informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6⁶⁵³.

Pour le don de gamètes, l'article 311-19 du Code civil interdit l'établissement d'un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant. L'article 16-8 du Code civil précise que « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur ». Le consentement des receveurs du don est donné à un juge ou à un notaire et interdit ainsi toute contestation de la filiation. Il

⁶⁵³ Les révélations de la mère sont ensuite conservées sous pli fermé, symbolisant ainsi le secret des informations divulguées, par l'établissement de santé, copie étant adressée au CNAOP. Le CNAOP est une instance indépendante créée par la loi du 22 janvier 2002 et chargée de recueillir et conserver sous pli fermé les données relatives aux parents. Il se charge de rechercher un accord ultérieur de la mère.

n'existe, dans ces hypothèses, aucun lien entre la vérité biologique ou physiologique et l'établissement de la filiation.

Le secret heurte le droit de l'accès à ses origines pourtant défendu par plusieurs conventions internationales.

1. LA PORTÉE RÉELLE MAIS LIMITÉE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

419. Trois instruments juridiques internationaux sont pertinents et peuvent être d'application dans le cadre du droit à connaître ses origines personnelles :

a) Tout d'abord la **Convention européenne des droits de l'homme** dont l'interprétation extensive du droit au respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain. Cette exigence a toutefois des limites qui se sont révélées dans l'affaire Odièvre⁶⁵⁴.

Pascale Odièvre, une ressortissante française née sous X a réclamé devant la Cour européenne des droits de l'homme, le droit de connaître ses origines et ses collatéraux en soutenant que la règle du secret sur la naissance (tel qu'il est pratiqué en France) constituait une ingérence dans la vie privée et familiales des enfants concernés et des adultes qu'ils deviennent⁶⁵⁵.

La jeune femme faisait valoir que « *la recherche de son identité fondamentale* », et donc de sa filiation biologique « *fait partie intégrante... de sa vie familiale, celle de sa famille naturelle avec qui elle pourrait établir des liens affectifs si la loi française ne l'en empêchait pas* ». Autant que la simple connaissance de ses

⁶⁵⁴ CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, précité.

⁶⁵⁵ Pascale Odièvre avait été confiée à l'Assistance publique en 1965 suite à une naissance dans le secret. Elle fut adoptée la même année. En 1990, en se renseignant auprès de la DDASS⁶⁵⁵, elle apprit l'existence de trois frères nés des mêmes parents biologiques qu'elle, dont deux furent également abandonnés. Mais la DDASS refusa de lui communiquer des informations sur ses frères, au motif que cela porterait atteinte à l'anonymat qui entourait sa naissance. En janvier 1998, le Tribunal de grande instance de Paris lui avait déjà refusé l'autorisation de se faire communiquer les documents, pièces d'état civil et extraits intégraux d'actes de naissance complets, au motif que la levée du secret sur la naissance serait contraire à la loi du 8 janvier 1993 qui édictait une fin de non-recevoir à la recherche en maternité naturelle en cas d'accouchement secret (article 341-1 du Code civil). Le Gouvernement français avait invoqué le non-épuisement des voies de recours internes mais la Cour considéra « *qu'en l'espèce il ne saurait être reproché à la requérante de n'avoir pas soumis sa plainte devant les juridictions administratives en raison, de l'aveu même du Gouvernement, de ce que ce recours eût été voué à l'échec compte tenu du secret protégé par les lois concernées* » (§20).

origines, c'était donc la possibilité d'établir des relations avec sa famille naturelle qui était demandée.

La Cour européenne a écarté cette demande au motif qu'il « *n'est pas nécessaire d'examiner l'affaire sous l'angle de la vie familiale, mais sous celui de la vie privée* ».

Dans son arrêt, la Cour a relevé les « *intérêts difficilement conciliables* » de la mère et de l'enfant « *qui font apparaître, d'une part le droit à la connaissance de ses origines et l'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement, et d'autre part l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées* ».

Les juges ont aussi souligné les « *risques non négligeables* » que pourrait présenter, pour les parents adoptifs « *la levée non consensuelle du secret de sa naissance* » (alors que ces mêmes parents adoptifs soutenaient Pascale Odièvre dans sa démarche).

La Cour a également considéré que la requérante n'a pas été victime de discrimination, sanctionnée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, soulignant qu'elle « *a un lien de filiation à l'égard de ses parents adoptifs avec un enjeu patrimonial et successoral* ».

Pour finir, la Cour européenne a renvoyé Pascale Odièvre devant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP).

b) La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 reconnaît aussi à tout enfant le droit d'avoir une famille. Cette dernière y est définie comme l'unité fondamentale de la société et comme milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants.

Le Préambule stipule que tout enfant a droit d'avoir une vraie famille qui le reconnaisse comme étant son enfant et que lui-même reconnaît comme étant sa famille et l'article 7 reconnaît à l'enfant « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

La précision « *dans la limite du possible* » peut réduire à néant la portée du droit en question.

Le droit d'accès à ses origines symboliques et/ou biologiques n'est pas repris tel quel dans cette Convention. En revanche, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 affine les règles en matière de recherche des origines.

c) La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit, dans son article 30

que « les autorités compétentes de l'Etat contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père (...). Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur Etat ».

Ces deux dernières conventions internationales ne posent pas un droit impératif à l'accès aux origines se limitant à fixer des objectifs vers lesquels doivent tendre les législations des Etats signataires (dont la France).

420. Le droit interne reconnaît « *l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire* »⁶⁵⁶. « L'importance » mais pas « le droit » à connaître des origines.

Il n'y a pas un droit fondamental à la connaissance des origines, qui s'imposerait de façon absolue aux Etats. C'est d'ailleurs ce qu'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Odièvre.

Puisqu'il n'existe pas de droit fondamental pour un enfant à connaître ses origines (un droit qui serait opposable à sa génitrice dans l'hypothèse d'un accouchement sous X), on peut se demander pourquoi ce droit trouve à s'exprimer quand il s'agit d'ordonner une expertise biologique dans la recherche de filiation paternelle. L'anonymat n'a alors plus de pertinence.

Le secret ne touche pas seulement la création du lien entre le parent biologique et l'enfant. Il interfère directement sur la généalogie de toute la famille d'origine et principalement sur la relation avec les grands-parents.

2. LES GRANDS-PARENTS ET L'ACCOUCHEMENT SOUS X

421. L'accouchement sous X pose un problème particulier vis-à-vis des ascendants biologiques de l'enfant puisque l'anonymat de la mère les prive de la reconnaissance d'un lien de parenté entre eux et leurs petits-enfants. Les décisions rendues sur ce point ont successivement constaté l'absence de parenté entre les grands-parents et leur petit-enfant né sous X (a) et considéré que l'intérêt de l'enfant justifiait qu'il soit confié à ses grands-parents biologiques (b).

⁶⁵⁶ Article L 222-6 du code de l'action sociale et des familles.

a) La rupture *de facto* du lien

422. L'accouchement sous X ne crée pas de lien entre la femme qui accouche et l'enfant. Il annule *de facto* tout établissement de filiation maternelle. Par conséquent, en l'absence de filiation entre l'enfant et la femme qui l'a mis au monde, les ascendants biologiques n'ont pas de qualité à agir. La relation entre grands-parents et petits-enfants suppose donc l'établissement de la « filiation intermédiaire ». C'est pour cette raison que les grands-parents biologiques d'un petit garçon ont perdu la possibilité de se voir confier la garde de leur petit-fils comme l'a décidé la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 juillet 2009⁶⁵⁷ rendu dans des circonstances dramatiques : En décembre 2005, une jeune femme de 21 ans accouche sous X. En mai 2006, l'enfant sera placé chez un couple qui déposera une requête d'adoption plénière.

Après le suicide de la jeune femme, en septembre 2006, ses parents découvrent dans ses papiers un certificat provenant d'une maternité.

Les grands-parents biologiques entreprirent des recherches qui les menèrent à découvrir l'existence de leur petit-fils. Ils ont, en vain, tenté d'intervenir à la procédure d'adoption, leur intervention ayant été jugée irrecevable. Les grands-parents n'étaient juridiquement « rien » pour l'enfant puisque la filiation à l'égard de leur fille n'avait pas été établie. L'anonymat rompait le lien non seulement entre l'enfant et sa mère mais avec toute la parenté. Les grands-parents ne disposaient d'aucune action leur permettant de renouer le lien que leur fille avait rompu.

⁶⁵⁷ Cass., civ 1, 8 juillet 2009, 08-20.153, Publiée au bulletin; *LPA* du 1^{er} et 2 juin 2009, note F. Dekeuwer-Defossez ; *JCP G.*, n° 31-35, 27 juillet 2009, *Jurisp.*, n° 152, note Yann Favier, "Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir", p.11 ; *AJ Fam.* n° 9, septembre 2009, *Jurisp*, note François Chénéde, "Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X", p.350-351 ; *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2009, comm. n° 108, note Pierre Murat "Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite", p.28-29, et n° 114, note Ingrid Maria "Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie", p.35-36 ; *Revue de droit sanitaire et social*, n°5, sept-oct 2009, *Actualités*, p. 972 à 975, note Thierry Tauran ; *Revue juridique Personnes et famille*, n°9, septembre 2009, note Marie-Christine Le Boursicot "Pas de grands-parents sans parents", p.25 à 27 ; *D.* n° 29, 3 sept. 2009, *Actualité jurisprudentielle*, p. 1973-1974, note C. Le Douaron, "Accouchement sous X, adoption et défaut de qualité pour agir", et *Revue Procédures*, n° 0, octobre 2009, commentaire n° 321 , note Méлина Douchy-Oudot "Enfant né sous X : intervention volontaire des grands-parents biologiques", p. 27-28.

La décision de la Cour de cassation a ainsi confirmé que, si la filiation naît d'un «lien biologique», elle est avant tout «un acte social ».

423. La solution obéit à une logique. L'accouchement n'ayant juridiquement pas eu lieu, l'enfant est né « de personne » et ne peut donc pas avoir de grands-parents. On peut aussi croire que l'enfant pourra plus facilement « se construire » dans la famille qu'il forme désormais avec les parents qui l'ont accueilli. Cependant, compte tenu de l'intérêt légitime que peut montrer tout enfant à connaître ses origines, il pourrait être amené à apprendre les circonstances de sa naissance et à considérer qu'il aurait été préférable de lui laisser la possibilité d'entretenir des relations avec ses grands-parents biologiques. Les grands-parents n'avaient aucun droit mais leur présence aux côtés de l'enfant aurait pu lui être bénéfique. Le conditionnel est inévitable et on ne peut pas demander au juge de prédire l'avenir.

Les choses ont pris une autre tournure dans une autre affaire.

b) La remise en cause de l'anonymat

424. En l'espèce, une enfant, née sous X et sans filiation paternelle, avait aussitôt été remise à l'Aide sociale à l'enfance puis, ultérieurement, admise en qualité de pupille de l'État. Sa mère biologique avait informé ses parents de sa grossesse et de son accouchement. Les grands-parents ont alors demandé l'annulation de l'arrêté portant admission définitive de l'enfant en qualité de pupille de l'État sur le fondement de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles et engagé une procédure dans le but d'apporter la preuve biologique qu'ils étaient bien les « grands-parents » du bébé. Une fois le lien établi, ils entendaient faire valoir leurs droits fondés sur ce lien génétique. Par ordonnance du 8 octobre 2009⁶⁵⁸, le juge des référés du TGI d'Angers a autorisé une analyse comparée de l'ADN du couple et de l'enfant, ouvrant ainsi la possibilité à ce couple de faire annuler le statut de pupille de l'Etat de l'enfant,

⁶⁵⁸ TGI Angers, 8 octobre 2009, ord. réf., n° 09/00568, D. 2010. 1442, obs. F. Granet- Lambrechts, A.J. Fam,2009, 455, Obs. Chénéde. Voir aussi F. Boulanger, "L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance, JCP. G. n° 49, 30 novembre 2009, n° 504, pp. 14-17.

malgré l'opposition manifeste de la mère à créer un lien entre l'enfant et ses ascendants.

425. Cette décision a remis en cause l'accouchement sous x puisque des tiers, par exemple des grands-parents biologiques, peuvent contraindre une femme à sortir de l'anonymat. On ne cachera pas longtemps à l'enfant l'identité de la mère biologique s'il est confié à la garde de ses grands-parents. Elle montre aussi les hésitations des tribunaux devant ce type d'affaire puisque le 8 juillet 2009, la Cour de Cassation retenait qu'en demandant à bénéficier de l'anonymat, la mère avait rompu le lien qui devait unir son enfant, non seulement avec elle mais avec toute sa parenté. Trois mois après, le TGI d'Angers semblait remettre en cause la décision précédente. Enfin, cette décision entraîne la confusion sur le caractère de la filiation en mêlant origines génétiques et statuts juridiques de parenté. Notons que les termes de « mère » et de « grands-parents » sont utilisés de façon tout à fait inappropriée puisqu'ils font référence à un statut qui ne repose que sur l'institution juridique qui l'encadre (adoption, reconnaissance, présomption..) et en aucun cas, « par la grâce » d'un simple lien biologique⁶⁵⁹.

La décision n'a pas eu d'incidence immédiate sur le statut de l'enfant mais elle laissait les grands-parents libres d'entamer une nouvelle procédure pour obtenir, dans un premier temps, la suspension de l'arrêté préfectoral qui avait admis l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Or, l'article L 224-8 dispose que: « *L'admission en qualité de pupille de l'Etat peut faire l'objet d'un recours [...j par les parents [...], par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde de droit ou de fait et qui demandent à en assumer la charge* ». La mère n'avait aucune existence juridique et les grands-parents n'avaient pas entretenu de liens avec l'enfant. La grand-mère avait juste eu « *un contact visuel* ».

Déboutés en première instance⁶⁶⁰, ils obtiendront gain de cause en appel. Le 26 janvier 2011, la Cour d'appel d'Angers⁶⁶¹ a annulé le statut de pupille de l'État

⁶⁵⁹ Les tests ne devraient prouver qu'un lien génétique et non pas un lien de parenté. Ce lien est même nié, en ce qui concerne la mère, puisqu'elle avait choisi d'accoucher sous x. Les parents de cette femme n'étaient pas eux-mêmes que des parents génétiques de leur fille. Ils étaient parents parce qu'ils avaient été déclarés parents à la naissance de leur fille. L'expertise biologique est cependant essentielle quant il s'agit d'affirmer une paternité.

⁶⁶⁰ T.G.I. Angers, 26 avril 2010, n° 10/00171, Dalloz actualité, 21 mai 2010, note Le Douaron. Les grands-parents ont été déboutés au motif que l'expertise génétique effectuée est contraire à l'article 16-11 du Code civil.

⁶⁶¹ C.A., Angers, 1ère ch.B, 26 janvier 2011, n° 10/01339 ; AJ Fam Mars 2011, « Les Grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers, Note F. Chénede, p. 156.

de l'enfant et en a confié la garde aux grands-parents, à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle⁶⁶². La mère⁶⁶³ espérait un pourvoi en cassation mais le Président du conseil général du Maine-et-Loire y a renoncé. Sur la recevabilité de leur demande, la Cour d'appel a estimé que la qualité pour agir des appelants ne pouvait être établie que par l'existence d'un lien de fait avec l'enfant. Il n'y avait aucun lien de droit unissant l'enfant aux grands-parents puisque l'analyse comparée des ADN avait certes établi un lien de parenté génétique entre eux mais ne créait pas de lien de droit pour autant.

Il fallait donc se fonder sur l'existence d'un lien de fait qui n'est pas défini par l'article L. 224-8. Il revient donc au juge d'en apprécier l'existence. En l'espèce, il a estimé que les démarches que les grands-parents avaient effectuées pour obtenir la garde de l'enfant justifiaient l'existence d'un lien affectif de fait avec l'enfant.

426. On peut s'interroger sur son bien-fondé de la demande des grands-parents. Sur ce point, la cour d'appel a considéré qu'il fallait raisonner à l'aune du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a fini par confier la garde d'une enfant née sous X à ses grands-parents biologiques : « *La question à trancher n'est pas de savoir si la volonté des grands-parents doit supplanter celle des parents, et en l'espèce celle de la mère, puisque juridiquement ils n'existent pas, mais de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il a été posé en principe par la convention de New York du 20 novembre 1989. L'enfant bénéficie ainsi, aux termes de l'article 7-1 de la convention, de droits fondamentaux, à savoir le droit à un nom et celui de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* ».

Elle a mis en avant la Convention de New-York du 20 décembre 1989, à laquelle la France est partie et dont l'article 7 dispose que « *Tout enfant, dans la mesure du possible, doit connaître ses parents et être élevé par eux* ». Les juges d'Angers ont estimé qu'il était envisageable de conjuguer les liens du sang à l'intérêt de l'enfant. Cela dit, une interprétation *a contrario* de l'article 7 était tout aussi possible pour justifier le rejet des prétentions des grands-parents.

Dans l'intérêt de l'enfant, la juridiction d'appel a annulé le statut de pupille de l'Etat de l'enfant et en a confié la garde aux grands-parents biologiques alors

⁶⁶² Le Conseil Général sera aussi condamné aux dépens.

⁶⁶³ L'arrêt de la Cour d'appel mentionne bien que « *la mère, qui a désiré accoucher sous X et a réitéré à plusieurs reprises sa volonté de rester anonyme et d'abandonner sa fille [...] s'est exprimée par voie de presse sur l'avenir qu'elle voulait pour cette enfant, refusant qu'elle soit recueillie par ses parents* ».

que la mère s'y est clairement opposée. La cour considère que l'intérêt de l'enfant prime sur le choix de la mère de couper l'enfant de sa famille.

427. On peut se demander si le droit des grands-parents n'a pas, lui, pris le dessus sur l'intérêt de l'enfant. Que se serait-il passé si les grands-parents paternels avaient fait la même démarche ?

En fait, cette décision pose le problème de la hiérarchie des valeurs et des droits. Puisqu'un droit doit primer sur un autre, qui en est le titulaire ? Les adultes qui revendiquent un « statut grand-parental » vis-à-vis d'un enfant à peine né et qui désirent influencer une décision prise par leur propre fille majeure ? La femme majeure qui use d'un droit qui lui garantit un anonymat, fondement de sa totale autonomie envers ses parents et élément d'un ensemble juridique que l'on pourrait nommer « droits de la femme » ? L'enfant, enjeu d'un conflit familial, dont l'intérêt doit motiver les décisions à prendre et qui, vivant chez ses grands-parents, sera inévitablement confrontée à la mère qui l'a rejetée ?

L'article 9 de la Convention de New-York énonce que l'enfant a le droit de connaître et de vivre avec ses parents, sauf si cela est contre son intérêt. Dans cette affaire, la mère de cet enfant s'était clairement opposée à ce que celui-ci vive avec ses grands-parents. Ne peut-on pas penser qu'une décision de justice qui va l'encontre de l'opposition claire et absolue d'une mère va à l'encontre des intérêts de son enfant ?

428. On peut aussi considérer que cette décision rejoint la volonté du législateur de mettre en avant les relations entre l'enfant et ses grands-parents biologiques plutôt que celle entre l'enfant et ses parents adoptifs ? En effet, l'article 371-4 du code civil prévoit expressément le maintien des liens entre les grands-parents et l'enfant. De même, l'article 345-1 du même code va plus loin en énonçant que les grands-parents ont la possibilité de s'opposer à l'adoption plénière de leur descendant.

La Cour montre qu'elle entend privilégier les liens du sang. Elle s'appuie sur la Convention des droits de l'enfant et estime que l'un des droits fondamentaux de l'enfant est de grandir dans sa famille biologique, d'entretenir avec elle des relations. La filiation légitime serait donc au cœur de l'épanouissement futur de l'enfant. Ce n'est pourtant pas ce qui ressort du combat mené par Pascale Odièvre, née sous X, pour obtenir des informations sur ses origines. La CEDH avait en effet estimé que la loi française autorisant l'accouchement sous X ne

violait pas les droits de l'homme qui protègent le droit au respect de la vie privée et familiale.

429. La Cour d'appel s'est référée, en outre, à la nouvelle rédaction de l'article 325⁶⁶⁴ du code civil, dans lequel elle voit le signe que « l'intérêt de l'enfant prime sur la faculté pour la mère de conserver l'anonymat ». L'arrêt rouvre le débat sur l'accouchement sous X et le droit à la connaissance de ses origines, au moment même où le rapport Barèges, qui préconisait le dispositif de l'accouchement protégé (l'identité de la mère biologique, systématiquement demandée et conservée, est protégée jusqu'à la majorité de l'enfant, à partir de laquelle elle peut lui être communiquée à condition toutefois que la mère soit d'accord), a été rendu public⁶⁶⁵.

La question de l'accouchement sous X peut évidemment être discutée. Le débat doit prendre en considération les droits de l'enfant mais aussi ceux des autres acteurs intéressés. La mère tout d'abord a droit au respect de sa vie privée et donc de sa volonté de garder l'anonymat. Les éventuels parents adoptifs ensuite, ne désirent pas nécessairement voir apparaître une mère biologique. Dans tous les cas, ce sera au juge de rechercher, au cas par cas, l'équilibre entre ces différents intérêts.

Section 3 - LA GRAND-PARENTALITÉ

430. Si la famille se crée par l'alliance et donc par la volonté, elle existe aussi par le sang. Sont parents par le sang tous ceux qui descendent les uns des autres (en ligne directe : grands-parents, enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants...) ainsi que ceux qui descendent d'un ancêtre commun (ligne collatérale : frères et sœurs, oncles et tantes, cousins, neveux...). La parenté naît de la filiation. C'est donc celle-ci qui donne à chacun sa place dans la généalogie familiale.

L'évolution de la famille entraîne le fait que, non seulement on y trouve une place mais que celle-ci correspond maintenant à une fonction. Le mot « fonction » est d'ailleurs, actuellement, celui qui s'adapte le mieux pour qualifier le rôle des grands-parents.

⁶⁶⁴ Article 325 du code civil « *A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* ».

⁶⁶⁵ L'arrêt de la cour d'Angers est intervenu le jour même où la députée Brigitte Barèges remettait au Premier ministre un rapport de mission parlementaire proposant de débattre de la levée en France de l'anonymat pour les accouchements sous X afin d'aider les enfants qui le souhaitent à retrouver leurs parents biologiques.

Au début du XX^{ème} siècle, les grands- parents cohabitaient souvent avec le reste de la famille. Cependant, les petits-enfants n’avaient pas souvent beaucoup de temps pour les connaître, l’espérance de vie des grands-parents abrégant, de fait, cette cohabitation. Beaucoup gardent un souvenir, ému ou pas, de grands-parents âgés, ou qui semblaient l’être, peu actifs, voire immobiles dans le salon de la maison de famille. Cette image d’Epinal n’a plus rien à voir avec les grands-parents actuels.

« Très loin de la grand-mère coiffée d’un chignon et fabriquant des confitures et du grand-père imposant le respect des cheveux blancs, ils sont plutôt des compagnons de jeu, offrant une image d’insouciance et de liberté. Ils n’osent plus exprimer leur désaccord avec leurs enfants sur les modèles éducatifs – même si ces désaccords ne manquent pas –, chacun équilibrant autorité, tendresse et inculcation de l’autonomie. De tels changements majeurs sont liés à l’émergence du nouvel âge de la vieillesse, plus libre et mieux nantie, ainsi qu’aux effets de l’État providence qui fait des aïeux des pourvoyeurs potentiels et non des assistés »⁶⁶⁶.

431. Les grands-parents sont à la fois acteurs et spectateurs des décompositions et recompositions familiales. Maris successifs, concubins, compagnons...les nouvelles grands-mères ne mènent pas la vie qu’ont mené leur mère. Comment doit-on accueillir et considérer les nouveaux venus qui entrent dans la vie des grands-parents ? Quelles relations doit-on maintenir avec les « ex », qui ont pu affectivement compter pour les petits-enfants et qui cèdent, volontairement ou non, la place. D’un point de vue pratique, on observe que ces nouvelles recompositions familiales ont incité les enfants à faire preuve d’imagination et de fantaisie pour trouver un surnom pour chacun de ces « intervenants familiaux » en ménageant la susceptibilité de chacun.

432. Aujourd’hui, il n’est pas rare que l’arrivée d’un enfant soit attendue non seulement par ses parents et ses grands-parents mais aussi par ses arrière-grands-parents et même par ses arrière-arrière-grands-parents.

Les progrès de la médecine et de la qualité de vie ont fait baisser la mortalité infantile et allonger la durée de la vie, ce qui rend possible la présence simultanée de 5 générations.

⁶⁶⁶ Cl. Attias-Donfut, « Les grands-parents en Europe : de nouveaux soutiens de famille », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 55.

L'allongement de l'espérance de vie entraîne le fait que certaines personnes passeront la moitié de leur vie comme grands-parents⁶⁶⁷. Il ne s'agit plus maintenant d'un « statut » éphémère.

Quelle place le système juridique français accorde-t-il aux grands-parents vis-à-vis de leurs petits enfants ? Nous verrons que le Code civil est peu disert sur les grands-parents (§1) mais que la jurisprudence s'applique à les aider à maintenir les liens avec leurs petits-enfants en cas de conflits familiaux (§2).

§ 1. LES OUBLIÉS (OU PRESQUE) DU CODE CIVIL

433. Le Code civil napoléonien a fait peu de cas des grands-parents⁶⁶⁸. Sans doute était-il inutile d'organiser les relations familiales au sein d'une cohabitation intergénérationnelle si ce n'est imposée, au moins traditionnelle. Il faudra attendre la loi du 4 juin 1970⁶⁶⁹ (art.371-4 du code civil) pour que le législateur reconnaisse aux grands-parents le droit (déjà reconnu par la jurisprudence⁶⁷⁰) d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants. Ce droit a été repris par la loi du 4 mars 2002 qui en a toutefois changé le bénéficiaire⁶⁷¹. Le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses ascendants (et pas seulement avec ses grands-parents) remplace celui des grands-parents à entretenir des relations avec leurs petits-enfants. Le droit concerne donc, pour la première fois, les arrière-grands-parents (puisque'il n'est plus question de « grands-parents » mais « d'ascendants »). Les relations avec les ex-conjoints du grand-père ou de la grand-mère sont aussi concernées, la loi du 8 janvier 1993 ayant étendu l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec un tiers, qu'il soit parent ou non. Comme cela était déjà prévu par la loi de 1970,

⁶⁶⁷ On devient grand-parent à 54 ans en moyenne pour les femmes et 56 ans pour les hommes, soit deux ans et demi plus tard qu'en 1998. C'est la conséquence du recul de l'âge auquel on devient parent. Source : INSEE

⁶⁶⁸ Seuls les articles 402 sur la tutelle et l'article 935-3 permettaient aux grands-parents d'accepter une libéralité au nom d'un mineur.

⁶⁶⁹ L'article 371-4 du Code civil disposait que : « Les père et mère ne peuvent sauf motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ».

⁶⁷⁰ Thierry Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, CNRS éd., 1998, p.199 s.

⁶⁷¹ Bosse-Platière, Bourgault-Coudeville et Digard, « Les relations de l'enfant avec d'autres personnes que ses père et mère », Dr. et patr. 2000. 71. - Garé, « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant », Mélanges Huet-Weiller, 1994, LGDJ, p. 181. - Gouttenoire-Cornut et Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », Dr. fam. 2003. Chron. 1. - C. Lienhard, « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », AJ fam. 2002. 128 – Nathalie Rexand-Pourias, « Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale », JCP 2003. I. 100.

seuls des motifs graves pouvaient faire obstacle à ce droit. Le droit français s'alignait donc avec la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui affirmait la notion « d'intérêt supérieur » de l'enfant⁶⁷².

En clair, quels que soient les conflits entre les parents et les grands-parents, il existe désormais une primauté du droit de l'enfant sur celui des parents.

L'article 8 de la même Convention prévoit aussi que les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant « de préserver ses relations familiales ».

434. La loi du 5 mars 2007⁶⁷³ a encore «affiné » l'article 371-4 du Code civil qui est désormais rédigé ainsi : « *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ...* ».

Avant cette dernière loi, seul un motif grave pouvait faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

Le principe reste que ces relations doivent nécessairement être conformes à l'intérêt de l'enfant. Il revient donc, dans la pratique, à ceux qui contestent cet intérêt d'en apporter la preuve. En effet, même s'il s'agit d'un droit de l'enfant, ce sont, le plus souvent, les grands parents qui vont introduire la procédure devant le juge aux Affaires familiales⁶⁷⁴, ce qui, bien que non expressément prévu par les textes, a été validé par la jurisprudence. En général, les grands parents agissent contre les parents de l'enfant en leur qualité de titulaire de l'autorité parentale pour obtenir un droit de visite et/ou d'hébergement.

La loi du 5 mars 2007 a supprimé, dans le cas du décès des parents, la tutelle légale des grands-parents qui deviennent dans le Code civil des tiers comme les autres. Dans la pratique, la tutelle des grands-parents reste souvent la solution la

⁶⁷² Article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant : «*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

⁶⁷³ Loi n° 27-308 du 5 mars 2007, JORF n°56 du 7 mars 2007.

⁶⁷⁴ La procédure est relativement contraignante: les grands parents ne peuvent saisir le juge aux Affaires Familiales par voie de requête mais par voie d'assignation délivrée par huissier. La représentation par avocat est obligatoire. Par ailleurs, l'article 1180 du NCPC exige que le ministère public ait communication des demandes formées en application de l'article 371-4 du Code Civil. L'enfant capable de discernement doit être entendu. Enfin, dans la majorité des cas conflictuels le juge ne prendra pas de décision sans mesures d'investigation.

plus adaptée à l'intérêt de l'enfant et le juge des tutelles continue de la proposer. En revanche, il n'est plus nécessaire de retirer cette tutelle si les grands-parents ne sont pas dans la capacité d'assumer cette fonction ou s'ils ne veulent pas s'en charger.

De même, l'article 399 du Code civil concernant la composition des conseils de famille n'y inclut pas, de droit, les ascendants mais ne les exclut pas puisque « peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ».

Les grands-parents sont en droit civil de plus en plus des tiers comme les autres sauf quand il s'agit de l'adoption de l'enfant par un nouveau conjoint.

435. L'adoption plénière est irrévocable et définitive. Tous les liens de l'adopté avec sa famille d'origine, et donc y compris avec ses grands-parents biologiques, sont rompus. La transcription du jugement d'adoption lui tient lieu d'acte de naissance. Il est considéré comme l'enfant du ou des adoptant(s).

Les grands-parents se sont plaints du fait que ce type d'adoption coupait tout lien juridique entre eux et leur petit-enfant. Le cas se produisait après le décès d'un parent⁶⁷⁵, quand le conjoint survivant se remariait et consentait à l'adoption de son enfant par son nouveau conjoint. Le législateur est intervenu sur cette question à plusieurs reprises. Reformé en 1993⁶⁷⁶, puis en 1996⁶⁷⁷, l'article 354-1 du Code civil tente d'éviter des situations douloureuses en interdisant aux beaux-parents de solliciter l'adoption plénière de l'enfant de leur conjoint si cet enfant a encore des grands-parents vivants qui ne se sont pas désintéressés de lui⁶⁷⁸. De plus, le principe de la « tierce opposition » permet aux tiers qui n'ont pas été partie au jugement d'adoption, notamment s'il s'agit d'adoption simple, de

⁶⁷⁵ La Cour de cassation a considéré, même avant les réformes de 1993 et 1996, que les enfants adoptés de façon plénière par le second mari de leur mère devaient pouvoir rencontrer leurs grands-parents biologiques car « l'existence d'une parenté réelle, même si elle n'est plus reconnue juridiquement entre les grands-parents par le sang et leur petit-fils, adopté en la forme plénière, est constitutive d'une situation exceptionnelle au sens de l'article 371-4 précité ; qu'elle pouvait donc accorder à ces grands-parents, eu égard aux intérêts en présence qu'elle a souverainement appréciés, un droit de visite sur le fondement de ce texte ». Cass, civ 1^{ère}, 21 juillet 1987, 85-15.521.

⁶⁷⁶ Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 - art. 29 JORF 9 janvier 1993.

⁶⁷⁷ Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 4 JORF 6 juillet 1996.

⁶⁷⁸ L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise selon l'article 345-1 3° du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 5 juillet 1996 « Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

contester le jugement rendu, en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants⁶⁷⁹.

§ 2. DES RELATIONS DIFFICILES À ENCADRER

436. En 2011, il y avait en France métropolitaine, 8,9 millions de grand-mères et 6,2 millions de grands-pères, soit 15,1 millions de grands-parents⁶⁸⁰. Ils représentent donc plus de 20% de la population française. Plus de deux millions d'entre eux sont également arrière-grands-parents. L'accroissement du nombre de grands-parents s'explique notamment par le vieillissement des générations nombreuses nées après la deuxième guerre mondiale. Le baby-boom s'est ainsi transformé en « papy-boom ». 80 % des personnes âgées de 70 ans sont grands-parents.

Les grands-parents ont parfois eu plusieurs « vies sentimentales » et ils doivent aussi trouver une place dans les différentes familles de leurs enfants. Ils voient en effet souvent les petits-enfants grandir dans des situations familiales complexes, voire précaires.

Ce « tableau » des familles actuelles suffit à comprendre pourquoi les relations entre les grands-parents et leurs petits-enfants ne sont pas toujours simples. Ces relations, jadis hiérarchiques, se sont individualisées et sont devenues des relations affectives souvent importantes.

437. Parmi les grands-parents certains semblent diriger bien souvent une véritable entreprise de services : taxi pour conduire les petits-enfants faire leur multiples activités, garde d'enfant le soir après l'école, centre de loisirs pendant les vacances scolaires...il est fort probable que le droit du travail sera bientôt amené à prendre leur cas en considération.

D'autres, en revanche, n'entretiennent aucun lien avec les petits-enfants. La majorité d'entre eux évolue entre ces deux extrêmes. La nature des relations dépend aussi du petit-enfant qui ne montre pas toujours l'envie de rencontrer ses grands-parents plus souvent et de la volonté et du comportement des parents.

Les grands-parents n'ont pratiquement pas de devoirs. Ils ne sont pas tenus du devoir d'entretien qui n'existe qu'à l'égard des parents mais restent soumis au

⁶⁷⁹ Cass. civ 1^{ère} . 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 112; D. 1989. 477 note Hauser ; Gaz. Pal. 1990. 1. 131 note Massip.

⁶⁸⁰ Source INSEE Octobre 2013 dossier consultable sur le site : <http://www.insee.fr/fr>

devoir alimentaire de droit commun ⁶⁸¹ si les parents ne sont plus en mesure de faire face à leur obligation d'entretien ⁶⁸² et si la situation financière des grands-parents le permet.

438. Corrélativement, leurs droits sont également très faibles. Ils sont indissociables du droit des enfants dont ils dépendent. Quelles que soient les relations entre les grands-parents et leurs enfants, seul compte l'intérêt du petit-enfant. C'est même l'élément central et fondamental de la loi qui détermine désormais le droit des grands-parents. Pour faire respecter cet intérêt, les grands-parents qui n'auraient pas trouvé d'arrangement amiable, peuvent saisir le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance dont relève le domicile des parents.

Même si le droit des grands-parents semble être un droit subsidiaire, il existe bien dans les faits et se trouve consacré par la jurisprudence. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 juin 2008 ⁶⁸³ a « mélangé » les deux critères en retenant que le droit de visite des grands-parents devait être conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'il « *n'existait pas de motif grave pouvant faire obstacle aux relations* » entre les petits-enfants et leurs grands-parents. En l'espèce, le père de deux enfants avait été privé du droit de visite et de l'exercice de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales. Cet homme vivait chez ses parents et la mère des enfants se fondait sur cette cohabitation pour refuser de laisser ses enfants aller chez leurs grands-parents paternels.

La Cour de Cassation a confirmé la position de la cour d'appel qui affirmait que le maintien des relations des enfants avec les grands-parents était conforme à leur intérêt, reprenant ainsi les termes de l'article 3-1 de la convention

⁶⁸¹ C.A., Versailles, 3 octobre 1996, D, 1998, somm.30, obs. Granet. Le droit commun des obligations entre ascendants et descendants est fixé aux articles 205 et 207 du Code civil. A ce titre, les grands-parents se trouvent obligés alimentaires en tant qu'ascendants de l'enfant.

⁶⁸² Les grands-parents peuvent être contraints de verser une pension alimentaire pour leurs petits-enfants, mais seulement si les parents sont défaillants. La Cour de cassation vient de le rappeler dans une affaire où la mère de l'enfant réclamait aux grands-parents paternels le paiement des arriérés de pensions alimentaires auxquelles leur fils avait été condamné par plusieurs décisions de justice. Elle considère que « *les grands-parents de l'enfant, débiteurs d'aliments, ne pouvaient, en cette qualité, être tenus d'exécuter des jugements prononcés contre leur fils* ». Une contribution ne peut leur être réclamée qu'à titre subsidiaire si les parents ne peuvent pas payer et il faut qu'une condamnation les vise personnellement. Les difficultés de recouvrement ne doivent pas être confondues avec l'exécution d'une obligation d'entretien dont le père est et reste débiteur. Cass Civ.1, 28 mai 2014, n° pourvoi : 12-29.803.

⁶⁸³ Cass., 1^{ère} civ, 11 juin 2008, arrêt n° 07-11.425 D. 2009. Pan. 1924, obs. Gouttenoire et Bonfils.

internationale des droits de l'enfant⁶⁸⁴, applicable directement devant un juge français. La Cour d'appel disposait d'un pouvoir souverain pour apprécier l'intérêt des enfants et pour analyser concrètement la relation entre les grands-parents et les petits-enfants.

Restait à savoir si le fait d'héberger le père des enfants pouvait constituer un motif grave pour écarter le droit de visite des grands-parents. La Cour de Cassation n'a pas, heureusement, considéré qu'un mauvais père a forcément de mauvais parents et a autorisé le droit de visite après avoir relevé que les grands-parents s'étaient engagés, par écrit, à recevoir les enfants hors de la présence de leur père et que les enfants « *devaient pouvoir continuer à bénéficier des moments heureux passés auprès de leurs grands-parents, favorables à l'épanouissement de leur personnalité, suivant une périodicité conforme à ce qui se pratiquait antérieurement et qu'il n'existait pas de motif grave pouvant faire obstacle aux relations personnelles des enfants avec leurs grands-parents* ».

439. L'attitude des grands-parents est analysée au regard de l'intérêt de l'enfant. Si elle est de trop invasive, un droit de visite peut être suspendu. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle estimé que « *l'attitude interventionniste et invasive du grand-parent, qui n'a pas eu conscience de la perturbation majeure qu'il avait provoquée a plongé les enfants [...] dans une crise qui ne pouvait les concerner, de sorte que leur intérêt supérieur commandait, en l'état, de ne pas prévoir le rétablissement d'un contact avec leur grand-père* »⁶⁸⁵.

La mésentente entre parents et grands-parents ne justifie pas en elle-même un motif grave de refus du droit de visite à condition, toutefois, que cette mésentente ne rejaillisse pas sur l'enfant.

La Cour de cassation⁶⁸⁶ a ainsi pris en compte l'engagement de grands-parents (preuve de bonne volonté) de ne pas dénigrer les parents devant leurs petits-enfants. En revanche, la cour d'appel de Lyon⁶⁸⁷, après avoir rappelé que le bénéficiaire de l'article 371-4 du code civil avait changé, a décidé que « *l'intérêt des enfants commande que les grands-parents dont l'attitude a été si nocive à l'égard de leur belle-fille et, ce faisant, à l'égard des petits-enfants, soient*

⁶⁸⁴ Article 3-1 de la CIDE du 20 novembre 1989 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

⁶⁸⁵ Cass., civ 1^{ère}, 27 mai 2010, arrêt n°09-65.838

⁶⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2009, n°08-11.035, D. 2009.AJ 372, obs. Egéa ; D. 2009.Pan. 1918, obs. Gouttenoire et Bonfils; AJ fam. 2009. 128, obs. Brusorio-Aillaud; Dr. fam. 2009, n° 41, obs. Murat.

⁶⁸⁷ C.A. Lyon, 29 janvier 2008, RG n° 07/02819.

encore tenus à l'écart de leurs petits-enfants pour que le père puisse peu à peu prendre sa vraie place de père, de façon autonome de ses propres parents ».

440. C'est au juge aux affaires familiales de déterminer s'il est de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents et d'en fixer les modalités et les aménagements (droit de correspondance, de visite ou d'hébergement). Cette compétence s'exerce aussi pour statuer sur le droit de visite des grands-parents d'un enfant qui fait l'objet d'une mesure de placement. Les relations entre grands-parents et petits-enfants obéissent aux mêmes règles que les parents soient mariés, partenaires, concubins, séparés ou divorcés, et que l'enfant soit naturel ou adopté.

Si les grands-parents habitent à l'étranger, le juge aux affaires familiales peut quand même leur accorder un droit de visite et d'hébergement. Cependant, les parents conservent le droit de s'opposer à toute sortie du territoire de leur enfant

441. Bien que malmenés et parfois affaiblis par les séparations et les recompositions conjugales, les liens intergénérationnels résistent dans l'ensemble.

La place des grands-parents dans la société actuelle montre que la filiation reste un axe de stabilité de l'édifice familial. Elle est aussi révélatrice de la place de l'enfant dans cette société. En près de quatre siècles, l'enfant a cessé d'être un objet, pour devenir une personne à part entière. Désormais, dans les procédures enclenchées par les familles devant le juge aux affaires familiales, une seule chose prévaut dans toutes les décisions : l'intérêt de l'enfant. Une notion qui laisse une large part à l'appréciation personnelle du magistrat, au cas par cas.

Il reste qu'il n'existe pas plus aujourd'hui qu'hier de statut pour ces aides et soutiens divers des grands-parents à leurs petits-enfants. Il ne faut raisonnablement pas espérer en trouver un qui convienne à toutes les situations familiales.

Section 4 – DE LA FAMILLE DE SUBSTITUTION À LA FAMILLE ADDITIONNELLE

442. Les chiffres de l'INSEE⁶⁸⁸ donnent un aperçu du paysage familial en France métropolitaine.

L'enquête « Famille et logements »⁶⁸⁹, réalisée en 2011, révélait dans quel type de famille vivaient les 13,8 millions d'enfants en France. Sept sur dix (71%)

⁶⁸⁸ Etude d'Aude Lapinte, INSEE Première n°1470, octobre 2013, disponible sur le site de l'INSEE.

vivaient dans leur famille d'origine avec leurs deux parents (75% en 2006), 18 % vivaient dans une famille monoparentale⁶⁹⁰ (dans 86 % des cas avec leur mère) et 11% dans une famille recomposée.

Lorsqu'un parent vit seul avec ses enfants, on ne peut pas en conclure qu'il est le seul à assumer l'ensemble des fonctions parentales. Le parent physiquement absent du foyer ne l'est pas pour autant de la vie et de l'éducation des enfants.

Il peut aussi s'agir de couples qui, pour des raisons professionnelles, ne cohabitent pas. De surcroît, au sein des familles monoparentales, une proportion importante d'enfants vit avec d'autres adultes parfois les grands-parents (on parle alors de cohabitation intergénérationnelle).

1,5 million de mineurs vivent dans une famille recomposée. La moitié d'entre eux, soit 750.000 enfants habitent avec leur mère et un beau-père et 105.000 enfants vivent avec leur père et une belle-mère. La différence avec la somme totale s'explique par les 645.000 enfants nés dans le nouveau couple, c'est-à-dire 43% des enfants dans la population considérée.

Parmi les enfants vivant principalement avec un beau-parent, trois sur dix résident régulièrement chez l'autre parent. Selon les derniers chiffres révélés par le ministère de la Justice, la résidence alternée est instaurée dans 14,9 % des séparations et divorces toutes procédures confondues (8,8% en 2003)⁶⁹¹.

En majorité, les enfants d'une précédente union cohabitent avec des demi-frères et sœurs issus de l'union actuelle (51%), viennent ensuite les familles où les enfants sont tous issus d'une union antérieure et cohabitent avec un beau-parent (41%). Pour finir 8% des familles regroupent des enfants issus d'unions antérieures de chacun des deux adultes. Le couple marié vivant ensemble avec ses enfants n'est plus le modèle unique mais il reste le modèle prépondérant.

Les chiffres permettent un autre constat : les familles recomposées sont de plus en plus nombreuses. En 2011, 720 000 familles étaient dans ce cas, soit 9 % des familles avec au moins un enfant mineur. Leur part a augmenté de plus d'un point par rapport à l'estimation de 2006.

⁶⁸⁹ INSEE, enquête Famille et logements 2011.

⁶⁹⁰ Pour l'INSEE, une famille monoparentale est une famille composée d'un adulte vivant sans conjoint et avec son ou ses enfants de moins de 25 ans.

⁶⁹¹ Réponse ministérielle du 18 août 2013 de la Garde des Sceaux sur les statistiques de la résidence alternée, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-26355QE.htm>.

§ 1. LES CONSÉQUENCES DE LA RECOMPOSITION FAMILIALE

443. Le terme de « famille recomposée », ne désigne pas un foyer de type particulier mais une constellation familiale. Il fixe la circulation des enfants entre les foyers paternels et maternels. La famille recomposée suppose la formation d'un couple en présence d'un enfant d'une précédente union. Elle peut aussi s'agrandir. Les enfants de ce deuxième couple naissent dans une famille recomposée. La famille n'est donc plus une structure immuable. Elle peut aussi n'être qu'une étape d'un cycle familial. Peuvent ainsi se succéder plusieurs modèles familiaux temporels.

A - CONSÉQUENCES SUR LE VOCABULAIRE

444. Dans la famille traditionnelle, le respect de l'institution familiale et la stabilité des statuts primaient sur la qualité des relations entre les conjoints et les sentiments.

La décomposition, la recomposition familiale et plus généralement l'évolution et l'éventuelle succession et extension des situations familiales ont fait apparaître une multitude de termes traduisant l'émergence de ces réalités nouvelles, mais aussi, et peut-être surtout, leur progressive reconnaissance sociale. Cette reconnaissance a commencé par la possibilité de nommer les choses. Une situation n'a plus seulement été comparée à un modèle familial « type » (le père et la mère mariés, vivant avec leurs enfants) mais a pu exister par elle-même en étant nommée et donc différenciée.

C'est ainsi que le couple n'est plus seulement un homme et une femme, quel que soit le cadre (ou l'absence de cadre) de l'union, mais un couple conjugal et/ou un couple parental. Cette distinction préfigure l'autonomisation du projet parental par rapport au projet conjugal.

445. Être parent n'est plus une évidence et ne désigne pas seulement les pères et mères biologiques d'un enfant. Il est désormais aussi question de pluriparenté⁶⁹² et de pluriparentalité. Cependant, cette terminologie n'a pas encore touché le monde du droit. Seuls les parents sont présents dans le code civil. La parentalité étend le champ des intervenants. Être parent n'est plus

⁶⁹² La pluriparenté est souvent évoquée en parallèle de l'homoparenté. Elle suppose qu'un enfant soit uni par un lien de filiation à plus de deux personnes dans le cadre d'un projet parental commun. Il s'agit là de créer plus de deux parents institués.

seulement un état mais correspond à une fonction et à une place affective, éducative et sociale à l'égard de l'enfant par rapport à l'enfant.

446. Dans certaines sociétés, la fonction parentale est partagée. En Afrique de l'ouest, par exemple, la parentalité, les différents rôles parentaux, sont exercés par plusieurs personnes. La parenté n'est pas uniquement biologique : elle est aussi sociale. En effet, on est parent parce qu'on partage le même espace social. Il s'agit d'une parenté de fréquentation.

L'usage des mots « frère » et « sœur » entre personnes qui n'ont souvent aucun lien biologique de parenté est très fréquent. Font partie de la même famille ceux qui partagent une caractéristique commune (même lignage, même génération, même sexe...). Chez les Wolof du Sénégal, « *le mot parent est désigné par mbokk, terme qui vient de bokk qui signifie « partager en commun, avoir en commun.* »⁶⁹³ L'expression *Noo Bokk* (littéralement « nous avons en commun ») signifie « nous sommes parents » ». C'est souvent la notion de génération qui structure les différentes formes de la parenté. On appellera ainsi « Papa » toutes les personnes qui ont l'âge du père, « Maman » toutes celles qui ont l'âge de la mère.

447. Les sociétés occidentales ont plutôt tendance à rechercher qui sont « les vrais parents » et à s'arrêter à la filiation juridiquement établie. Les changements de configurations familiales ont cependant amené à élargir les notions de parentalité. Les familles monoparentales ont été reconnues comme un type de famille parce que la relation entre une mère (le plus souvent) et son enfant se définissait par rapport à la fonction éducative du parent. Puis, l'apparition des familles recomposées, des familles adoptantes et des familles ayant recours à la procréation médicalement assistée avec donneur a imposé le concept de pluriparentalité qui désigne le partage entre plus de deux adultes de la responsabilité et de l'éducation d'un enfant.

Aujourd'hui, pour l'opinion publique, le « vrai » parent est celui qui élève l'enfant. C'est donc parfois le beau-parent, conjoint du parent mais aussi une tierce personne à qui il conviendrait de donner une place juridique dans l'univers de la parenté. La pluriparentalité évoque donc la possibilité d'une pluralité d'acteurs de la fonction de parents. Il s'agit de donner un rôle, de préférence complémentaire plutôt que substitutif, à un ensemble d'adultes liés à l'enfant.

⁶⁹³ Abdoulaye-Bara Diop « La famille wolof : tradition et changement », Editions Karthala, 1985, p.32.

448. La parentalité se fonde sur la compétence parentale sans considération d'une quelconque reconnaissance juridique. Est mis en avant non le lien biologique consacré par le lien juridique mais l'aptitude et la volonté, de fait, de celui qui remplit correctement un rôle de parent. La parentalité n'est donc, pas plus que la parenté (avec l'adoption et la PMA avec donneur), une notion réservée aux géniteurs. C'est aussi ce sur quoi insiste Madame Françoise Dekeuwer-Défossez qui distingue la parentalité de la parenté en insistant sur le caractère quotidien et réel de la parentalité : « *La famille ménagère, celle qui vit sous un même toit, a des fonctions de parentalité à l'égard des enfants qui y sont élevés, c'est-à-dire qu'elle leur donne les moyens, matériels, éducatifs et affectifs, de devenir des adultes. Cette fonction est accomplie quel que soit le statut juridique de ces enfants. Il ne faut pas la confondre avec la parenté, qui inscrit un enfant dans une lignée généalogique. La parentalité peut changer, être dévolue successivement ou même simultanément à plusieurs personnes. La parenté, elle, est beaucoup plus exclusive* »⁶⁹⁴.

B - CONSÉQUENCES SUR LA NOTION MÊME DE LIEN FAMILIAL

449. Le droit retient le critère de parenté pour déterminer les contours de la famille. Il définit donc la famille de manière restrictive comme les conjoints, les ascendants, descendants et collatéraux.

Le lien qui structure la famille recomposée n'a pas encore fait expressément l'objet d'une reconnaissance juridique. Ce lien, pourtant pleinement reconnu sur le plan sociologique, tarde à être consacré par le législateur. Pourtant une nouvelle famille est née. Elle s'ajoute à l'ancienne et coexiste avec la précédente.

L'explosion du nombre de divorces a placé le juriste devant une situation inédite. Il ne s'agissait plus de faire « comme si » le beau-parent était le parent mais il fallait laisser à chacun sa place unique de parent quitte à en prévoir une nouvelle pour les nouveaux arrivants.

A l'instar de la famille recomposée, le terme de « beau-parent » s'applique à des personnes liées juridiquement ou de manière factuelle à l'un des parents. En effet, sont appelés « beaux-parents » ceux qui partagent la vie d'un parent et ce, quelle que soit la nature de leurs liens (mariage, pacs, union libre). Sont ainsi

⁶⁹⁴ Dekeuwer-Défossez F., « La filiation en question », in F. Dekeuwer-Défossez et al., *Inventons la famille*. Paris, 2001, Bayard, p.18

désignés du même terme ceux qui partagent la vie de l'enfant et ceux qui ne résident qu'occasionnellement avec lui⁶⁹⁵.

450. La littérature foisonne d'affreux parâtres et marâtres. Les ouvrages sur le thème des recompositions familiales font traditionnellement référence à Cendrillon et à Blanche-neige en associant le beau-parent au malheur des enfants⁶⁹⁶.

Aujourd'hui, l'image inquiétante de celui qui prenait la place du parent défunt s'est transformée. La littérature d'enfance et de jeunesse présente désormais de manière positive la séparation des parents⁶⁹⁷. L'enfant est toujours rassuré sur la permanence de ses liens familiaux, et, le plus souvent, sa famille s'élargit par la naissance d'un nouvel enfant. L'enfant vit en alternance chez son père et sa mère mais « deux maisons valent mieux qu'une » et cette double résidence est présentée comme une chance et une éventuelle source de quiproquo. Cette présentation enfantine, reprise dans les médias (notamment dans la publicité), est révélatrice du fait que la société considère désormais la recomposition comme une nouvelle norme familiale.

451. Le phénomène de recomposition familiale ne touche pas que le couple et ses enfants. Elle concerne aussi les grands-parents. Ce sont parfois eux qui se sont séparés et qui en se remettant en couple entrent dans une nouvelle famille où il y a des « beaux-petits-enfants » déjà nés ou à naître.

Ils peuvent aussi entretenir des relations avec les beaux-enfants de leurs propres enfants avec lesquels ils n'ont, officiellement, aucun lien.

Ils entrent parfois en « concurrence » avec les grands-parents biologiques.

Rien n'est prévu par le législateur pour ces grands-parents « additionnels » qui se voient attribuer un rôle de composition que chacun joue à sa guise.

⁶⁹⁵. On notera que le beau-parent du code civil est un allié. Il est, en effet, le père ou la mère du conjoint marié. Le vocabulaire anglais dissocie l'allié du parent additionnel en retenant la *stepfamily* (*stepmother*, *stepfather*, *stepdaughter*) en référence au vieil anglais *steop* signifiant orphelin. La *stepfamily* est donc la famille additionnelle. A l'inverse, la *mother-in-law* et le *father-in-law* désignent les membres de la famille après alliance (père, mère, frères et sœurs de l'époux).

⁶⁹⁶ Sophie est également présentée comme une enfant martyre entre les mains de sa belle-mère Madame Fichini (*Les malheurs de Sophie- la Comtesse de Ségur*)

⁶⁹⁷ Notamment, Marie-Hélène Delval, *Les deux maisons de petit blaireau*, 2003, Bayardjeunesse ; Ophélie Texier, *Camille a deux familles*, 2004, Ecole des loisirs ; A. Rossi et S. Miramon, *Petite musique de nuit*, 2014, éd. Les lucioles ; Sophie Laroche, *L'envahi sœur*, 2013, Hachette ; Max de Radiguès, *Frangins*, 2011, Sarbacane ; S. Rigal-Goulard, *Au secours, mon frère est un ado*, 2013, Rageot éditeur ; Gisèle Pineau, *C'est la règle*, 2002, éd. Thierry Magnier ; Val et O.Neuray, *Les quasi* Tome 1, 2011, Glénat.

L'ajout de nouvelles figures au cercle de famille modifie l'ensemble du paysage familial. Pour les nouveaux arrivants, le droit ne leur conférant pas de statut particulier, seule la volonté individuelle va fixer la nature et la force du lien.

452. Cette situation marque bien le processus de désinstitutionalisation de la famille et confirme l'émergence d'un modèle de famille plus relationnel qu'institutionnel dans lequel la souplesse des relations compense ce que la complexité des liens de filiation pourrait avoir de contraignant.

Aujourd'hui, la recomposition familiale suppose la coexistence des familles et oblige à trouver une place à ces « satellites parentaux » additionnels. De cette place découlent des droits, devoirs et prérogatives qui devront à la fois respecter ceux de l'enfant mais aussi ceux du parent non gardien.

Ces nouveaux intervenants incitent à s'interroger sur la nature même du lien familial : les membres de la famille n'ont parfois aucun lien d'alliance, ni aucune filiation. Des enfants vivent ensemble alors qu'ils ne sont pas issus de la même fratrie biologique. Pourtant, il s'agit bien d'une famille même si cette famille a peu de liens familiaux juridiquement reconnus entre ses membres.

La famille recomposée existe à la suite de l'union de deux adultes dont l'un au moins a déjà un enfant. Elle montre bien que la famille est une structure sociale tissée de liens de sang, de droits et d'affection. L'intensité de ces liens délimite les personnes que rassemble la famille. On sait que le droit ne peut pas régler tous les rapports dans la famille. Cependant, il ne peut pas en être absent. Quand ces rapports sont paisibles, le droit est en réalité inutile, mais dès lors que les conflits apparaissent le droit doit intervenir : partage des biens, garde des enfants, etc.

453. Le droit n'ignore pas complètement cette nouvelle famille. Il autorise notamment l'adoption simple de l'enfant du conjoint. Cette forme d'adoption permet la juxtaposition des liens de sang et des liens adoptifs. C'est une nouvelle façon de construire la parenté et une nouvelle façon de considérer le lien de famille. La beau-parentalité peut ainsi coexister avec la parentalité d'origine.

Mais une reconnaissance légale générale de la famille recomposée s'impose aujourd'hui. Le beau-parent ne devrait pas être contraint d'emprunter la voie de l'adoption pour faire valoir ses fonctions de parent par rapport à l'enfant de son conjoint ou de son compagnon. Les faits le placent dans un rôle social de parent ; il est chargé de l'éducation quotidienne de l'enfant et doit sortir de cette zone de non-droit dans laquelle il essaie de jouer un rôle.

Pour cela, le législateur doit admettre le postulat selon lequel vivre en famille revient aussi à vivre sous le même toit. Le lien de famille peut alors revêtir un caractère ponctuel. Il pourrait aussi être permanent et définitif quand il s'appuie sur une fonction éducative dans le cadre d'une communauté de vie.

Le législateur doit préciser sa position quant à la place d'un ordre public familial dans ces nouvelles configurations familiales. Il ne s'agit pas d'adapter sans cesse le droit aux mœurs, mais de proposer un cadre juridique protecteur de la famille et de chacun de ses membres.

Tout ceci démontre que les notions de mariage et de famille doivent être repensées et que les réponses ne sont ni évidentes, ni simples, ni définitives. La société occidentale ne détient, en cette matière, comme peut-être dans beaucoup d'autres, ni la vérité absolue, ni la solution.

C - RECOMPOSITIONS FAMILIALES ET FRATRIES

454. Les recherches sur la famille en droit, en sociologie ou en psychanalyse ont privilégié les relations conjugales et les relations parentales comme objets d'étude. La fratrie a fait l'objet de peu d'attention. C'est depuis le développement du nombre de familles recomposées que certaines disciplines se sont penchées⁶⁹⁸ sur les liens qui s'établissent entre frères et sœurs et qui sont, à l'instar des liens parentaux et conjugaux, une des dimensions du lien social.

Les excès de la fratrie sont plus souvent abordés que ses bienfaits. Dans la Bible, la première fratrie est celle de Caïn et de sa sœur jumelle suivie quelques années plus tard par la naissance d'Abel et de sa sœur jumelle. Passons sur le fait que chacun d'entre eux a pris pour épouse sa sœur jumelle (il y avait, il est vrai, peu de choix) et retenons que la première fratrie a plutôt mal tourné. Le passage de Caïn sur terre se solde par un inceste, l'assassinat de son frère et une mort dans des conditions frisant le ridicule⁶⁹⁹.

La mythologie accorde aussi à la fratrie une place de choix en l'associant à la rivalité et à l'inceste. L'anthropologie, l'histoire ou la littérature s'arrêtent souvent sur les rapports aîné/cadet⁷⁰⁰ dans les rapports familiaux et sociaux.

⁶⁹⁸ Voir notamment O. Bourguignon, « La dimension fraternelle », *Le journal des psychologues*, 2000, n° 183 et T. Caplow, *Deux contre un. Les coalitions dans les triades*, éditions ESF, 1984.

⁶⁹⁹ Après son meurtre, Caïn fut affublé d'une corne sur le front. Son arrière-petit-fils, Lamec, au cours d'une partie de chasse, le prit pour un rhinocéros ou une licorne et le tua. L'«épisode» de Joseph vendu par ses frères est aussi un bel exemple biblique de fraternité !

⁷⁰⁰ La Bible évoque aussi cette relation dans les rapports entre Jacob et Esäu, ce dernier vendant son droit pour un plat de lentilles.

455. Le droit ne s'intéresse pas beaucoup plus à la fratrie préférant s'attarder sur le couple et sur le lien parents/enfant. Il n'existe pas de droit de la fratrie. La protection des liens fraternels au sein du Code Civil est d'ailleurs récente puisqu'elle date d'une loi du 30 décembre 1996⁷⁰¹.

Elle a été une nouvelle fois utilisée par la réforme sur le nom de famille⁷⁰². La fratrie fait l'objet d'une protection d'ensemble. Les droits ne sont pas fixés à l'intérieur de la fratrie mais ils bénéficient à tous ses membres.

La fratrie est placée « en concurrence » du droit individuel de chaque enfant. En effet, l'article 371-5 du Code civil précise que : « *L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs* ». Ce principe trouve à s'appliquer en cas de séparation des parents. En cas de fratries classiques, le principe de non séparation est de règle et les juges statuant sur la résidence des enfants statuent généralement pour toute la fratrie. En revanche, en cas de familles recomposées avec « demi-fratrie », les juges sont réticents à appliquer ce principe, sauf, éventuellement, en considération de l'intérêt de l'enfant, s'il y a vie commune préalable et ancienne entre les demi-frères et sœurs⁷⁰³. Ce texte n'a pas manqué de susciter de vives critiques⁷⁰⁴ car le législateur énonce un principe et y prévoit lui-même deux exceptions. Les raisons permettant de déroger à l'obligation de préserver les liens de la fratrie sont particulièrement larges et aboutissent à vider le principe de sa substance. Ces raisons sont d'ailleurs reprises par la

⁷⁰¹ La loi n°96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs a inscrit le maintien des liens au sein de la fratrie dans le droit civil. Auparavant, les frères et sœurs n'étaient évoqués que pour les périodes «de crise : l'opposition à mariage (C.civ., art. 174), l'organisation de mesures de protections (C.civ., art. 456) ou la mise en œuvre des mesures d'assistance éducative (C.civ., art. 375-3) ou encore dans la liste des empêchements au mariage et au pacs ou en leur qualité d'héritier.

⁷⁰² La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003.

⁷⁰³ Il a ainsi été jugé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de résider en alternance chez ses père et mère pour ne pas se trouver brusquement séparé de ses demi-frères ou sœurs – C.A., Paris, 7 mai 2003, 1ère espèce, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 144, note A. Gouttenoire ; *RTD Civ.*, 2003, p. 494, obs. J. Hauser.

⁷⁰⁴ Voir J. Massip, « La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs », *Def.* 1997, art. 36 616, p. 897-905 ; P. Murat, « La loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, ou comment resurgit la question des droits de l'enfant », *Droit Famille*, Mars 1997, p. 4-7 ; ou encore S. Charpentier, « Maintien des liens entre frères et sœurs : réflexions sur le nouvel article 371-5 du Code civil », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1998, p. 19-36.

jurisprudence ⁷⁰⁵ qui n'hésite pas, lorsqu'il y a concurrence, à faire passer l'intérêt individuel de l'enfant avant celui plus collectif (et familial) de la fratrie. La notion d'intérêt de l'enfant tend le plus souvent à se recouper avec l'idée d'un intérêt de la fratrie. En effet, lorsque l'on poursuit ce premier intérêt, on tend fréquemment à assurer le second.

456. L'existence de familles recomposées a d'abord eu une conséquence sur la définition même des fratries.

Pour le démographe, les fratries sont décrites du point de vue des parents : elles regroupent les enfants d'un couple ou les enfants d'une même personne, la mère le plus souvent.

La prise en compte des demi-frères et demi-sœurs, c'est-à-dire des enfants qui partagent un parent en commun, conduit à étendre la définition des fratries, puisque certains de ces enfants sont alors des « quasi-frères » ou « quasi-sœurs », soit des enfants sans lien de sang mais dont les parents forment un couple. Ils ne portent d'ailleurs pas le même nom, élément qui reste pour l'extérieur le signe d'appartenance à une même famille.

Les quasi-frères ou quasi-sœurs qui ne résident pas ensemble ne se considèrent pas forcément comme frères ou sœurs. En revanche, ceux qui vivent ensemble dès le plus jeune âge ont les mêmes liens affectifs que les frères et sœurs qui reposent essentiellement sur une enfance vécue ensemble. Cette fraternité affective n'est pas reconnue par le droit puisque les enfants n'ont pas le même sang et que l'alliance (ou l'union) des parents ne crée aucun lien de droit susceptible de s'appliquer à cette relation.

457. Il n'y a donc plus un lien unique entre la définition de la fratrie et un couple, voire un adulte. Du point de vue des enfants, la fratrie n'est pas un groupe aux contours figés, les enfants d'une fratrie n'ayant pas tous la même fratrie. Les enfants de chacun des conjoints doivent construire un lien nouveau qui n'entre pas dans le cadre d'une fratrie mais dans celui d'une cohabitation. L'enfant issu du nouveau couple aura une relation unique puisqu'il aura seul des

⁷⁰⁵ Cass., 2^{ème} Civ. le 19 novembre 1998, Note J. Massip Def. 1999, art. 36 998, p. 684-685, n° 33. Un père avait demandé à ce que son fils cadet rejoigne l'aîné à son domicile. Les magistrats, sans mentionner les relations entre les deux frères, ont estimé que, si l'aîné, presque majeur, était libre de choisir son lieu de résidence, le plus jeune avait encore besoin de la présence continue de sa mère. La résidence des frères et sœurs les plus jeunes ne saurait donc varier au gré des choix de leurs aînés.

« relations biologiques de famille » avec les autres enfants. A l'inverse de ses demi-frères et demi-sœurs, il n'aura pas de beaux-parents.

D - DU COUPLE CONJUGAL AU COUPLE PARENTAL

458. Il y a cinquante ans, la famille française était fondée sur une union stable, institutionnalisée et placée sous la protection et l'autorité exclusive de l'homme. Le mariage balisait la vie sociale et familiale. Désormais, le couple est de moins en moins institutionnalisé, ce qui signifie qu'il est devenu une affaire privée. Puisqu'il est volontaire et fondé sur les liens affectifs, il est potentiellement précaire. La fragilité du couple à laquelle s'ajoutent les recompositions familiales, les nouvelles techniques de procréation et l'homoparentalité ont entraîné, de fait, l'autonomisation de la conjugalité par rapport à la parentalité. Les obligations à l'intérieur du couple conjugal n'ont de valeur que si chacun veut bien s'y soumettre puisque la séparation est désormais possible et socialement acceptée. Puisque la stabilité ne vient plus du couple, s'est alors posée la question de la pérennité du lien parental pour que celui-ci ne soit plus soumis aux aléas du couple conjugal.

459. Cette stabilité du lien parent-enfant est devenue une véritable injonction pour chacun des parents de maintenir sa responsabilité à l'égard de l'enfant et de respecter celle de l'autre parent. Cette responsabilité est un impératif social qui fait du couple parental une limite de la privatisation de la famille.

La survie du couple parental peut aussi être considérée comme un frein à la recomposition familiale, les conjoints étant respectivement membre d'un couple parental avec leur ex-conjoint et membre d'un couple conjugal (et parfois aussi parental) avec le nouveau. Cette vision du couple parental éternel, paradigme moderne de la famille, n'est cependant pas sans faille.

Les séparations ne sont pas toujours (et même rarement) sereines et le maintien, même dans l'imaginaire collectif, d'une idée de couple est maladroit. Le lien de filiation et sa prérogative essentielle, l'autorité parentale, doit sans nul doute se poursuivre, au-delà, et sans considération de la séparation des parents. Il serait peut-être plus judicieux de revenir à un lien personnel entre chacun des parents et chacun des enfants et écarter la survie d'un couple qui n'existe plus.

« Si, au début du XXème siècle, le père était incontestablement nanti de tous les pouvoirs paternels et maritaux, sommet d'un triangle dont la femme et l'enfant constituaient la base, en 1970, les positions se modifient radicalement. Au

*sommet du triangle, il y a désormais l'enfant et son « intérêt », les deux bases étant constituées d'un côté par « le couple parental », de l'autre par ce tiers médiateur entre parents et enfant qu'est l'Etat et ses représentants, les spécialistes de la famille ».*⁷⁰⁶ De fait, aujourd'hui, c'est l'enfant qui semble constituer le pôle de stabilité familiale. Le lien conjugal des parents est indifférent au droit de l'enfant puisque l'enfant n'a, face à lui, que des parents (et non des époux) qui ont des liens mutuels au regard de l'autorité parentale. Et ces liens segmentaires reliés à un père et à une mère doivent survivre à ceux du couple.

460. Cette nouvelle structure familiale fondée sur le couple parental ne facilite pas la possibilité de faire une place juridiquement reconnue au nouveau conjoint d'un parent qui pourtant élève l'enfant de son conjoint, car les pouvoirs qui lui seraient conférés seraient autant de prérogatives ôtées à l'autre parent. Or, l'exercice de l'autorité parentale est indépendant du couple formé par les parents. Qu'ils soient ou non mariés, séparés ou unis, les parents ont en commun l'exercice de l'autorité parentale. Le législateur a ainsi clairement dissocié la qualité de conjoint ou de concubin de la qualité de parent.

Prévoir un statut pour le beau-parent reviendrait, après avoir détaché du couple formé par les parents l'exercice de l'autorité parentale sur leurs enfants, à suggérer une corrélation entre le nouveau couple et les prérogatives de l'autorité parentale à propos, cette fois, d'enfants qui ne sont pas issus du couple considéré.

Le couple parental, source immuable de l'autorité parentale, serait ainsi susceptible d'être fragilisé par un nouveau couple.

461. Relevons que l'expression « couple parental » est absente du code civil, la notion juridique de « parents » ne coïncidant pas avec un rôle parental social. Elle est cependant bien présente dans le vocabulaire des « professionnels de la famille » que sont les psychanalystes, les psychologues, les associations familiales et les sociologues qui participent activement à l'élaboration des projets de lois et aux débats parlementaires. Il ne semble pas que la notion de « groupe parental » qui aurait pu englober les parents et les beaux-parents ou autres tiers, ait été efficacement évoquée.

⁷⁰⁶ F. Hurstel, « Penser la paternité contemporaine », 2004, Revue La Pensée n° 327, p.50.

Le droit n'accueille donc pas automatiquement l'immixtion du beau-parent, même si ce dernier partage le quotidien de l'enfant et même s'il lui appartient de gérer au mieux la nouvelle cellule familiale dans l'intérêt de l'enfant.

Cette mise à l'écart du beau-parent par le droit s'explique en partie par la survie du couple parental en cas de désunion et l'impératif de coparentalité recherché par le législateur. Le droit a pour l'enfant « *la hantise de la concurrence* »⁷⁰⁷.

Cependant, il n'ignore pas complètement ce nouvel intervenant en « parsemant » les différentes branches du droit de dispositions qui tiennent compte de la situation de fait.

§ 2. LA PLACE DU BEAU-PARENT AUPRÈS DE L'ENFANT

462. Le législateur fait apparaître le beau-parent de façon optionnelle ou additionnelle à côté ou face à l'enfant.

Le nouveau conjoint joue un rôle parfois actif dans la prise en charge et l'éducation des enfants de l'autre. Pourtant, ces nouveaux conjoints, même s'ils s'engagent dans une relation significative avec ces enfants et assument à leur égard des responsabilités importantes et continues, n'ont aucun statut vis-à-vis de ceux-ci. Leur place est essentiellement envisagée sous l'angle patrimonial et leur fonction parentale trouve un aboutissement dans l'abattement fiscal octroyé par le Trésor public. Le droit pénal, quant à lui, n'évoque le beau-parent que pour rappeler qu'il pourrait être une menace pour l'enfant.

A - ASPECT PATRIMONIAL

463. La transmission patrimoniale dans les familles recomposées est prévue par la loi notamment au travers de la possibilité de montages (pactes tontiniers, constitutions de sociétés civiles immobilières). L'abrogation de l'article 1100 du code civil⁷⁰⁸ est aussi le signe de la volonté du législateur de reconnaître la place qu'entend donner le beau-parent aux enfants de son conjoint.

⁷⁰⁷ Agnès Fine, « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales contemporaines », in *La pluriparentalité*, 2001, sous la direction de D. Le Gall et Y. Bettahar, Paris, PUF, pp. 69 à 93

⁷⁰⁸ L'article 1100 du code civil établissait une présomption de donation par personne interposée en cas de donation faite par un époux aux enfants de son conjoint issus d'un autre mariage ou en cas de donation faite aux parents dont l'époux est l'héritier présomptif au jour de la donation. Ces donations par personne interposée sont interdites par l'article 1099 du code civil à peine de nullité absolue. L'abrogation de cet article permet aux beaux-parents de consentir des donations à leurs beaux enfants.

1. LES LIBÉRALITÉS

464. Le pacte de famille est maintenant accessible aux familles recomposées. Avant la loi du 23 juin 2006, chacun des époux pouvait faire une donation-partage au profit de ses enfants mais il ne pouvait pas y inclure les biens communs. Désormais « *en cas de donation-partage faite conjointement par les deux époux, l'enfant non commun peut être alloué au chef de son auteur en biens propres de celui-ci ou en biens communs sans que le conjoint puisse toutefois être co-donateur des biens communs* »⁷⁰⁹. Le conjoint du donateur n'intervient à l'acte que pour donner son consentement. On parle de donation conjonctive. Notons ici que ces dispositions ne concernent que les couples mariés sous un régime communautaire. Le fisc estime qu'en cas de donation de bien commun, seul le parent de l'enfant concerné a donné, mais pas l'autre conjoint même s'il détient la moitié du bien. Si le beau-parent réalise en direct une donation, celle-ci sera requalifiée par l'administration fiscale : les enfants qui ne sont pas communs peuvent recevoir des biens uniquement de la part de leurs propres parents⁷¹⁰.

2. FISCALITÉ ET ALLOCATIONS

465. L'article 196 du Code général des impôts considère que l'enfant de moins de 18 ans recueilli par le beau-parent est un enfant à charge. Quant au droit social, il prévoit clairement que la relation entre un enfant et son beau-parent (entretien, responsabilité affective et éducative sans lien de parenté) permet la perception des allocations familiales ou le bénéfice pour le bel-enfant de l'assurance maladie de son beau-parent⁷¹¹. Les documents administratifs usuels relatifs aux demandes de bourses prévoient parfois une case « beau-parent » en cas de remariage seulement.

B - BEAU-PARENTALITÉ ET ADOPTION

466. Peu de dispositions légales concernent les relations extrapatrimoniales de la famille recomposée. Par exemple, l'article 161 du code civil considère que le lien d'alliance avec l'un des parents empêche le mariage avec le beau-fils ou la

⁷⁰⁹ Article 1076-1 du code civil créé par la Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 23 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

⁷¹⁰ Cette subtilité a un impact direct sur les droits de succession à payer. Si des biens communs sont attribués à des enfants communs, ces derniers bénéficient d'un abattement maximum de 318 650 euros. En revanche, si des biens communs sont reçus par des enfants non communs, l'abattement est divisé par deux et n'est plus que de 159 325 euros.

⁷¹¹ Article L313-3-2° Code de la sécurité sociale

belle fille. En revanche, rien ne s'oppose au mariage du concubin ou du partenaire d'une femme avec sa belle-fille puisqu'il n'y a pas de lien d'alliance. L'essentiel des dispositions extrapatrimoniales liées aux recompositions familiales concernent l'adoption.

467. L'adoption qui présente par ailleurs des avantages fiscaux indiscutables n'est pas fréquemment réalisée. Elle crée, comme la filiation biologique, un lien de filiation qui survit à la rupture du couple.

Les articles 343-1 et 342-2 du code civil prévoient la présence du beau-parent en matière d'adoption. Le plus souvent, surtout depuis que les familles se recomposent après un divorce, l'adoption de l'enfant du conjoint est dite simple. Elle crée donc un lien entre l'enfant et l'adoptant qui s'ajoute, sans le détruire, au lien de filiation existant entre l'enfant et son parent biologique.

L'enfant adopté entre dans la famille de l'adoptant mais n'est pas réservataire à l'égard de ses grands-parents adoptifs. Fiscalement, l'adopté bénéficie alors des abattements et du barème prévu pour les transmissions en ligne directe.

Rappelons ici que l'article 365 du code civil précise que « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité* » et ne tient donc pas compte des nouvelles conjugalités. Cet article a pourtant été modifié (en 2002) après la mise en place du pacs. Monsieur Guillaume Kessler⁷¹² a proposé de modifier cet article pour étendre au concubin du père ou de la mère l'autorité parentale dans le cas de l'adoption simple de l'enfant du partenaire et ce, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple. Cette modification aurait au moins le mérite d'uniformiser le partage de l'autorité parentale, pour le mariage, le pacs ou le concubinage.

468. Lorsque l'adoption est impossible ou inadaptée à la situation, le nouveau conjoint ne peut pas se voir reconnaître le statut de « coparent » qui pourrait notamment se traduire par l'autorisation d'exercer certains droits découlant de l'autorité parentale, par l'obligation de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant, voire par la possibilité d'obtenir des droits de garde ou de visite en cas

⁷¹² Guillaume Kessler, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », Dr. Fam. 2005, comm.16, notamment p. 15.

de séparation du couple. Ce nouveau lien devrait cependant être bien balisé par la loi pour éviter, en cas de séparation justement, que l'enfant ne se retrouve « écartelé » entre un grand nombre de personnes qui réclameraient sa garde. Il ne faut pas que des recompositions familiales en série puissent peser sur l'enfant.

La Cour de cassation a été sensible à cet argument numérique dans son arrêt du 12 janvier 2011⁷¹³ pour refuser à une belle-mère la possibilité d'adopter le fils de son conjoint. Les parents de ce garçon avaient divorcé alors qu'il était encore jeune et il avait fait l'objet d'une adoption simple par le nouveau conjoint de sa mère en 2002. Cinq ans plus tard, la nouvelle épouse de son père avait également souhaité l'adopter.

La Cour d'appel avait fait droit à cette demande en déclarant l'article 346 du code civil, en vertu duquel, nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux, non conforme aux articles 8 et 14 Convention européenne des droits de l'homme «*dès lors qu'il s'agissait d'officialiser et de conforter juridiquement une situation familiale et des liens affectifs anciens et bien établis*». Refuser une deuxième adoption «*aboutirait à une discrimination entre les deux « beaux-parents »*». Cette décision a été censurée par la première Chambre civile de la Cour de cassation au visa de l'art. 346 code civil qui a jugé ce texte conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, en précisant que "*le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis*".

469. L'adoption par le conjoint, la conjointe en l'occurrence, de la mère a été validée par la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 27 janvier 2011⁷¹⁴. La Cour d'Appel a, en effet, donné l'exéquatur d'un jugement d'adoption prononcé aux Etats-Unis au bénéfice de la mère sociale sur les enfants de la mère biologique. Ce faisant, elle reconnaissait dès 2011, l'établissement d'une filiation à l'égard de deux parents de même sexe.

⁷¹³ Cass, 1^{ère} Civ, 12 janvier 2011- n° 09-16527, F. Chenedé, « Adoption sur adoption ne vaut : un beau-parent, mais pas deux », AJ Famille 2011, p.100 ; J. Hauser, « un enfant en multipropriété ? », RTD civ., 2011, p.337.

⁷¹⁴ C.A., Paris, 27 janvier 2011, RG n°10/02614.

Cette décision s'inscrit dans la continuité de celle prise par la Cour de cassation le 8 juillet 2010⁷¹⁵ qui avait considéré que « *la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère (américaine) et l'adoptante (française) de l'enfant* » ne heurtait pas « *des principes essentiels du droit français* ». Le refus d'exequatur n'était dès lors pas justifiable. Cette décision n'était pas contraire à l'ordre public international français puisque la mère d'origine restait investie de ses droits d'autorité parentale.

470. La loi ouvrant le mariage entre personnes de même sexe a permis de résoudre le problème de l'adoption par les couples homosexuels. Ils peuvent désormais adopter l'enfant de leur conjoint. En revanche, la « discrimination » entre les couples mariés et les couples non mariés face à l'adoption n'a pas encore disparu⁷¹⁶.

En France, l'adoption de l'enfant de son conjoint dans les couples de femmes n'a pas été une évidence pour tous. En effet, le Tribunal de grande instance de Versailles⁷¹⁷ avait ainsi refusé d'accéder à la demande d'adoption plénière de l'épouse de la mère d'un enfant conçu en Belgique par procréation médicalement assistée, méthode réservée en France aux couples hétérosexuels. En l'espèce, l'enfant avait été conçu par PMA en Belgique. Les juges ont considéré que « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci* ». Si la fraude venait de la conception, n'aurait-il pas été plus cohérent de contester la maternité et de défaire le lien de filiation qui unissait l'enfant à celle qui l'avait frauduleusement conçu ? Outre le fait, que cela aurait conduit à décider que tous les enfants ainsi conçus étaient « orphelins de naissance », il aurait fallu pouvoir exiger de connaître, voire de vérifier, avec un minimum de précisions les conditions de conception des enfants ce qui relève encore et c'est heureux, de l'intimité de la vie privée. Du reste, cela aurait conduit à sanctionner les plus honnêtes puisqu'il aurait suffi aux mères de prétendre que l'enfant était né d'une relation hétérosexuelle.

⁷¹⁵ Cass. , civ.1^{ère} , 8 juillet 2010, n°08-21 740, Dalloz actualité, 13 juillet 2010, obs. Gallmeister, RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser.

⁷¹⁶ Actuellement, l'adoption des beaux-enfants par des partenaires enregistrés homosexuels, ainsi que l'adoption conjointe, est autorisée en Belgique, au Danemark, en Islande, en Hollande, en Norvège, en Espagne, en Suède et en Grande-Bretagne. L'adoption des enfants du partenaire est possible en Finlande et en Allemagne.

⁷¹⁷ TGI, Versailles, 29 avril 2014, déjà cité.

« Surtout, le fait d'invoquer la fraude pour refuser d'établir des liens de filiation adoptifs ou pour détruire des liens de filiation biologique suppose que l'on raisonne comme si la filiation était la « chose » des parents. Or la filiation est avant tout un élément de l'identité de l'enfant. Et l'enfant est étranger à la « fraude » »⁷¹⁸. Si les conditions de l'adoption de l'enfant sont remplies, il était de l'intérêt de l'enfant qu'elle soit prononcée.

471. D'autres juridictions ont validé la demande d'adoption d'enfants nés dans les mêmes circonstances⁷¹⁹. « Au total, 281 décisions ont prononcé l'adoption sollicitée (254 en la forme plénière et 27 en la forme simple). Neuf décisions refusant le prononcé de l'adoption sont comptabilisées. »⁷²⁰. Pour mettre fin à l'insécurité juridique des familles homoparentales, la Cour de cassation a précisé dans deux avis⁷²¹ consultatifs (à la demande des Tribunaux d'Avignon et de Poitiers) du 22 septembre 2014⁷²² que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Dans la mesure où, en France, cette pratique médicale est autorisée, certes sous conditions, la Cour estime que le fait d'y avoir recours à l'étranger « ne heurte aucun principe essentiel du droit français ».

La cour d'appel de Limoges⁷²³ s'est expressément référée à ces avis pour confirmer l'adoption plénière de deux enfants par l'épouse de leur mère. Les conditions de la conception des enfants n'ont pas été recherchées mais la cour a estimé qu'il était « du devoir de la juridiction de s'assurer une seule filiation ici maternelle étant établie que le prononcé de l'adoption plénière ne fera pas

⁷¹⁸ H. Fulchiron, « Fraus omnia corrumpit » D. 2014, 1162.

⁷¹⁹ TGI, Lille, 17 octobre 2013 ; JurisData n°2013-027517 ; Dr.Fam. 2014. Comm 4, obs. Neirinck. La presse s'est ensuite fait l'écho de jugements rendus par le TGI de Clermont-Ferrand le 15 mai 2014 (« PMA : une femme autorisée à adopter les enfants de son épouse », La montagne, 20 mai 2014) ou le TGI de Marseille en juin 2014 (« Le TGI de Marseille valide l'adoption d'un enfant conçu par PMA pour un couple de femmes », Le figaro, 11 juin 2014).

⁷²⁰ Rapport établi pour avis de la cour de cassation n° 1470006. A consulter sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport1470006_ANO.pdf.

⁷²¹ Les avis de la Cour de cassation sont, certes, non contraignants mais l'autorité qui y est attachée leur confère une portée que les tribunaux ne peuvent ignorer.

⁷²² Avis n°15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014, consultables sur le site Internet de la Cour de cassation ; D. 2014,1876, obs. A. Dionisi-Peyrusse et 2031 note A.-M. Leroyer ; Dr. Fam. 2014, comm.160, note Cl. Neirinck ; RTD Civ. 2014, 872, obs. J. Hauser.

⁷²³ C.A. Limoges, ch. civ., 2 mars 2015, n° 14/01060 : JurisData n° 2015-004094.

obstacle aux effets de l'autre filiation ici paternelle si celle-ci venait à être établie ». Considérant « l'ancienneté des naissances intervenues en 2002 et 2005, l'ancienneté de la vie commune de la mère et de sa compagne puis épouse, comme le contenu de l'ensemble des attestations produites rendent peu vraisemblable, à supposer non conforme à la réalité la conception prétendue par donneur anonyme, l'établissement tardif d'une filiation paternelle qui se trouverait privée d'effet du fait du prononcé de l'adoption plénière. Pour le surplus, il résulte des attestations que la requérante participe depuis les naissances à l'éducation et l'entretien des enfants, au même titre que la mère et que la mère, son épouse et les enfants sont considérées par l'ensemble de leurs proches comme une famille unie ».

Le maintien de l'interdiction de recourir à la procréation médicalement assistée par un couple de femmes n'a plus tellement de sens.

C - LE BEAU-PARENT HORS DES FRONTIÈRES

472. Le législateur français n'a pas encore « vraiment repensé » la famille en considération de l'évolution des nouvelles compositions familiales. Actuellement, ne sont reconnues que la filiation biologique ou la filiation adoptive qui permettent aux parents de se comporter comme les « propriétaires exclusifs » de leurs enfants, y compris quand ceux-ci ne vivent même pas sous leur toit. C'est aussi le cas de la Belgique⁷²⁴, de l'Espagne (sauf en Aragon où le beau-parent devient titulaire de l'autorité familiale dès lors qu'il assume spontanément les charges liées à l'éducation de l'enfant de son conjoint) et de l'Italie qui n'accordent aucune place au beau-parent, à la différence de la France qui dispose quand même d'outils juridiques au sein du code civil⁷²⁵.

Au contraire, d'autres pays s'ouvrent au partage éducatif⁷²⁶. Ainsi, en Angleterre, au Danemark et aux Pays-Bas, les beaux-parents ont un statut qui délimite leur fonction et leur donne une existence sociale. Ils bénéficient de

⁷²⁴ En Belgique, les beaux-parents n'ont pas de statut. Ce sont des tiers sans existence légale, sans reconnaissance sociale. Ils n'ont ni droits ni devoirs. Comme les grands-parents, ils peuvent bénéficier de l'article 375bis du Code civil qui permet un droit de visite à des tiers éducateurs qui ne sont donc pas les parents biologiques de l'enfant, mais ce droit permet tout juste à un beau-parent d'avoir un contact téléphonique de temps en temps. Lire M. Beague, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? », JDJ n°268, octobre 2007, p 7.

⁷²⁵ La « délégation volontaire totale ou partielle » de l'autorité parentale et la « délégation-partage » donnent des droits (mais pas de statut) et des devoirs aux beaux-parents et aux tiers s'ils en formulent la demande auprès du juge aux affaires familiales.

⁷²⁶ Etude de législations comparée n° 196 d'avril 2009 « Le statut du beau-parent », consultable sur le site Internet du Sénat.

droits et de devoirs légaux (qui ne retirent rien aux parents naturels) vis-à-vis de l'enfant dont ils s'occupent quotidiennement.

La place et le statut du beau-parent ne fait pas l'unanimité en Europe.

Le Sénat a publié une étude de législation comparée sur le statut du beau-parent en Europe. A sa lecture, apparaissent de grandes disparités entre les pays où la reconnaissance des tiers est en vigueur (6 États sur les 9 étudiés).

«*La reconnaissance se fait à des degrés divers et dans des conditions variables*» souligne le rapport.

1. L'ANGLETERRE

473. La loi anglaise accorde au beau-parent l'exercice de l'autorité parentale quelles que soient la reconstitution familiale (partenariat enregistré ou mariage) et l'orientation sexuelle du couple.

Deux possibilités s'offrent au beau-parent et aucune d'entre elles n'est automatique.

Depuis 1991, il peut demander devant un tribunal à ce que la résidence d'un enfant soit fixée chez lui. S'il obtient satisfaction, il disposera de l'autorité parentale sur l'enfant⁷²⁷. Cette disposition peut bénéficier à tous les tiers donc notamment au conjoint d'un des parents.

Depuis 2005, une disposition spécifique permet au beau-parent d'acquérir l'autorité parentale sur l'enfant de son conjoint ou de la personne du même sexe à laquelle il est lié par un partenariat enregistré. Le beau-parent doit pour cela conclure un accord avec les personnes détentrices de l'autorité parentale ou même saisir directement le juge de sa requête. Le juge peut alors lui accorder l'autorité parentale au même titre qu'un parent biologique. S'il obtient l'autorité parentale, il la partage avec les autres codétenteurs.

2. L'ALLEMAGNE, LES PAYS-BAS ET LE DANEMARK

474. Les législations de ces pays n'autorisent le partage de l'autorité parentale que si le parent de l'enfant détient, seul, cette autorité⁷²⁸.

La priorité est ainsi donnée à la filiation biologique avec laquelle un beau-parent ne peut pas venir en concurrence.

⁷²⁷ S. M. Cretney, « Les familles recomposées en droit anglais », dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, LGDJ, 1995, p 151.

⁷²⁸ P. Koerfer, « Législation et pratiques européennes », *Le Journal des psychologues* 9/ 2011 (n° 292), p. 30-34.

Le partage de l'autorité parentale avec un beau-parent est à nuancer en fonction du pays. Ainsi au Danemark, les parents biologiques peuvent, ensemble, transférer l'autorité parentale au couple composé de celui qui exerce l'autorité parentale et son conjoint (ou compagnon) mais cette faculté ne s'étend pas aux couples homosexuels.

En Allemagne, le conjoint du parent biologique – ou le compagnon de même sexe lié au parent biologique par un partenariat enregistré – dispose automatiquement d'une forme limitée d'autorité parentale qui lui permet de prendre les décisions nécessaires dans la vie quotidienne de l'enfant⁷²⁹.

Parmi ces trois pays, la législation néerlandaise est la plus favorable aux beaux-parents. Les Pays-Bas⁷³⁰ ont adapté leur Code civil aux nouvelles configurations familiales en créant, en 1998, un nouveau concept juridique pour désigner l'autorité conjointe au sein d'une recomposition. Il s'agit de «l'autorité commune», strictement équivalente à l'autorité parentale qui est exercée par l'un des parents et par la personne avec laquelle ce parent élève l'enfant⁷³¹.

Depuis le 1^{er} janvier 2002, elle est accordée automatiquement au beau-parent engagé dans un partenariat enregistré lorsque l'enfant est né pendant le mariage ou le partenariat et quand la filiation est établie à l'égard d'un seul parent.

3. LA SUISSE

475. En Suisse⁷³², le beau-parent est considéré comme un auxiliaire du parent biologique. Il n'a ni droit ni devoir direct envers l'enfant. Toutefois le Code civil suisse l'oblige à « *assister son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale* ».

⁷²⁹ Loi entrée en vigueur le 1er août 2001. Lire F. Granet, « La législation allemande relative aux soins parentaux », consultable sur : <http://www.cdpc.u-strasbg.fr/APallmgn.htm>.

⁷³⁰ Virginie De Potter, *L'enfant dans la famille recomposée*, éd. Bruxelles :Fondation du roi Baudoin, 2008.

⁷³¹ Le droit néerlandais considère que le partage des responsabilités parentales est une « alternative adéquate à l'adoption » quand celle-ci n'est pas nécessaire, puisque l'enfant est pris en charge par le conjoint ou le partenaire du parent avec qui il vit, ou lorsqu'elle se révèle impossible. Il est autorisé depuis le 1^{er} janvier 1998. Une loi du 21 décembre 2001 a accordé au conjoint ou partenaire, de même sexe que le parent, la possibilité d'adopter l'enfant de celui-ci si l'adoptant et le parent ont pris en charge l'enfant pendant au moins un an et que ce dernier n'a rien à attendre de son autre parent. Le droit néerlandais a ainsi reconnu aux couples de même sexe qui élèvent l'enfant de l'un d'entre eux la possibilité de partager l'autorité commune, puis celle d'adopter l'enfant à la condition que le parent membre du foyer exerçait seul l'autorité parentale. Lire H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G.*, 2001, Act., p. 1033.

⁷³² M. Doucet, « Vers un nouveau statut parental », *AJ Famille*, novembre 2012, 543.

La loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe a étendu cette disposition aux couples homosexuels liés par un partenariat enregistré.

4. LA SUÈDE

476. Dans une famille hétérosexuelle, le code de la famille suédois pose le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents, même s'ils sont séparés. En cas de reconstitution familiale hétérosexuelle ou homosexuelle, le beau-parent ne peut pas participer à l'exercice de cette autorité sur l'enfant de son conjoint.

En revanche, la loi suédoise reconnaît le statut des tiers dans le cas des enfants nés au sein de couples homosexuels⁷³³. Les deux membres du couple partagent automatiquement l'autorité parentale s'ils sont liés par un partenariat enregistré.

D - LA PLACE DU BEAU-PARENT : DES OCCASIONS MANQUÉES

477. Aujourd'hui, la législation ne prévoit pas de statut pour le beau-parent. Ce statut, promesse de la dernière campagne présidentielle, a fait l'objet de nombreux rapports qui nous enseignent qu'à l'évidence, le visage de la famille française s'est modifié et qu'il ne ressemble plus à celui de la famille de 1804.

1. UN PREMIER ÉCHEC

478. Les beaux-parents ont fait l'objet de l'avant-projet de loi proposé par Madame Nadine Morano⁷³⁴, à l'époque Secrétaire d'Etat chargée de la famille et à la solidarité. Une mission « sur la modernisation de la législation sur l'autorité parentale et le droit des tiers » a également été confiée à M. Léonetti qui ne partageait pas les idées de Madame Morano, comme le montre le rapport qu'il a rédigé⁷³⁵.

⁷³³ Ibidem

⁷³⁴ Avant-projet « Autorité parentale et droits des tiers » consultable sur ce site : <http://www.france.qrd.org>.

⁷³⁵ J. Léonetti, « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers », octobre 2009, documentation française ; Le rapport du défenseur des enfants, D. Versini, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant, » In Rapport annuel pour 2006, la documentation française, 2006 ; F. Dekeuwer-Défossez « Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », la documentation française, janvier 1999 ; I. Théry, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », la documentation française, 1998 .

L'avant-projet de loi allégeait le dispositif qui permet de partager l'autorité parentale, par voie de convention homologuée par le juge aux affaires familiales. Il était convenu que l'enfant devait avoir le droit d'entretenir des relations durables avec un tiers, le tiers en question pouvant être un beau-père, une belle-mère, des grands-parents ou un « homoparent ». Il donnait une base légale et une reconnaissance sociale à celui ou à celle qui souhaitait s'investir dans la vie quotidienne de l'enfant.

Pour certains députés, il ne servait qu'à préparer le terrain à la reconnaissance de l'homoparentalité parce qu'il définissait le parent en dehors des liens biologiques. L'engendrement de l'enfant n'était plus le fondement unique et suffisant pour accorder les prérogatives de l'autorité parentale. Pour d'autres, le texte n'allait pas assez loin et ne contenait aucune des avancées sensibles auxquelles étaient attachées les associations qui voulaient voir reconnu un statut de « second parent ».

Trop d'un côté, trop peu de l'autre, l'examen du projet a été remis sine die.

Les critiques évoquées n'étaient pas sans fondement puisque le projet n'apportait pas de grands changements. Aucun statut n'était reconnu au beau-parent. Il contenait une modification de procédure : le partage de l'autorité parentale se fait aujourd'hui par le dépôt d'une requête devant le Juge aux affaires familiales, qui vérifie le consentement des parties et s'assure que la demande est faite dans l'intérêt de l'enfant. Le projet prévoyait que ce partage se ferait par le dépôt devant le même juge d'une convention conclue entre les parties que le juge pourrait homologuer si le consentement des parties était éclairé et la convention établie dans l'intérêt de l'enfant.

On peut se demander s'il est indispensable de prévoir le passage devant un juge aux affaires familiales pour que la fonction de tiers soit reconnue. Ne pourrait-on pas plutôt instaurer un principe qui affirmerait que celui qui vit avec l'enfant exerce le droit lié aux actes usuels de la vie quotidienne de l'enfant ? Cette simple faculté a été écartée par la commission Léonetti qui a renoncé à établir une liste des actes usuels. La nouvelle organisation familiale suppose de plus en plus l'intervention de tiers. C'est au système juridique de prévoir des mécanismes pour pallier les inconvénients qu'engendrent ces nouvelles compositions familiales non seulement en cas de séparation du couple mais aussi durant la vie du couple.

479. Quelle serait la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme si un beau-parent, se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, attaquait l'Etat français aux motifs que sa vie familiale subit une atteinte illégitime du fait de son inexistence juridique ?

La Cour européenne des Droits de l'Homme considère que l'existence ou l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait qui dépend de l'existence de liens personnels étroits⁷³⁶.

La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais concerne d'autres liens « familiaux » de facto, notamment quand les personnes cohabitent ou quand elles s'occupent ensemble de l'éducation d'un enfant, et plus généralement s'ils font preuve d'un engagement réciproque⁷³⁷.

Cette reconnaissance ne signifie pas pour autant qu'il puisse y avoir ingérence illégitime dans le droit au respect de la vie familiale recomposée⁷³⁸.

2. UNE NOUVELLE OCCASION ENCORE REPORTÉE

480. La Ministre de la famille, Madame Bertinotti, alors Ministre de la famille, avait reçu mission d'élaborer un projet de loi sur la famille. Dans ce cadre, elle a demandé à Madame Théry de présider un groupe de travail chargé de rédiger un rapport concernant la filiation, les origines et la parentalité. Finalement, et sur l'insistance de ses rédacteurs, le rapport n'a été rendu public qu'en avril 2014 soit plus d'un mois après sa remise au Ministre.

Ce décalage montre bien le peu de volonté dont fait preuve le gouvernement de changer le droit de la famille. Le projet de loi en question a été reporté à « au moins 2015 ».

Le rapport⁷³⁹ préconise, outre l'ouverture de la PMA aux couples de femmes, l'accès aux origines et une réflexion prospective sur la filiation, d'adapter le droit aux nouveaux modèles familiaux (familles séparées, recomposées ...), en reconnaissant la place de tiers dans l'éducation des enfants.

Il fait sur le sujet une série de propositions, comme la création d'un «*mandat d'éducation quotidienne*», pour traduire l'autorisation donnée par un parent à un

⁷³⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx C. Belgique*, précité.

⁷³⁷ CEDH 7 avr. 1994, n 18535/91, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, précité; CEDH, 22 avril. 1997, *X.Y.Z. c/ Royaume-Uni*, précité.

⁷³⁸ CEDH, 13 décembre 2007, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03. En l'espèce, la Cour européenne a constaté que la rupture du lien de filiation entre la mère et sa fille, consécutive à l'adoption de celle-ci par le concubin de sa mère, constituait une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie familiale des requérants et, par là même, une violation de l'art. 8 CEDH.

⁷³⁹ I. Théry et A.-M. Leroyer, *op.cit.*

beau-parent d'accomplir les actes usuels⁷⁴⁰. Il met en garde contre deux écueils : « le premier serait de créer un statut impératif qui s'imposerait à tous, car les familles sont dans des situations très diverses et la souplesse doit être de mise. Le second serait de créer des situations de conflits entre beaux-parents et parents en donnant aux uns des droits qui s'opposeraient à ceux des autres »⁷⁴¹. Il précise aussi qu' « il convient de ne pas parler de « statut », qui figerait le cadre proposé, ni de « droits des beaux-parents », car il s'agit de responsabilité librement assumées. L'expression de « place familiale des beaux-parents » est donc préférée et choisie à dessein. [...] Il ne faut pas confondre les rôles, les places et les statuts : le beau-parent peut remplir une fonction d'éducation et de prise en charge (un rôle « parental »), sans revendiquer juridiquement un statut de parent »⁷⁴².

Depuis la « commande » de ce rapport en octobre 2013, des manifestations anti-projet de loi « préventives » ont eu lieu, des élections ont exprimé un mécontentement général, la ministre de la famille a quitté le gouvernement et le projet de loi a été abandonné. Espérons qu'il pourra néanmoins constituer une base de travail pour les parlementaires qui devront bien un jour ou l'autre adapter le droit aux familles d'aujourd'hui.

Pour l'instant, le législateur s'est montré particulièrement soucieux de la « coparentalité » qui instaure le maintien de l'autorité parentale conjointe entre les deux parents, même séparés, et l'effectivité de ce partage d'autorité entre eux.

Il est difficile de trouver une place au beau-parent, sans faire de l'ombre au parent qui ne vit pas en permanence avec l'enfant et qui pourrait ne pas accepter la présence instituée d'un tiers auprès de son enfant.

Section 5. L'AUTORITÉ PARENTALE AU CŒUR DE LA RELATION PARENT/ENFANT

481. Jusqu'à la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, le code Napoléon interdisait à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père. La puissance paternelle était la base de la famille. Déjà, pendant l'Antiquité un père romain avait droit de vie et de mort sur ses enfants. Sous l'Ancien Régime, un père avait le droit de faire incarcérer son fils dans une prison publique pour peu que celui-ci soit récalcitrant à l'autorité paternelle. Le Tribunal n'avait même pas à se prononcer. Il suffisait au père de payer la

⁷⁴⁰ Le mandat pourrait être passé sous seing privé ou par acte authentique devant notaire

⁷⁴¹ *Ibid.* p.323

⁷⁴² *Ibid.* p. 324

pension⁷⁴³. Les lettres de cachet, demandées au roi par la famille des délinquants, ont également permis d'enfermer les enfants majeurs ou mineurs qui provoquaient des troubles plus importants. Le marquis de Sade, Mirabeau et leur famille, ont ainsi pu éviter un procès public en passant quelques années à l'ombre des prisons royales. Poussés par un vent de liberté, les révolutionnaires de 1789 tenteront de réduire la tyrannie des pères.

482. Une loi du 28 août 1792 limite la puissance paternelle à la minorité de l'enfant. Les lois révolutionnaires adoucissent la puissance paternelle notamment en encadrant le droit de correction et en réduisant la possibilité de déshériter ses enfants. Le 9 août 1793, Cambacérès⁷⁴⁴, dans son 1^{er} projet de Code civil à la Convention, déclarera "*Surveillance et protection, voilà le droit des parents. Nourrir et élever, établir leurs enfants, voilà leur devoir*". Cette vision des choses bienveillante ne sera pas celle retenue par les rédacteurs du Code.

La puissance paternelle est l'intitulé du titre IX du livre 1^{er} du code civil de 1804. Le 1^{er} article de ce titre, l'article 371, rappelle d'ailleurs que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* » est resté inchangé. Durant le mariage, le père exerce seul cette autorité et prend les moyens de correction sans même avoir besoin de l'avis de la mère qui ne retrouve l'autorité sur ses enfants qu'une fois devenue veuve et encore, assistée d'un subrogé-tuteur.

Il faudra attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour voir apparaître une nouvelle approche des relations parents/enfant : la loi décide, non plus d'asseoir une puissance qui s'est révélée souvent abusive, mais de protéger l'enfant⁷⁴⁵. Durant tout le XIX^{ème} siècle se profile la notion d'intérêt de l'enfant. La situation juridique de l'enfant évolue peu mais la société évolue beaucoup. L'autorité du père n'est pas supprimée mais elle s'accompagne d'une fonction éducative pour laquelle le père est aidé par l'école.

483. La loi du 4 juin 1970 substitua l'autorité parentale à la puissance paternelle. Il ne s'agit pas que d'un changement de vocabulaire mais d'un véritable changement d'esprit. La puissance paternelle plaçait les rapports familiaux sous le signe du pouvoir d'un homme sur ses enfants. L'autorité parentale concrétise l'égalité entre le père et la mère et confère aux parents un

⁷⁴³ Pour les filles, le couvent avait souvent la préférence paternelle.

⁷⁴⁴ Il a élaboré trois projets de Code civil dits « Projets-Cambacérès ». Le premier projet est présenté le 9 août 1793, un deuxième le 9 septembre 1794 et enfin un dernier en juin 1796.

⁷⁴⁵ Une loi de 1898, augmente la peine prévue pour coups et blessures sur les mineurs quand ils viennent d'un ascendant.

rôle, voire un devoir éducatif destiné à satisfaire l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale est un service, un devoir que les parents doivent rendre. En aucun cas, elle ne signifie une domination.

Au cours des trente dernières années, d'autres réformes ont consolidé l'égalité des parents à travers la notion de coparentalité ou d'autorité conjointe. Ainsi la loi du 23 décembre 1985 consacre l'égalité des parents dans la gestion des biens de l'enfant mineur en disposant que « *l'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge soit par le père, soit par la mère* ». La loi du 22 juillet 1987 confirme aussi l'égalité des parents face à l'autorité parentale qu'ils soient unis ou séparés. Citons également la loi du 8 janvier 1993 qui détache l'autorité parentale de la résidence de l'enfant et affirme l'exercice en commun de cette autorité. L'autorité parentale conjointe devient le principe tant dans les familles légitimes unies ou séparées que dans les familles naturelles.

Parallèlement à cette évolution législative française, la Déclaration universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 et, plus encore, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁷⁴⁶ considèrent que la protection de l'enfant n'est plus seulement l'affaire des parents. L'autorité publique est en effet appelée à y jouer un rôle de plus en plus important notamment en matière de santé et d'instruction.

484. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a pris en compte l'évolution du rôle des parents et a introduit une nouvelle définition de l'autorité parentale dans l'article 371-1 du code civil : « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

Cet intérêt de l'enfant se décline sur deux aspects :

- un aspect statique qui vise la protection de la santé de la moralité et de la sécurité de l'enfant
- l'aspect plus dynamique qui assure l'éducation et le développement de l'enfant c'est-à-dire l'accompagnement vers l'âge adulte et responsable.

§ 1. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT : UN CONTENU SANS CONTOURS

485. L'ensemble des prérogatives parentales doit être exercé conformément à l'intérêt de l'enfant même si celui-ci est contraire à celui des parents.

⁷⁴⁶ Convention signée par la France le 26 janvier 1990 et ratifiée le 2 juillet 1990.

L'intérêt de l'enfant est devenu un droit fondamental qui doit guider les parents, les juges et plus généralement toute personne ou institution à laquelle sont confiés des enfants.

Les parents ont pour mission de toujours veiller à cet intérêt. La société veille aussi à la protection du mineur, même contre ses parents, en organisant un contrôle social, en mettant en place des mesures d'assistance éducative, en le confiant parfois à des tiers.

La loi du 4 mars 2002 précise expressément que les droits et devoirs des parents ont « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Cette finalité qui pourra être contrôlée par le juge aux affaires familiales institué par la loi du 8 janvier 1993. Ainsi l'enfant, par cette loi et en fonction de cet intérêt, sera ou ne sera pas séparé de ses frères et sœurs (article 371-5 du code civil), verra ou non ses grands-parents, sera sous l'autorité de l'un ou de ses deux parents, vivra ou visitera l'un ou l'autre en cas de séparation parentale. C'est encore en fonction de l'intérêt de l'enfant que seront homologués les accords parentaux (code civil, article 373-2-7, alinéa 2).

486. La loi n'a pas défini l'intérêt de l'enfant dont le contenu peut varier en raison de la personnalité et des attentes de ses interprètes c'est-à-dire des parents, du juge aux affaires familiales, du législateur, des tiers ou des enfants eux-mêmes. La Cour de Cassation ne l'a pas non plus défini, mais elle a contourné le problème en en décidant, par un arrêt de rejet et un arrêt de cassation en date du 18 mai 2005⁷⁴⁷, l'application directe en droit interne de la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 3-1 dispose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Le texte anglais de cette convention évoque « *The best interests of the child shall be a primary consideration* ». Il ne s'agit donc pas d'un intérêt supérieur mais « des meilleurs ». Autrement dit, les décisions doivent être prises au mieux des intérêts de l'enfant, un « mieux » apprécié en fonction de la personnalité du juge.

⁷⁴⁷ Cass., civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n°02-20613, Bull. I, n°211 et 212, p. 179 et 180 ; D. 2005 p.1909, note Egea; D. 2006 p.1487, note Courbe; JCP 2005 II. 10015, concl. C. Petit, note Chabert.

§ 2. AUTORITÉ OU RESPONSABILITÉ PARENTALE : DU POUVOIR AU DEVOIR

487. La nouvelle définition de l'autorité parentale traduit de manière imparfaite les dispositions internationales qui parlent plus franchement non « d'autorité » mais de « responsabilité » parentale. Ainsi, la recommandation du n° R(84) 4⁷⁴⁸ du comité des Ministres du Conseil de l'Europe précise dans son Principe 1 que « *les responsabilités parentales sont l'ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment en prenant soin de la personne de l'enfant, en maintenant des relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, son entretien, sa représentation légale et l'administration de ses biens* ». Les parents auraient donc une mission, confiée par la collectivité et pour laquelle ils pourraient voir leur responsabilité engagée.

488. La notion de responsabilité parentale est également retenue par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 entrée en vigueur le 1^{er} février 2011. Ce texte fixe les règles de conflit de lois en matière de responsabilité parentale au sein de l'Union européenne. Il s'applique dans les relations entre les États signataires mais les règles de conflit de lois qu'il définit ayant une vocation universelle, elles s'appliqueront même si elles conduisent à la désignation d'une loi d'un État non contractant (art. 20).

L'article 16 est consacré à l'attribution de la responsabilité et l'article 17 à son exercice et à son retrait. L'objectif de la convention est de favoriser l'exercice en commun de la responsabilité parentale en évitant qu'il soit remis en cause par un changement de résidence d'un pays à l'autre. La co-responsabilité peut aussi être créée à l'occasion du déménagement si, alors qu'elle n'était pas prévue dans le pays d'origine, elle l'est dans le nouveau pays de résidence.

La loi de la résidence habituelle de l'enfant régit les conditions d'exercice de l'autorité parentale. En cas de changement de résidence habituelle, le droit de la nouvelle résidence de l'enfant devient immédiatement applicable à condition qu'il ne prive pas l'un des parents de la coparentalité dont il jouissait précédemment. Ainsi, dans le cas d'un couple de Français, non mariés, qui s'établit en Suisse (où quand les parents ne sont pas mariés l'autorité parentale n'appartient qu'à la mère), le père, en application de la convention de La Haye, conservera l'exercice conjoint de l'autorité parentale. A l'inverse, si le changement de résidence concerne un couple de Suisses non mariés, qui

⁷⁴⁸ Adoptée par le Comité des Ministres le 28 février 1984. Consultable sur le site <http://www.coe.int>.

s'installerait en France, l'attribution de plein droit de l'autorité parentale au père (qui n'en était pas investi par le droit suisse), est régie par la loi de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant.

489. Enfin, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 27 novembre 2003, le règlement dit « règlement Bruxelles II Bis »⁷⁴⁹ qui est applicable depuis le 1^{er} mars 2005 à tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. L'article 2§7 du Règlement définit la responsabilité parentale comme « *l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite* ». Il couvre aussi la tutelle et la curatelle des mineurs, le placement en famille d'accueil ou dans un établissement, l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant, les mesures de protection de son patrimoine ainsi que les enlèvements d'enfants. Selon l'article 2§8 du Règlement « *le titulaire de la responsabilité parentale est toute personne exerçant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant* ». Il s'applique à tous les enfants (légitimes, naturels, adoptifs, sans filiation) et laisse aux droits nationaux le soin de déterminer jusqu'à quel âge une personne doit être considérée comme un enfant. Article 8 indique que « *Les juridictions d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie* ». Ces juridictions sont par hypothèse plus apte à apprécier le milieu social et familial de l'enfant et pourront mieux définir les mesures appropriées à prendre par rapport à la situation de l'enfant. Le juge saisi peut se dessaisir s'il considère qu'une juridiction d'un autre État membre est « *mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant* » (article 15§1). L'article 23 du Règlement fixe les conditions de reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale au rang desquelles figure l'audition de l'enfant. Aucune procédure d'audition commune à l'ensemble des pays membres n'est définie⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, J.O. n° L 338 du 23 décembre 2000, p. 1-29

⁷⁵⁰ L'article 388-1 du code civil, tel qu'il a été modifié par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a mis la législation interne en conformité avec les engagements internationaux (art. 12 de la convention de l'O.N.U. relative aux droits de l'enfant) et communautaires (règlements Bruxelles II et Bruxelles II bis) de la France. L'audition du mineur a été rendue obligatoire, dans toute

§ 3. LA MODIFICATION DES BASES FAMILIALES

490. En énonçant que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* », l'article 372 alinéa 1er du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002⁷⁵¹, consacre le principe de coparentalité. Ce principe a une large portée puisqu'il est indifférent à la nature de la filiation. Il soutient l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, sans considération des liens qui unissent ses parents, que le couple parental soit uni ou désuni.

Paradoxalement, l'autorité parentale conjointe avait initialement pour objectif, en effaçant la puissance paternelle, de faire accéder la femme à la co-direction de la famille. Aujourd'hui, elle permet surtout aux pères de partager l'exercice de cette autorité dans les cas de séparation. C'est notamment dans ce but qu'a été adoptée, par cette même loi, la possibilité de la résidence alternée en cas de séparation, ce type de résidence étant supposé être la meilleure application de la coparentalité et de la co-éducation.

Avant la loi de 2002, le couple parental se voyait imposer les règles applicables aux parents mariés. L'ordre public familial découlait du mariage et les principes qu'il défendait, au nom de l'intérêt de l'enfant, s'imposaient à tous. On transposait au couple parental les règles applicables aux parents mariés concernant les rapports parents/enfants⁷⁵². La systématisation de la coparentalité est concomitante au développement des conventions relatives à l'autorité parentale entre les parents. Elle suppose donc l'accord des parents au sujet de l'enfant. Ce n'est qu'en cas de désaccord persistant que le juge interviendra pour fixer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

491. La loi de 2002 modifie le fondement de l'organisation des relations entre parents et enfants. Celles-ci ne découlent plus de l'union des parents (avec le mariage pour modèle). Elles en sont totalement indépendantes. La séparation des parents est sans incidence sur le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale, comme l'énonce très clairement l'article 373-2 du code civil, alinéa

procédure le concernant, l'audition du mineur qui en fait la demande sauf si celui-ci n'est pas capable de discernement, à charge pour le juge de s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

⁷⁵¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

⁷⁵² Lire sur ce point F.Dekeuwer-Defossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ, 1995, p.249.

1er : « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale* ». Cette affirmation doit cependant être nuancée car le juge peut toujours, en cas de séparation et dans l'intérêt de l'enfant, décider un exercice unilatéral de l'autorité parentale. La nouvelle loi affirme donc la coparentalité dans toutes les situations familiales. En cela, elle a adapté l'exercice de l'autorité parentale au nouveau pluralisme familial.

Cette nouvelle notion de coparentalité n'apporte de véritable utilité que pour les couples séparés puisque l'égalité des parents unis était déjà assurée par les dispositions du code civil. Elle considère le couple parental comme un référentiel familial alors même que celui-ci se construit en dehors du couple uni. Elle supprime toute référence à un modèle d'organisation familiale.

L'indépendance de la parentalité face à la conjugalité est une nouvelle norme familiale.

492. L'ambiguïté joue sur les termes mêmes d'autorité parentale. Si l'autorité parentale est une conséquence de la parenté alors une nouvelle question se pose : le beau-parent est-il parent ? Il occupe indéniablement une fonction de parentalité puisque souvent il s'occupera de l'enfant, l'aidera dans ses devoirs, l'accompagnera chez le médecin, contribuera à son entretien...alors même qu'aucun lien de filiation n'est établi entre lui et l'enfant. C'est donc un parent de fait, « un parent social » qui ne puise la source de son engagement ni dans le droit ni dans les liens de sang. La notion de parentalité, de nature sociologique, peut être retenue pour qualifier le lien entre beau-parent et beaux-enfants. En revanche, celle de parenté suppose une situation juridiquement reconnue et assortie de l'autorité parentale.

L'autorité parentale confrontée à la beau-parentalité est l'un des enjeux fondamentaux du droit de la famille actuel. Aux termes des lois du 22 juillet 1987, du 8 janvier 1993 et du 4 mars 2002, le législateur a instauré puis complété son régime, en faisant un droit-fonction⁷⁵³ « *ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* »⁷⁵⁴. Elle appartient aux parents⁷⁵⁵ et ils ne peuvent y renoncer (sauf à renoncer à la filiation). Tout au plus peuvent-ils en déléguer une partie à un tiers. Cela s'explique par le fait que la procréation entraîne la responsabilité des auteurs : l'établissement d'une filiation initiale ou après contestation oblige ainsi le tribunal à fixer les modalités de l'autorité parentale.

⁷⁵³ Voir les observations de J. Rochfeld, « Droits-fonctions *versus* droits subjectifs : *RTD Civ.* 2002, p. 377 et s.

⁷⁵⁴ Article 371-1 du Code civil.

⁷⁵⁵ Articles 5 et 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

493. La nouvelle conception de la coparentalité impose un seul paradigme normatif : l'exercice conjoint de l'autorité parentale au nom de l'intérêt de l'enfant. Renoncer à exercer l'autorité parentale est d'ailleurs contraire à l'ordre public. Les articles 376⁷⁵⁶ et 1388⁷⁵⁷ du code civil rappellent l'indisponibilité de l'autorité parentale. Les modalités d'exercice peuvent faire l'objet de négociations mais une renonciation serait sans effet.

C'est dans la protection de l'intérêt de l'enfant adossé à l'obligation éducative des parents que s'opère le contrôle social sur la vie des familles. Les relations de couple s'organisent désormais en dehors des valeurs morales classiques. C'est donc lorsque l'enfant paraît que le droit de la famille intervient pour régir le comportement des parents vis-à-vis de l'enfant.

Cette intrusion dans la vie familiale se matérialise notamment par la prise en charge sociale de certaines fonctions privées de la famille : l'Etat relaye la solidarité familiale par le paiement de certaines aides familiales (allocations parent isolé, soutien financier en cas de non-paiement des pensions...). Aussi est-il légitime qu'il puisse vérifier si ces prestations sont bien utilisées c'est-à-dire conformément aux intérêts de l'enfant. Il se mobilise pour assurer la *protection* des individus dans des situations de déstructuration familiale (par exemple celle des familles dites « monoparentales »). Les parents se voient imposer une nouvelle norme psychosociale qui justifie un contrôle étatique. En découle une obligation psycho-éducative à l'origine d'un nouvel ordre public familial social. Aujourd'hui l'autorité parentale n'est plus seulement un ensemble de droits et de devoirs vis-à-vis de l'enfant. Elle est aussi une démarche d'accompagnement éducatif.

L'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) affirme d'ailleurs que cet accompagnement de l'enfant dans son éducation est d'abord parental.⁷⁵⁸

Si les besoins des enfants n'étaient pas respectés, l'Etat pourrait se substituer aux parents défaillants⁷⁵⁹ en agissant directement sur les relations parents-enfant.

⁷⁵⁶ Article 376 du code civil « *Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous* »

⁷⁵⁷ Article 1338 du code civil « *Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* ».

⁷⁵⁸ La CIDE précise que l'instruction prodiguée à l'école doit venir en complément de cette éducation parentale.

⁷⁵⁹ Article 3 al.2, article 5, article 27 alinéas 2 et 3 de la CIDE.

§ 4. DE L'AUTORITÉ À LA COMPÉTENCE PARENTALE

494. Les parents doivent non seulement subvenir aux besoins élémentaires de leurs enfants, mais ils doivent aussi les élever et les former à devenir des citoyens. Au regard de l'Etat, les parents ont donc une mission socialisatrice et, en conséquence, l'Etat et le droit doivent pouvoir corriger certaines défaillances.

« *Le père* », affirme Rousseau, grand pédagogue qui aura confié ses cinq enfants à l'assistance publique, « *quand il engendre et nourrit ses enfants ne fait en cela que le tiers de sa tâche. Il doit des hommes à son espèce, il doit à la société des hommes sociables, il doit des citoyens à l'Etat* ». ⁷⁶⁰

Dès la Révolution, les enfants n'appartiennent plus tout à fait à leurs parents et l'Etat a entendu prendre part à l'éducation de ceux qui allaient devenir les citoyens attachés aux intérêts supérieurs et collectifs de la nation. Le principe de l'école obligatoire résulte de cette ingérence dans la vie privée des familles. Danton, lors de la séance du 22 frimaire an II (12 décembre 1793), déclarait :

« *Il est temps de rétablir ce grand principe qu'on semble méconnaître, que les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents* » ⁷⁶¹.

Il existe donc depuis longtemps une réflexion sur le lien entre la famille et l'Etat.

La controverse contemporaine porte, avec la « psychanalysation » et la « psychologisation », sur les qualités du « bon » parent. La série de réformes de l'autorité parentale et la promotion des droits de l'enfant encadrent les exigences légales envers les titulaires de l'autorité parentale qui n'ont cessé de s'affiner depuis le milieu du XX^{ème} siècle.

Les nouveaux impératifs en matière d'éducation ne sont pas seulement légaux mais également sociaux, et pèsent sur les parents ou les titulaires de l'autorité parentale.

La filiation, pour le Doyen Carbonnier « *c'est avant tout le moyen technique de désigner des titulaires pour le contrôle de la progéniture, de nommer ceux qui sont les plus aptes à assurer la socialisation de l'enfant, à le pousser en avant par l'autorité parentale et l'héritage* » ⁷⁶².

⁷⁶⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Emile ou de l'éducation*, [1762] éditions Garnier-Flammarion, 2009, Livre I, pp.51-52.

⁷⁶¹ Robespierre renchérisait lors de la séance du 18 floréal An II (7 mai 1794) en précisant que « *la patrie a seule le droit d'élever ses enfants. Elle ne peut confier ce dépôt à l'orgueil des familles* » : propos cités par Edmond Biré, *Journal d'un bourgeois de Paris pendant la Terreur*, Volume 4, 1895, Perrin p.249.

⁷⁶² Jean Carbonnier, *Droit civil. 2 / La famille. L'enfant, le couple*, Paris, PUF/Thémis, 21^e éd., 2002, p. 198. [Collection Quadrige 2004].

Cette approche de la filiation, en ce qu'elle concerne l'autorité parentale, ne va plus de soi. En effet, la place de parent et la possibilité d'exercer l'autorité parentale devraient désormais renvoyer à la compétence, à une aptitude de fait, alors que la filiation renvoie à une place juridique.

495. Être parent est donc de moins en moins perçu comme une fonction naturelle mais comme une fonction appelant des « compétences » et une présence. Les pères et mères sont nommés ainsi en référence à leur rôle d'engendrement institué par le droit, et la fonction de parent est assumée par une pluralité d'acteurs à un moment donné, qu'ils soient ou non les géniteurs. Cette distinction entre le parent biologique et celui qui assume la fonction parentale est évidemment liée aux transformations morphologiques de la famille contemporaine puisque le pluralisme familial a désormais remplacé le modèle du couple marié avec enfants.

Mais la parentalité n'est pas seulement un discours de mise à distance du biologique. Elle consacre la distinction entre le parent biologique (« état » qui n'est pas nécessairement lié à une fonction) et le parent « capable » qui doit assurer la sociabilisation de l'enfant. Elle réactive aussi l'ancienne idée qui considère la famille comme cellule de base de la société toute entière.

L'autorité parentale, instrument majeur de la fonction de parent, est donc au carrefour des relations actuelles entre le privé (la famille) et le public (l'État). Elle doit œuvrer pour le bien commun, répondre aux aspirations individuelles dans la famille et répondre à l'exigence de protection sociale.

496. Dans la famille contemporaine, l'enfant ne s'inscrit plus seulement dans la continuité d'une lignée, ni dans la continuité d'un patrimoine familial. La parenté a désormais un sens relatif qui vient, parfois en opposition, parfois en contrepoids, avec une parenté objective établie par l'inscription dans une lignée. La puissance paternelle gardait l'enfant obéissant dans la famille alors que l'autorité parentale a justement pour finalité de permettre à l'enfant de s'émanciper de la famille.

Le lien entre parent et enfant, dans une société traditionnelle ou moderne, ne renvoie pas à la même réalité.

La filiation a longtemps été le lien de droit suffisant pour encadrer les relations au sein de la famille. C'est d'ailleurs toujours le cas pour les familles non recomposées dans lesquelles ne cohabitent que les parents et leurs enfants

biologiques. La filiation se confond alors avec sa prérogative principale, c'est-à-dire l'autorité parentale.

497. Les configurations familiales contemporaines (familles recomposées, famille homoparentale, monoparentale...) et la parentalité qui en découle interrogent sur les liens entre filiation et autorité parentale.

La parentalité recouvre une fonction de prise en charge, de protection et d'éducation de l'enfant qui n'est pas toujours assurée par celui ou celle qui peut revendiquer un lien de filiation. La place du parent est ainsi souvent occupée non par un ascendant mais par celui qui remplit correctement le rôle de père ou de mère. Les situations de parentalité imposent de réfléchir sur les possibilités d'établir un lien juridique entre l'enfant et l'adulte qui s'occupe de lui au quotidien.

TITRE 2 : UNE FAMILLE À CONSTRUIRE

498. « *Puisque tout le monde en a une, on devrait savoir ce qu'est la famille* ». C'est ainsi que la sociologue France Quéré débute son ouvrage sobrement intitulé « La famille »⁷⁶³. Pourtant, il apparaît fort complexe d'en fixer les contours et encore plus hasardeux de savoir d'où elle vient et de deviner où elle va. Les opposants au « mariage pour tous » ont tenté de souffler un vent de panique autour d'un modèle exclusif de la famille qui n'est pourtant pas toujours un modèle à suivre et qui ne fait plus l'unanimité. En effet, on sait désormais que le modèle fondé sur un couple marié formé par un homme et une femme ne peut servir de rempart contre toute évolution sociétale.

499. La naissance de la famille traditionnelle, d'origine judéo-chrétienne, fondée sur le mariage hétérosexuel monogame, inventée par l'Eglise catholique pour contrôler la chair, peut être datée au 1er siècle de notre ère. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les épîtres de Paul de Tarse⁷⁶⁴.

Le christianisme des origines posait l'idéal de virginité et du célibat mais ce projet d'ascèse peinait à attirer les foules. Puisque l'abstinence générale avait peu d'adeptes, mieux valait prévoir un cadre pour contrôler et brider la sexualité. La famille est ce cadre. Paul y consent⁷⁶⁵ « *Mais s'ils manquent de continence, qu'ils se marient ; car il vaut mieux se marier que de brûler* ». Le mariage, seul échappatoire aux flammes de l'enfer, est fondé sur la fidélité et l'hétérosexualité même si ce point, tellement évident, n'a pas été explicitement précisé. Le but procréatif du mariage suffisait à exclure l'union homosexuelle. La monogamie s'expliquait facilement par la sexualité mesurée aux seules nécessités procréatrices.

Il faut attendre la Révolution française et la déchristianisation de la société pour voir naître quelques espoirs d'ouverture du carcan familial grâce à une approche

⁷⁶³ France Quéré, *op.cit.*

⁷⁶⁴ Et plus particulièrement la première épître aux Corinthiens (Des 27 livres qui constituent le Nouveau Testament 14 (épîtres) sont attribués à l'apôtre Paul (qualité revendiquée par Paul de Tarse quand le terme désigne un « envoyé ». Paul ne fait pas partie des douze apôtres).

⁷⁶⁵ Livre I des Corinthiens, chapitre 7, verset 9.

laïque des relations familiales⁷⁶⁶ qui arrache la famille à la tutelle de l'Eglise. Bonaparte remettra la famille dans le giron de l'Eglise.

Pendant des millénaires, la famille fut l'horizon à atteindre. Le mariage était la seule institution fondatrice du couple et de la famille. La famille représenta longtemps la réunion de deux lignées dont les chefs décidaient de mettre en commun une partie de leurs ressources et de leur puissance sociale. L'union des enfants, qui n'avaient d'ailleurs pas leur mot à dire, scellait cette association.

Ce modèle familial qui, bon an mal an, perdura deux millénaires doit brutalement (compte tenu de l'interminable inertie précédente) compter avec une pratique débridée et nomade de la sexualité, la liberté de fonder ou non une famille, la contraception qui permet de dissocier la sexualité du déterminisme de la nature, l'acceptation, voire l'encouragement, des amours contingentes adossées aux amours nécessaires⁷⁶⁷, l'ouverture des esprits (et bientôt du droit) à l'homosexualité, la transsexualité, les « multi-relations » successives ou simultanées, l'évolution des techniques procréatrices, les parades à la stérilité, les maternités différées...

500. En moins de cinquante ans, cette structure sclérosée, véritable carcan qui laissait peu de place à chaque individualité (si ce n'est celle du père) en instituant une autorité arbitraire du mari sur la femme et des parents sur les enfants, a laissé la place à une autre version fondée sur les valeurs d'épanouissement personnel (qui semble parfois, pour les relations conjugales, ne plus aller qu'avec l'épanouissement sexuel), d'individualisme, de valorisation des sentiments, d'égalité entre les hommes et les femmes, entre les préférences sexuelles, entre les enfants... A tel point qu'aujourd'hui, la famille et la liberté personnelle semblent avoir des exigences contradictoires. Ces contradictions sont au cœur de l'évolution de la famille.

Des questions telles que celles de l'égalité, de la liberté ou de l'émancipation se posaient déjà depuis un siècle dans les sociétés industrielles et politiques, mais jusqu'aux années d'après-guerre, elles n'étaient pas entrées dans la sphère privée. C'est désormais chose faite.

Le droit, la raison et les convenances ont laissé la place principale, dans les relations privées, à l'émotionnel. Aujourd'hui, la société doit s'accommoder des

⁷⁶⁶ Laïcisation de l'état civil et loi sur le divorce par consentement mutuel (1792), loi sur le mariage réduit au contrat civil (1793), séparation de l'Eglise et de l'Etat (1794).

⁷⁶⁷ Si chères à Jean-Paul Sartre et à Simone de Beauvoir qui convinrent, pour éviter de s'enfermer dans la monogamie, d'un pacte permettant à la fois l'amour nécessaire, eux, et les amours contingentes, les autres.

nouveaux fondements et des nouvelles attentes des relations familiales et conjugales.

Dès lors, nombre de questions émergent. Quelle place, quelle fonction, quel rôle accorder à la famille ? Comment doit-on la considérer ? Comme une institution à protéger ? Comme une relation d'ordre privé, éventuellement contractuelle et dont l'Etat n'a pas à se mêler ? Le droit a-t-il une légitimité pour encadrer ce qui s'inscrit dans une relation visant à la réalisation de soi ?

Dans l'affirmative, confronté à de nouvelles situations, comment le droit peut-il trouver des réponses satisfaisantes aux demandes des individualités ? Il ne s'agit plus de demander au droit ce qui « fait famille » au XXI^{ème} siècle mais de savoir comment légiférer et, même s'il faut le faire, ce qui est substantiellement différent (Chapitre 1^{er}).

Comment fonder la parenté sur la seule fragilité des amours conjugales ? Comment articuler le développement de l'individualisme affectif et la création ou le maintien d'un groupe social ? La famille peut-elle et doit-elle résister à la contractualisation des relations ? Les exigences de la personnalité contemporaine permettront-elle d'atteindre une cohésion familiale (sous réserve d'ailleurs que cette cohésion soit recherchée) ? Le couple n'est plus l'élément fondateur de la famille. La vie conjugale, qu'elle soit dans un cadre légal ou consensuel, ne mène pas nécessairement à la procréation et n'est même pas le préalable indispensable à la conception ni à l'éducation d'un enfant. On peut en conclure que la formation d'une famille n'est plus conditionnée ni même parfois associée au projet conjugal mais à la mise en œuvre d'un projet parental. La famille ne garde donc un aspect institutionnel que si elle est axée autour des fonctions parentales (Chapitre 2).

Aujourd'hui, non seulement tous les couples ne se marient plus - certains ne vivent même pas ensemble - mais la révolution contraceptive, la dépénalisation de l'avortement, l'égalité juridique entre les hommes et les femmes, la banalisation du divorce et des recompositions familiales, l'union libre, la pluralité assumée des partenaires sexuels, l'acceptation juridique de l'homosexualité et l'acceptation sociale du célibat volontaire ont donné aux individus qui vivent dans le cadre familial la possibilité de mettre un terme aux naissances non désirées et aux unions malheureuses. Notre époque ne leur offre pas la conquête d'une liberté absolue, mais ces changements, probablement irréversibles, écartent la contrainte et la soumission dans les relations intrafamiliales (chapitre 3).

Enfin, l'avenir de la famille dépend aussi des progrès de la science et de la médecine dans les domaines de la procréation qui ont transformé le rapport à la conception et à la naissance. Les techniques procréatives se sont désormais banalisées, en France et à l'étranger, et facilitent des pratiques que la génération précédente n'avait même pas imaginées⁷⁶⁸. Tandis que la science avance vite, la société évolue plus lentement et le législateur semble avoir du mal à dissocier le possible scientifique de l'usage que la société peut en faire (Chapitre 4).

⁷⁶⁸ Grossesse après ménopause, greffe d'utérus, conception post mortem...

501. L'essor de l'individualisme a conduit au recul de la place du droit dans le domaine familial pour en faire un phénomène de plus en plus privé. Ce recul s'est traduit par une libéralisation des règles d'organisation de la famille.

Le droit n'est pas, pour autant, absent des familles et ce, pour deux raisons majeures. D'une part, elle assume des fonctions essentielles, notamment démographiques, et qui ne peuvent pas toutes revenir à la société. Elle « *est un facteur inestimable de cohésion sociale qui permet l'apprentissage de l'autorité et de la solidarité et plus généralement la transmission des valeurs républicaines* »⁷⁶⁹. La simple procréation n'est pas tout, c'est même bien peu. La contrainte naturelle de l'union charnelle d'un couple n'empêche pas de former des couples pérennes qui durent bien au-delà de l'acte sexuel. La raison en est simple : sans la présence et l'assistance prolongées des parents, les enfants ne pourraient pas, pas tous (la société ne pourrait pas pallier l'absence de tous les parents), bénéficier d'une protection et d'une éducation. La fonction principale de la famille se décompose en trois parties : engendrer, protéger, éduquer. La société doit faire en sorte que ces trois tâches soient à la fois réalisables et compatibles. Elles tendent toutes vers une même destination : la transmission. Transmettre la vie (et éventuellement ses gènes), transmettre des valeurs et une façon de se comporter conforme aux modèles sociaux, transmettre un nom, une généalogie et transmettre, s'il en reste, du patrimoine.

La transmission de biens immatériels n'est pas toujours évidente quand la génération précédente a souvent besoin de la suivante pour comprendre le monde que la science et les technologies ont complètement bouleversé.

Transmettre ne peut plus se faire à l'identique. Depuis deux générations le droit, les mœurs, la science, les technologies...se sont emballés. L'avenir a cessé de se construire sur le passé et surtout sur la répétition des étapes des aînés.

D'autre part, « *aucune famille ne peut se construire et prospérer sur les seules considérations de liberté et d'égalité ; c'est le devoir, l'union, la solidarité, le dépassement des égoïsmes individuels...qui, seuls, peuvent dessiner un groupe familial stable et fort* »⁷⁷⁰. Il y a donc une influence réciproque du droit et de la famille. La société a besoin de la famille pour vivre sereinement et la famille a

⁷⁶⁹ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 3^{ème} ed., Dalloz 2013, Introduction, p. 5.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

besoin de la société pour s'épanouir. Chacune a donc tout intérêt à préserver l'autre à condition toutefois que l'une soit légitime à s'occuper, voire à s'immiscer, dans les affaires de l'autre (Section 1).

502. Entre expression de la volonté politique et manifestation des évolutions sociales, il est important de réfléchir sur le rôle et la place du droit dans la famille. Parfois outil politique, parfois simple ligne de conduite de la sphère privée, le droit a désormais du mal à trouver sa place dans la famille, une place que beaucoup considèrent comme de l'ingérence. Longtemps, le droit a créé la famille. Seule la famille légitimée par le passage devant le maire était une famille. Le droit ne permet pas de devenir parent, ce qui dépend d'un lien intime. Il permet d'être reconnu comme tel par toute la société. Aujourd'hui, le droit officialise une famille mais il ne la fait plus. Il est contraint de rattraper le fait familial. Le droit s'étant détaché de la réalité sociétale, les familles se sont constituées en dehors de lui. Il lui faut retrouver une légitimité (section 2).

Comme il y a « *infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi* »⁷⁷¹, le droit va devoir « faire un rattrapage » et combler l'écart qui se creuse entre la définition juridique de la parentalité ou de la famille et les réalités des pratiques familiales actuelles (section 3).

Il doit répondre aux multiples configurations dans lesquelles il est possible de vivre en couple et d'élever un enfant sans privilégier la famille nucléaire hétérosexuelle fertile comme référence de base.

Section 1 - L'ATTENTION PARTICULIÈRE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

503. Quand l'Église catholique, universelle, prônant l'amour, transcendant les cultures et les peuples, était encore l'une des principales puissances du monde occidental, elle observa d'une attention très politique l'institution matrimoniale. Celle-ci est alors devenue un instrument de paix publique.

Les dirigeants de l'église n'ont pas hésité à l'utiliser comme une arme de contrôle et de pression à l'égard des familles royales et princières. Des rois ou empereurs ont pu être condamnés, voire excommuniés, pour avoir montré une vision quelque peu différente de celle du Saint-Siège, concernant notamment

⁷⁷¹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris : Defrénois, 2e éd., 1998, p. 118. [nouvelle édition LGDJ 2013].

leurs mœurs, l'indissolubilité du mariage, l'adultère ou encore l'inceste qui frappait les coupables d'anathème⁷⁷².

Véritable puissance spirituelle et politique, l'Eglise a contrôlé, le « marché matrimonial »⁷⁷³ des grandes familles aristocratiques et royales.

Or imposer ce que doit être la famille, ce qu'il convient de faire (notamment en favorisant une alliance qui a pour but, non de fonder une famille mais une stratégie exclusivement politique), déterminer qui il convient d'épouser et rejeter le mariage avec d'autres, revient à dessiner les contours d'un modèle familial. C'est aussi contrôler la famille et le pouvoir politique.

504. Il n'est pas anodin de voir que le pouvoir du père de famille s'est affirmé en même temps que le pouvoir au cours des XVII^e et XVIII^e siècles. Rappelons que la famille conjugale est née dans les milieux bourgeois et aristocratique. Peu à peu la jurisprudence a constitué le droit de la famille. *« Puis l'État en a tiré parti, par la loi, car il était de l'intérêt du roi de pouvoir commander absolument à des chefs de famille eux-mêmes tout-puissants pour imposer leur volonté et donc la volonté de l'État. Ainsi s'est préparée la situation consacrée par le Code civil et la réorganisation administrative du consulat : un État tout puissant au-dessus d'une poussière de chefs de famille autoritaires, ses instruments »*⁷⁷⁴.

La famille fut l'enjeu de luttes pour, à travers l'anoblissement, non seulement accéder au pouvoir mais aussi pour s'y maintenir. Naître d'une famille noble était le meilleur passeport pour accéder aux plus hautes fonctions de l'Etat.

La « naissance » définit alors le groupe social auquel on appartient, c'est-à-dire sa famille au sens généalogique et politique du terme. La naissance est l'essence même des catégories sociales dominantes et permet l'usage d'un titre fondé sur la compétence reconnue par l'État. La prérogative de l'Etat devient ainsi une prérogative de famille.

⁷⁷² Notamment, le 16 octobre 1094, le concile d'Autun a prononcé l'excommunication du roi Philippe 1^{er} qui après avoir répudié sa femme, Berthe de Hollande, se remaria avec sa cousine Bertrade de Montfort, épouse de Foulque IV, comte d'Anjou.

Le refus papal de la dissolution du mariage d'Henri VIII et de Catherine d'Aragon, sera aussi à l'origine de la séparation de l'Eglise d'Angleterre avec celle de Rome. Le 11 juillet 1533, Clément VII excommuniera Henri VIII et Anne Boleyn.

⁷⁷³ Lire Sur la fixation de la doctrine canonique du mariage chrétien lors de la restauration carolingienne, Jean Chelini, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, Hachette, 1991 pp. 196-200.

⁷⁷⁴ Roland Mounier, *Les Institutions de la France sous la monarchie absolue (1598-1789)*, Paris, PUF, 1990, t. 1, p. 74.

505. A partir de la Révolution, l'Etat intervient dans toutes les familles. La sécularisation de l'état civil fait de la famille à la fois une institution à la charnière du privé et du public et un objet légitime de l'intervention publique. Mais il faudra attendre que les rapports de force sociaux s'équilibrent et se diversifient pour que la famille se détache de l'enjeu politique. Les autorités politiques et administratives vont progressivement s'autonomiser et se professionnaliser, les compétences prenant peu à peu le pas sur la naissance. La famille n'étant plus uniquement tournée vers l'extérieur, elle se centra sur des enjeux internes, notamment l'éducation des enfants.

Quand la généalogie royale a cessé d'intéresser les pouvoirs publics, la famille n'est pas pour autant tombée dans l'oubli. L'intérêt et le contrôle se sont déplacés vers l'aspect patrimonial de la famille puis l'organisation sociale.

Si les charges et les titres ne se transmettent plus par les gènes, le patrimoine familial fait l'objet de règles de transmission dans le code civil.

L'historien du Droit, Jean-Louis Halpérin, précise que les codificateurs ont eux-mêmes présenté le droit de la famille comme un ensemble de dispositions visant à favoriser le « capitalisme » foncier ou agricole⁷⁷⁵.

Les pouvoirs publics vont également se préoccuper des familles populaires sans patrimoine et prendre des mesures sociales (encadrement du travail des jeunes, des femmes, éducation des enfants..) pour en protéger les membres. La fécondité est particulièrement observée car si elle est élevée, en dehors de période de conflit politique ou militaire, elle favorise la paupérisation des familles populaires. Le même phénomène change d'objet quand il s'agit de créer et de mobiliser les ressources nationales pour défendre les intérêts économiques, territoriaux et politiques et militaires français.

Au fil du temps, le regard et l'intervention de l'Etat sur la famille changent mais ils ne disparaissent pas. Aujourd'hui, la politique familiale concerne l'Etat, les collectivités territoriales et le monde de l'entreprise, le monde associatif...

506. L'Etat, depuis les années 1930, influence les familles selon quatre courants.

1. Un courant individualiste pour lequel la famille est une entité seconde associant des individus libres et égaux en droit. De fait, la famille contemporaine a redéfini les rapports entre l'individu et le groupe familial en reconnaissant au premier de plus grandes prérogatives qu'au second. Cela se vérifie dans les rapports hommes/femmes, les relations intergénérationnelles, mais aussi le

⁷⁷⁵ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2003, p. 55.

« modèle de parenté » remis en cause avec les familles recomposées et homoparentales, l'essor de l'adoption, le recours à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur et, peut-être bientôt, les mères porteuses. Les relations familiales se sont-elles individualisées pour autant ? Les valeurs d'autonomie, de liberté et d'égalité qui fondaient jusqu'alors l'organisation de l'espace public s'imposent désormais dans l'espace privé. L'individualisme n'a pas exclu les normes familiales mais il a modifié leur diffusion. Ainsi, il ne s'agit plus de savoir si la famille fera d'un homme un bon mari ou compagnon ou un bon père mais de veiller à ce qu'un individu soit capable et ait la possibilité de devenir un bon père et d'avoir de bonnes relations avec les autres membres de la famille...Les normes passent donc par l'individu avant d'atteindre l'intimité familiale. Peu à peu, l'individu s'est s'affranchi des normes et des règles collectives pour effectuer ses propres choix. Le symbole de cette évolution est l'instabilité des couples. La préservation de la cellule familiale ne se fait pas au détriment de l'épanouissement personnel.

La disparition du modèle familial traditionnel a entraîné la diminution du nombre d'enfants par femme, l'augmentation des divorces en même temps que la chute du nombre de mariages et la hausse des naissances hors mariages. La taille de la famille s'est réduite et ce, malgré les familles recomposées, ce qui fait baisser, de manière mécanique, le nombre de personnes avec qui l'individu a des liens familiaux reconnus par le droit. Cela signifie aussi que la solidarité familiale sera limitée à un nombre réduit de personnes, solidarité que le Code civil consacre et détaille en visant le devoir de secours matériel⁷⁷⁶ et moral entre époux et entre partenaires, le régime matrimonial légal de communauté, le devoir d'éducation et d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants, les obligations alimentaires légales entre parents en ligne directe et la réserve héréditaire en matière successorale.

2. Un courant familial qui considère la famille comme une institution essentielle de la société chargée d'en transmettre les valeurs. L'Etat est alors responsable de la protection familiale et des valeurs qu'elle véhicule. Ce point de vue est d'ailleurs discutable : la famille traditionnelle tant dans sa morphologie que dans son organisation n'a pas pu éviter au monde de sombrer dans la barbarie totale au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. La famille n'a pas véhiculé les valeurs

⁷⁷⁶ L'obligation d'aliments est donc un devoir familial, ce qui explique que les services d'aide sociale et les hôpitaux qui prennent en charge ou soignent les personnes qui devraient être aidées par leur famille, disposent d'un recours, par voie d'action directe, contre les débiteurs d'aliments (art. L 6145-11 Code de la santé publique).

qui ont mené à cela mais elle n'a pas pu l'éviter non plus. Ce n'est donc pas la famille qui transmet les valeurs d'une époque mais la société elle-même.

3. Un courant nataliste dans lequel l'Etat doit veiller au renouvellement des générations et, dans ce but, soutenir la famille. Le gouvernement hongrois, par exemple, a d'ailleurs fait preuve d'imagination à ce sujet : il a organisé plusieurs bals (ou speed-dating de danse⁷⁷⁷), dans tout le pays pour faciliter la rencontre entre jeunes gens en espérant la formation de couples féconds. Le but de l'opération n'a pas été caché. En Hongrie, près de 90 % des jeunes de moins de 30 ans sont célibataires – contre 77 % en l'an 2000⁷⁷⁸. Le taux de natalité s'est effondré et le secrétaire d'Etat à la famille a misé sur le bal musette pour rapprocher les cœurs.

4. Un courant social qui privilégie la prise en compte des besoins sociaux et met l'accent sur la redistribution des revenus. Cette approche favorise l'implication de la sécurité sociale (avec notamment la Caisse d'allocations familiales), des associations familiales (notamment l'UNAF⁷⁷⁹), du Haut conseil de la famille qui, en 2008, a remplacé la tenue de conférences sur la famille au cours desquelles étaient présentés les grandes orientations et l'état d'avancement de la politique familiale du gouvernement. L'impact de la politique familiale s'exerce sur l'ensemble de la société. Par exemple, en 1994, l'allocation parentale d'éducation a été étendue aux familles de deux enfants (depuis 1985, elle ne concernait que les familles de trois enfants). Cette extension a pleinement contribué à une chute de 16 points en un an du taux d'activité des mères de deux enfants⁷⁸⁰. A l'instar du droit de la famille, la priorité annoncée des politiques publiques est l'intérêt de l'enfant qui justifie un large investissement social destiné à donner les mêmes chances de réussite scolaire et sociale à tous.

⁷⁷⁷ Les participants font connaissance le temps d'une danse et changent de partenaire au changement de musique. Ce n'est qu'une variante du speed-dating « classique » qui est une méthode de recherche de partenaire en vue d'une liaison sentimentale. A la suite d'une série d'entretiens de 5 à 10 minutes avec différents partenaires potentiels successifs, ceux qui veulent mutuellement se revoir sont mis en contact par les organisateurs.

⁷⁷⁸ Lire le blog du Monde du 11 juin 2013.

⁷⁷⁹ Union nationale des associations familiales qui représente officiellement l'ensemble des familles françaises et des familles étrangères vivant en France auprès des pouvoirs publics 0.1% des prestations familiales lui sont reversées chaque année. Elle reçoit ainsi plus de 25 millions d'euros par an. L'Union s'est farouchement opposée au pacs et à la loi sur le mariage pour tous.

⁷⁸⁰ Elisabeth Algava et Sophie Bressé, « Les bénéficiaires de l'allocation parentale d'éducation : trajectoires d'activité et retour à l'emploi », Direction de la recherche des études, de l'évaluation et des statistiques (DRESS), Etudes et résultats, n° 399, 2005.

Dans ce cadre, l'emploi des mères doit être favorisé car il permet un plus haut revenu de la famille. Le risque de pauvreté diminue en même temps que la consommation augmente. Cependant, comme le rôle maternant de la femme occupe bien souvent les esprits, les pouvoirs publics misent encore sur une « politique de conciliation »⁷⁸¹ qui, d'un point de vue strictement limité de l'accès à l'emploi, brise l'égalité homme/femme, l'emploi de ces dernières étant satisfaisant quand il permet d'articuler vie professionnelle et vie familiale. L'enfant est donc prioritaire par rapport à l'égalité professionnelle.

Le libre choix pour les mères de travailler reste donc la rhétorique des pouvoirs politiques qui oscillent entre deux quasi-injonctions contradictoires : d'un côté, ce choix répond à l'égalité, de droit, entre les membres du couple, en maintenant les femmes sur le marché du travail, de l'autre, une politique plus « néo-maternaliste »⁷⁸² que nataliste est maintenue et éloigne les femmes du marché du travail ou freine leur carrière.

507. La politique familiale n'est pas neutre quant à l'organisation même de la famille, la fonction de chacun et les relations intra-familiales. Elle forme un ensemble, supposé cohérent, qui se compose :

- d'allocations et de mesures fiscales pour compenser les charges liées à la présence d'enfants,
- de mesures de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle,
- de mesures de soutien à la fonction parentale,

Cette politique a favorisé l'évolution des droits sociaux et fiscaux et a incité le droit de la famille à s'adapter aux nouvelles réalités familiales. Ces réalités sont caractérisées notamment par une grande souplesse dans la structure du couple, la reconnaissance des couples et des familles homosexuelles et transsexuelles, une augmentation du nombre des divorces et séparations, la résidence alternée des enfants de parents séparés, un accroissement significatif des parents seuls avec enfants, la réalité des familles recomposées où les beaux-parents souhaitent assumer pleinement leurs nouvelles responsabilités.

La famille s'est juridiquement construite sur l'activité publique puisqu'elle n'a d'existence et d'évolution que parce qu'une situation correspond, pour une autorité juridique, à ce que doit être la famille. Quelle peut être la place du droit

⁷⁸¹ Sandrine Dauphin « Bien-être de l'enfant, primat du maternage et égalité des sexes », Femmes-hommes : penser l'égalité, La documentation française, 2012, p.77.

⁷⁸² Lire à ce sujet Jacques Commaille, Pierre Strobel et Michel Villac « *La politique de la famille*, collection Repères, la Découverte, Paris, 2002.

dans la famille alors que le droit ne procède qu'à partir de l'individu et non à partir d'une forme collective ?

Alors même que la famille a évolué, ses membres ont dû revoir leurs fonctions, leurs droits, leur possibilité d'être et d'agir face à cette nouvelle donne.

Section 2 - LA PLACE DU DROIT FONDÉE SUR UN MALENTENDU

508. Comme le droit ne s'est pas toujours adapté à l'évolution de la société, les individus l'ont contourné...en vivant en concubinage, en allant à l'étranger pour qu'une femme célibataire ou en couple avec une autre femme puisse bénéficier d'une PMA, en trouvant des subterfuges à l'anonymat du don de sperme...

Un lieu commun fait du droit le « *portrait, plus ou moins impressionniste, d'une société en un lieu et un temps donnés* »⁷⁸³. Ce constat explique pourquoi, en droit de la famille plus que partout ailleurs, l'apport des conceptions sociologiques, politiques, ethnologiques, anthropologiques et psychologiques qui se confrontent au sujet des fonctions ou des statuts dans la famille est primordial.

Cette place est-elle, comme l'a annoncé le Professeur Millard, « un malentendu » fondé sur le fait que le droit de la famille n'est pas là pour décrire quoi que ce soit, notamment une famille mais pour « *prescrire de manière plus ou moins souple, une conduite, comme par exemple, quand il édicte les droits et devoirs des conjoints ; il peut aussi rétribuer un comportement, comme lorsqu'il attache l'autorité parentale à la reconnaissance de l'enfant ; il peut encore offrir un modèle, comme le statut du mariage, en s'efforçant de le faire préférer éventuellement à d'autres situations comme le concubinage* » ?⁷⁸⁴

Or, le droit n'est pas appelé à décrire une situation repérée par la sociologie mais à « *prescrire une situation politiquement voulue* »⁷⁸⁵. Il a ainsi œuvré pour permettre l'évolution de la famille autour de deux axes d'autonomisation : celle de la famille par rapport à la norme sociale et celle de l'individu par rapport à la famille. Ces transformations n'ont été possibles que par l'intervention de l'Etat qui par sa politique économique et législative s'est insinué au cœur des foyers.

⁷⁸³ Expression dans l'Avant-propos de Madame Brigitte Lefebvre et de Monsieur Benoît Moore, dans « Les enjeux actuels du droit de la famille Regards croisés belge et québécois », Revue juridique Thémis, 2010, 44.

⁷⁸⁴ Eric Millard, « Famille et droit. Retour sur un malentendu », Informations sociales, 1999, 73/74, p.64.

⁷⁸⁵ Eric Millard, *Ibid.*, p.65.

509. La norme familiale fixée par le droit « colle » rarement avec la famille réelle puisque cette norme est la traduction de la conception politique et des valeurs du moment. Cette conception est donc évolutive puisqu'elle doit, plus ou moins vite et plus ou moins profondément, refléter la conception sociale de la norme. Une vision juridique immuable et unilatérale serait vouée à l'échec si elle se heurtait au contexte social.

Le code civil utilise avec beaucoup de discrétion le terme de « famille » mais il s'attache à préciser les différentes institutions qui la composent : mariage, filiation, divorce, autorité parentale. Les règles de droit familial sont fondues dans un livre I, " Des personnes " d'où il faut extraire ce qui constituerait le corpus du " droit de la famille ". A contrario, le Code de la famille (Le Code de l'action sociale et des familles) ne les évoque pas.

La famille n'est pas seulement abordée par le droit civil mais elle se construit par l'ensemble d'un système juridique et de politiques qui évoquent, bien souvent, non la famille, mais, le couple, l'intérêt de l'enfant, le nom, la solidarité familiale, la transmission... autant de concepts qui mis bout à bout, servent de repère pour déterminer la place, la fonction (éducation, solidarité ...), les droits et les devoirs de chacun.

510. La famille condense un ensemble de fonctions qui, si elles sont assumées, pourront permettre à chacun de mener une « vie familiale », conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁸⁶. Si le Code civil a gardé longtemps le monopole d'organiser les relations familiales, il n'est plus, aujourd'hui, qu'une strate dans l'édifice hiérarchisé des sources nationales et internationales du droit de la famille.

Ce droit à une vie familiale est reconnu à l'individu et non à un groupe que formerait la famille. Les fonctions familiales tendent vers la réalisation de cette « vie familiale », formule à laquelle le Conseil d'Etat⁷⁸⁷ et le Conseil

⁷⁸⁶ Droit au respect de la vie privée et familiale.

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui

⁷⁸⁷ C.E., ass. 8 décembre 1978, req. n° 10097, 10677 et 10979, *GISTI et autres*, rec. lebon, pp. 493-507, concl. dondoux ; *AJDA*, 1979, pp. 38-39, chron. générale de jurisprudence administrative française, obs. J. Dutheillet de Lamothe et y. Robineau.

constitutionnel⁷⁸⁸ ajoutent le qualificatif de « normale ». Le droit de mener une vie familiale normale n'en doit pas moins être concilié avec d'autres exigences que le Conseil d'État a définies comme étant l'ordre public et la protection sociale des étrangers qui permet notamment au gouvernement de s'opposer au regroupement des familles ayant des ressources insuffisantes.

Section 3 - LE DROIT DE LA FAMILLE EN QUÊTE DE SENS⁷⁸⁹

511. Le droit n'est plus dans son rôle quand il semble non pas réguler ou proposer mais imposer une structure ou un modèle qui n'existe plus. La réflexion sur l'évolution du droit doit se faire en parallèle avec celle du fait familial. Elle conduit alors à se demander si le droit est responsable de l'évolution des relations individuelles et familiales ou bien s'il ne fait qu'accompagner un mouvement qui lui est extérieur mais qu'il doit sinon favoriser, en tout cas organiser. La famille légitime et indissoluble inscrite dans le Code civil de 1804 n'a pas empêché la naissance d'enfants naturels, le concubinage et les séparations. La pénalisation de l'adultère n'a pas non plus empêché les époux de se tourner vers des « amours clandestines ».

Le sens du droit est donc plus de proposer un modèle susceptible d'être suivi que de faire respecter à tout prix une règle de conduite préconçue.

Le modèle familial a, en effet, laissé place à la famille modulable au gré des volontés, des situations, des rapprochements et des séparations. Dès lors, la famille n'est pas donnée, ni fixe ; elle se construit et se reconstruit. Mais si la famille est bien une « affaire » privée - elle le revendique à travers les diverses formes qu'elle choisit d'adopter -, elle reste aussi une affaire publique dans laquelle le droit s'immisce de plus en plus : entre conjoints juridiquement liés ou non (jusque sous les draps qui peuvent cacher un lieu de violences) et entre parents et enfants (pour fixer les droits et devoirs de chacun et surtout la responsabilité et la fonction parentale...).

La place du droit par rapport aux comportements privés est difficile à cerner et ce, pour plusieurs raisons. Il faut, tout d'abord, relever que les individus peuvent désormais choisir une vie de famille qui n'a pas été normée sans subir l'opprobre sociale (« l'esprit rebelle » est au contraire souvent vanté). Il est désormais socialement acceptable de choisir des relations de couples « non

⁷⁸⁸ Le droit est également constitutionnellement reconnu depuis la Décision du Conseil constitutionnel des 12-13 août 1993, n°93-323, RFDA, 1993, p.871-887, note B. Genevois.

⁷⁸⁹ Titre emprunté à l'article de Françoise Dekeuwer-Défossez « Le droit de la famille en quête de sens », Revue *Projet* 3/2011 (n° 322), p. 33-40.

standardisés » par le droit. L'équilibre entre le rôle de la loi et celui de la liberté individuelle s'est profondément modifié mais, en même temps, une partie de la société est en attente de repères et souhaitent cadrer leur vie familiale dans une structure juridique dotée d'une force symbolique. Certaines revendications homosexuelles pour le droit au mariage étaient de cette nature. Le mariage tente donc encore une partie de la population (en dehors du fait qu'il rend possible l'adoption) pour l'aspect purement symbolique. La possibilité de se marier ou de refuser de le faire a un sens (chacune de ces options est tout aussi respectable) et ne se compense pas par la possibilité d'avoir plus ou moins les mêmes droits en signant un pacs.

Le droit de la famille ne fixe pas ce qui doit être. Il reste une règle du jeu qui arbitrerait, au mieux, les relations familiales. Il ne doit pas calquer son évolution sur celles des mœurs mais proposer un ensemble normatif qui permette aux comportements intrafamiliaux de se construire par rapport à des repères stables et solides. Pour le législateur, la question est toujours de déterminer quels types de relations doivent bénéficier d'une protection juridique et, le cas échéant, quelles formes celle-ci devrait revêtir. Il n'est pas « miroir inerte qui reflète les mœurs courantes, mais un participant actif »⁷⁹⁰.

Le droit doit trouver un nouveau rôle face à la multiplication et à l'éclatement des modèles familiaux, c'est-à-dire face à ces nouvelles familles qui se construisent en fonction du choix de vie personnelle de chacun et au sein desquelles les droits de leurs membres sont en concurrence.

Deux nouveaux axes guident désormais l'intervention du droit dans la famille contemporaine qui n'est que le regroupement d'individualités et foyer de l'individualisme : la liberté dans le couple et la responsabilité parentale, le tout pensé dans une éthique de la responsabilité. Les libertés individuelles et la responsabilité pourraient sembler antinomiques car la responsabilité suppose de se plier à un engagement duquel la liberté devrait permettre de se dégager. C'est la raison pour laquelle, si ces deux notions sont également liées à l'éthique familiale, les premières concernent le couple alors que la seconde gouverne les obligations parentales.

⁷⁹⁰ Lon Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », Harvard Law Review, 92, 1978, p. 353-409, p. 378 cité par Robert Leckey, dans son article « Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi » : la reconnaissance des mères lesbiennes », Droit et société 2014/1 (n° 86), p. 115-132.

512. « *La nature des relations au sein de la famille est en train de changer : d'institutionnelles elles deviennent électives* »⁷⁹¹. Est-ce pour autant que l'électif va supprimer l'institutionnel ? On peut se demander si les transformations récentes de la famille, parfois qualifiées de « promotion de la vie privée » ou de « privatisation de l'existence » et marquées par une forte tendance à l'individualisation des relations, n'iraient pas de pair avec l'éclatement du modèle familial et la désinstitutionnalisation de la famille. Pendant longtemps, l'individu n'existait pas en tant que tel mais en tant qu'il était membre d'une famille. Il appartenait à une instance, elle-même investie de fonctions au service de la société tout entière. L'individu s'effaçait derrière l'institution. La famille assumait ses fonctions (reproduction, socialisation et transmission) par rapport à la société qui contrôlait le fonctionnement de l'univers privé des individus et notamment la conjugalité, la fécondité, la filiation, les relations entre générations, les rôles et le statut de chacun au sein de la famille. Au fil du temps, l'institution et les pratiques familiales ont changé. La famille n'est plus une unité durable mais la réunion, parfois éphémère, de plusieurs individualités qui se soumettent quand même à un système normatif qui coordonne les relations entre les membres de la famille. Le paradoxe est que ce système est marqué par les valeurs de l'individualisme et de l'autonomie personnelle qui dévalorisent la vie sociale et les rôles que la société pourrait assigner.

⁷⁹¹ Geneviève Desaux, « Familles bouleversées, familles recomposées », Sciences humaines, Hors série n° 7, Déc. 94/janv. 95, p.6

Section 1 - LA FAMILLE : INSTITUTION SOCIALE OU NATURELLE ?

513. La famille est-elle toujours une institution ? Avant de répondre à cette question, entendons-nous sur la définition de l'institution⁷⁹². On peut retenir que l'institution est une structure sociale ou un système de relations sociales installées dans le temps. L'institution est une sorte de « règle du jeu » qui serait socialement acceptable et acceptée⁷⁹³. On peut parler d'institution pour décrire des organes ou des mécanismes (mariage, société au sens du droit commercial, organisations...). Quant à l'institution juridique, elle se compose d'un ensemble de règles de droit qui embrasse les relations sociales de ceux et celles qui tendent aux mêmes fins⁷⁹⁴. Elle se décrit comme « l'ordonnement cohérent et systématique d'un ensemble de règles et de techniques, manifesté ou non par des organes spécifiques, autour d'une inspiration et d'une finalité commune ... »⁷⁹⁵. L'institution sociale peut devenir institution juridique. Toute institution (sociale ou juridique) génère des coutumes, c'est-à-dire des règles de comportements qui doivent être respectées pour le bon fonctionnement des institutions. Les coutumes purement sociales sont fondées sur la réciprocité, celles qui deviennent juridiques sur la possibilité de résolution des conflits et de protection des plus faibles pour que subsiste l'institution et que son but soit atteint. L'institution juridique désigne ainsi « par opposition à une règle de droit particulière, [un] ensemble de règles concernant un même objet »⁷⁹⁶.

La finalité ou le but poursuivi par l'institution en constitue donc l'élément fondamental. Cette finalité n'est-elle d'ailleurs pas amenée à évoluer ?

⁷⁹² Le terme « institution » est utilisé à sept reprises dans le Code civil sans y faire l'objet de définition (comme la famille d'ailleurs). Trois articles concernent le droit des successions (article 833 : institution contractuelle ; article 967 et 1002 : institution d'héritier) ; Les articles 375 (institution d'aide à l'enfance dans le cadre de l'assistance éducative), 2015 (institutions financières dans le cadre de la fiducie) et 2331 (institutions agréées par le service des allocations familiales ...) désignent des organismes et l'article 370-3 concerne l'adoption.

⁷⁹³ Le terme « institution » provient du latin *institutio* équivalent à « ce qui est institué, règle ».

⁷⁹⁴ L'institution telle qu'elle est vue par Maurice Hauriou en 1925, « est un projet d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de ce projet, un pouvoir s'organise et lui procure des organes, (...). Il se produit des manifestations de communication dirigée ou organisée par des pouvoirs et réglée par des procédures ». Eric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 381-412.

⁷⁹⁵ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°169, p. 197 [5^{ème} édition mars 2012].

⁷⁹⁶ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, 2014, p. 475

Les différentes institutions (mariage, filiation, divorce...) qui construisent ou déconstruisent la famille semblent courir après les nouvelles attentes familiales et sont désormais à bout de souffle.

Le législateur devra faire preuve d'imagination pour les transformer.

§ 1. D'UNE RÉALITÉ SOCIALE À UNE INSTITUTION

514. La réalité sociale et culturelle de la famille s'est peu à peu affirmée. Napoléon, lui-même, exprimera clairement dans quelle mesure la famille dépend moins de la nature que du législateur : *"Les hommes, dit-il, ont les sentiments qu'on leur inculque. Si on forme de bonne heure ceux de l'enfant adopté, il préférera son père adoptif à son père naturel . . . Le mariage ne dérive point de la nature mais de la société et des mœurs. La famille orientale est profondément différente de la famille occidentale. La première est composée de plusieurs épouses et concubines, cela paraît immoral, mais cela marche; les lois y ont pourvu."*⁷⁹⁷

Cet état d'esprit révélait un individualisme généralisé visant à détruire tous les corps intermédiaires, condition sine qua non de l'instauration d'un empire de la liberté toute puissante. La pensée révolutionnaire voyait donc dans la famille une entrave à la liberté absolue des individus⁷⁹⁸. C'est la raison pour laquelle les juristes de 1804 ne traduisirent que des droits et des devoirs familiaux sans référence à une unité familiale et encore moins à l'affectif sur lequel la famille aurait pu reposer.

515. La famille « à l'ancienne » en tant que groupe social, fut considérée comme un modèle bourgeois à détruire, et ce encore au milieu du XX^{ème} siècle. C'est ainsi que sont nés les Kibboutz, essentiellement fondés en Israël par les juifs venant d'Europe de l'Est⁷⁹⁹. L'expérience avait notamment pour finalité de prévoir une éducation neutre, identique et donc égalitaire pour tous les enfants membres du Kibboutz. Elle montre que la famille est bien une construction

⁷⁹⁷ Lire les pages consacrées au "mythe du divorce" et à "l'union libre" par R. Savatier dans son ouvrage *Le droit, l'amour et la liberté*, ch. II et V, L.G.D.J., 1963, spéc. p.14

⁷⁹⁸ Dans le même esprit, la loi le Chapelier (des 14-17 juin 1791) stipulait dans son article 1er la disparition de toutes les corporations professionnelles encore existantes.

⁷⁹⁹ Lire à ce sujet, Bruno Bettelheim, *The children of the Dream. Communal Child Rearing and American Education*, London: Collier-Macmillan, 1969 ainsi qu'une étude plus récente : Ora Aviezer, Marinus H. Van Uzendoorn, Abraham Sagi, and Carlo Schuengel, "Children of the Dream" Revisited: 70 Years of Collective Early Child Care in Israeli Kibbutzim, *Psychological Bulletin*, Vol 116:1, 1994, pp. 99-116.

sociale. L'organisation kibboutzienne a, toutefois, montré ses limites puisqu'elle n'a pas perduré. Cependant, elle a montré que la famille est un groupe socialement organisé. Le kibboutz a totalement remis en cause les structures familiales en prévoyant que toutes les fonctions ou les satisfactions que la famille assurait devaient désormais venir des pairs des Kibboutzims. Plutôt que de favoriser l'égoïsme et l'égocentrisme familial, on a créé une famille alternative avec des instances de substitution : « une maison des enfants » accueille les enfants en lieu et place du domicile parental qui n'existe pas. La fratrie est avantageusement remplacée (tout du moins en ce qui concerne la quantité) par tous les enfants nés la même année et les parents n'en sont plus, en ce sens qu'ils n'exercent plus leurs fonctions parentales à l'égard de leurs enfants puisque des éducateurs, moins affectifs et plus professionnels, assurent la mission. « Pour les enfants du Kibboutz, les parents sont théoriquement bons mais sans utilité »⁸⁰⁰.

Les parents non-membres des Kibboutz étaient tenus éloignés car en rappelant les liens du sang, ils représentaient une menace pour la collectivité qui voulait, au contraire, les oublier. La méfiance était également de mise à l'égard des grands-parents qui, le temps de quelques jours de vacances, inculquaient à leurs petits-enfants le sentiment d'être uniques. Les successions et le transfert de patrimoine que les grands-parents souhaitaient ne se sont pas faits sans crise puisque l'entrée dans le Kibboutz supposait l'abandon de l'idée même d'un patrimoine familial.

L'organisation familiale absorbée par le Kibboutz a suscité, a posteriori, beaucoup de réserves et de critiques. Le relatif échec du système, qui ne s'est pas développé comme prévu, a permis de percevoir que le collectif n'a pas résisté à l'attrait de la famille et au respect de l'individualisme. L'expérience n'a pas plu mais elle n'est pas un échec si l'on s'en tient à l'observation des fonctions de la famille. La fonction reproductive pouvait être assumée. Les fonctions affectives, économiques, de protection et de socialisation étaient prises en charge par la collectivité. Seule la fonction de transmission n'a pas été assumée comme elle l'aurait été dans une famille traditionnelle. Cela montre au moins qu'il est possible d'évoluer dans une autre structure. Certains sont restés très longtemps⁸⁰¹ dans les Kibboutz mais beaucoup ont préféré la famille « nucléaire » à la vie communautaire.

⁸⁰⁰ Article d'Eliane Verret, « Les enfants des Kibboutz », *Revue française de psychologie*, 1971, n°16, page 32.

⁸⁰¹ Il existe en 2015 un peu moins de 300 Kibboutz en Israël. Certains sont en cours de privatisation.

516. L'hypothèse d'une famille-institution naturelle doit être écartée. Les personnes d'une même famille ont, certes, l'habitude de parler des « liens du sang » qui les unissent, liens biologiques et naturels. Pourtant, l'observation des différentes formes de famille dans le monde montre que la famille est un phénomène avant tout social. Chaque société construit sa propre représentation et sa propre symbolique de la famille. Les règles de fonctionnement et même les manières de nommer les membres de cette famille diffèrent selon les pays.

Dans les sociétés occidentales, la famille désigne le plus souvent un couple formé d'un homme et d'une femme et des enfants qu'ils élèvent (ensemble ou séparément). Les unions sont officiellement monogamiques et les enfants appartiennent aussi bien à la branche maternelle que paternelle. Or, dans d'autres sociétés, les unions peuvent être polygamiques ; un enfant n'a pas forcément de père identifié et appartient à la branche maternelle comme chez les Na de Chine⁸⁰² ou encore, une femme peut devenir père, parce que le statut social est plus important que l'identité biologique des individus comme chez les Nuer du Soudan⁸⁰³.

Claude Lévi-Strauss a parfaitement démontré que la famille n'était pas une institution naturelle⁸⁰⁴. En effet, même si l'on peut retenir l'existence d'un instinct de procréation, d'un instinct maternel (les avis sont très divergents sur ce dernier point⁸⁰⁵), d'un attachement instinctif à un compagnon ou à une compagne, ceux-ci sont insuffisants, d'un point de vue ethnologique, à la

⁸⁰² Voir *supra*

⁸⁰³ Voir *supra*.

⁸⁰⁴ Lire notamment Claude Lévi-Strauss, *Le Regard éloigné*, Plon, 1983.

⁸⁰⁵ Charles Darwin affirmait sa conviction dans « *La Filiation de l'homme et la sélection liée au sexe* » : « *Lorsqu'on lit les exemples touchants d'affection maternelle, rapportés si souvent au sujet des femmes de toutes les nations, et des femelles de tous les animaux, comment douter que le mobile de l'action ne soit le même dans les deux cas ?* » cité dans l'article de J.-F. Dortier, « *Y a-t-il un instinct maternel ?* », revue *Sciences Humaines*, n°134, janvier 2003, à partir de l'ouvrage de S. Blaffer Hardy (primatologue et anthropologue féministe), *Les Instincts maternels*, Payot, 2002. Opposée à cette sois-disante évidence de l'instinct maternel, Elisabeth Badinter précisait, en 1980, dans son livre *L'Amour en plus* (Flammarion,) que l'amour maternel serait profondément modelé par le poids des cultures. Ce lien mère/enfant n'était ainsi perçu que depuis la deuxième moitié du XVIIIème siècle. A cette date, le rôle de mère a été valorisé et les femmes ont été « enfermées » dans le rôle social de mère nourricière exigeant un dévouement total à sa progéniture. Il ne s'agirait donc pas d'instinct mais de pression sociale. Le débat entre ce qui serait inné ou acquis n'est pas clos. De nombreuses personnalités féministes comme Simone de Beauvoir ont démontré, en effet, que la condition féminine n'est définie que par la société et la culture : « *On ne naît pas femme : on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine ; c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin. Seule la médiation d'autrui peut constituer un individu comme un Autre. En tant qu'il existe pour soi, l'enfant ne saurait se saisir comme sexuellement différencié.* ». Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe I*, Gallimard, 1949, pages 285 et 286.

création de la famille puisqu'ils ne sont pertinents que si d'autres familles les ont précédées. Ainsi, la création d'une nouvelle famille est conditionnée par l'existence préalable de deux autres familles qui auront « fourni » chacune un membre fondateur de la nouvelle famille. En d'autres termes, la famille n'existe que parce qu'il y avait déjà une pluralité de familles formant une société qui reconnaît l'existence de liens autres que la consanguinité. L'institution est un fait social dont les règles s'appliquent au groupe social que constitue la famille. Elle reflète alors la communauté humaine sur laquelle elle étend son influence.

Chaque institution est tournée vers une finalité particulière et produit, en vue de la normalisation des comportements individuels, un discours ou un schéma qui fixe des modèles de conduite. C'est ainsi que fonctionnent les religions, les organisations politiques, l'Education nationale.

517. La famille a longtemps obéi à une norme sociale pour se former (le mariage était considéré comme un préalable socialement nécessaire et suffisant à la vie en couple et aux naissances) et pour organiser les relations entre les membres qui la composent. Elle est ainsi un « lien » qui légitime la prise de décision, poursuit un but commun et au sein duquel peuvent s'exercer toutes sortes de contraintes.

De là vient principalement la remise en cause de l'institution.

En effet, les deux composantes principales de la famille, la conjugalité et la parentalité, connaissent un bouleversement analogue : elles sont désormais, toutes les deux, choisies et désirées.

Le refus d'entrée dans l'institution, plus particulièrement dans celle du couple, présente quelques contradictions d'ordre pratique : fuir la conjugalité officielle, c'est fuir la norme et les ingérences de la société dans une relation privée. Paradoxalement, à la différence du couple marié ou « pacsé », le fait de vivre en concubinage dans notre société expose davantage le couple qui devra justifier sa vie intime (par la production de certificats, attestations et autres preuves de vie commune) dès qu'il sera question d'allocations, de prêt, de logement, de remboursements bancaires. C'est ainsi que, même si le couple refuse de rendre des comptes à la société, rien ne l'empêche de faire ses propres comptes et, à leur lecture, de demander les prestations, allègements fiscaux et autres facilités accordées aux foyers. Le goût de l'intimité ne vaut pas renoncement à tout.

L'anthropologue Françoise Héritier a regretté, lors de son audition au Sénat du 5 février 2013⁸⁰⁶, que le « *fonctionnement des sociétés humaines* » ne soit pas enseigné dans « *nos écoles* ».

Cela éviterait de penser que le naturel est une évidence puisque tout système de parenté ou d'alliance procède d'une création de l'esprit. En effet, le fait d'avoir fixé un modèle de mariage hétérosexuel et monogamique ou de rattacher un enfant à quatre branches généalogiques obéit à une organisation ethnique et sociétale. Il n'y a là aucune certitude naturelle. Pourquoi ne considérerions nous pas, à l'instar d'autres organisations ethniques ou étatiques, que les enfants d'un couple « trop » fertile puisse être « donnés » aux oncles et tantes stériles ?

La filiation et l'alliance sont issues de règles sociales qui déterminent l'affiliation d'un enfant ou l'entrée d'un conjoint dans un groupe, en lui conférant droits et devoirs. Seule la culture rend le lien créé évident. Reste à envisager et à accepter intellectuellement les changements.

La famille a heureusement évolué depuis le paléolithique. Le premier choix politique utile fut sans doute d'opter pour l'hétérosexualité⁸⁰⁷. Mais sept milliards d'individus plus tard, ce modèle n'est plus nécessairement exclusif d'autant que la reproduction devrait un jour être concevable hors du corps : la technique est fiable pour la rencontre des gamètes et des ovules en éprouvette mais l'utérus artificiel ou la greffe d'utérus ouvrent encore le champ du possible. Nos esprits ont déjà été confrontés aux plus grands bouleversements qui auront une influence sur l'évolution humaine. Deux options sont alors envisageables : soit figer l'ordre social au seul prétexte que nos ancêtres vivaient ainsi – peut-être plus proches de la nature –, soit accepter son évolution et son implication dans les relations privées.

⁸⁰⁶ Lire le compte rendu de la commission des lois du sénat à la suite de l'audition de Madame Héritier concernant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe (<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130204/lois.html#toc3>)

⁸⁰⁷ Pour une plus complète information sur le sujet, on peut lire l'ouvrage de Gilles Delluc (avec la collaboration de Brigitte Delluc), *Le sexe au temps des Cro-Magnons*, Édition Pilote 24, 2006, et l'article d'Henri Zaffreya concernant les représentations sexuelles dans l'art paléolithique « La sexualité des paléolithiques » consultable sur le site Hominidés.com : <http://www.hominides.com/html/references/sexe-prehistoire-paleolithique-art.php>.

§ 2. UNE INSTITUTION JURIDIQUE ?

518. La notion d'institution juridique peut être définie comme « *l'ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opposition à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités). Exemple : les institutions de la Ve République, le mariage, la propriété, le contrat, l'entreprise, institutions fondamentales des sociétés individualistes et libérales* »⁸⁰⁸.

La famille peut être qualifiée d'institution juridique, au sens de corps de règles poursuivant une finalité commune, « *en ce que le droit organise et consacre le groupe qu'elle constitue* »⁸⁰⁹. La finalité de cette institution collective est de « chapeauter » les « sous-institutions » qu'elle regroupe (mariage, l'autorité parentale ...). Jean Carbonnier a précisé cette structure, en indiquant que « *Les institutions juridiques s'ordonnent d'ailleurs entre elles, se regroupent, se hiérarchisent. Ainsi l'institution de l'obligation alimentaire et l'institution du mariage se rassemblent pour former, avec d'autres, une institution juridique plus vaste qui est l'institution de la famille* »⁸¹⁰.

Le droit de la famille a donc morcelé les réalités familiales en des institutions séparées. Il s'agit donc autant de qualité que de quantité. A partir de quel nombre de règles parle-t-on d'institution, à partir de quel seuil l'accumulation de règles forme-t-elle une institution ?

Un ensemble de règles est qualifié d'institution par la jurisprudence. Cet ensemble concerne une branche du droit. Par exemple, le divorce, l'adoption ou le mariage sont considérés comme des institutions du droit de la famille parce qu'elles créent ou anéantissent les liens qui font la famille, c'est-à-dire la filiation, la parenté, l'alliance. « *La famille n'est donc pas une institution autonome mais représente un ensemble de considérations fragmentaires par rapport à des institutions telles que le mariage, la filiation, la puissance paternelle ou la succession* »⁸¹¹.

⁸⁰⁸ G. Cornu *Le Vocabulaire juridique, op.cit.*

⁸⁰⁹ G. Cornu, cité par D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *La contractualisation de la famille*, Introduction, Economica, 2002, p. 1 et s., spéc., p. 5.

⁸¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère [collection Quadriga, PUF, 2004], n°4, p. 12.

⁸¹¹ Carlos A. Sacheri, « La famille, institution juridique ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 7, n° 2, 1965-1966, p. 166-177.

Les membres de cette « institution », quand il s'agit d'une collectivité familiale, ne sont pas toujours clairement identifiables puisque, selon les lois ou les règlements en cause, le groupe familial se compose différemment. Souvent limité aux parents et aux enfants, le droit français y inclut parfois des parentés plus éloignées comme les grands-parents, les oncles, tantes ou cousins qui peuvent notamment être appelés en matière successorale. Le lignage familial est également significatif dans le droit des incapacités, en particulier pour la constitution du conseil de famille d'un mineur orphelin ou d'un majeur placé sous tutelle.

Les institutions « *correspondent alors à toute construction juridique d'ensemble – organisme ou mécanisme – formée d'un complexe durable de règles et destinée à gouverner un certain type de situations juridiques en fonction d'une finalité et d'une inspiration déterminées ... l'institution ... est toujours, plus qu'une simple règle de droit, un complexe systématique de règles organisé autour d'un but et d'un esprit communs* »⁸¹².

Ainsi, l'élément essentiel de la famille n'est pas la composition familiale mais bien « la conduite » de ses membres, la nature de leurs relations et la fonction de chacun de ses acteurs pour tendre vers un but commun.

On peut donc retenir que la famille est une institution juridique en tant qu'ensemble de règles de droit unies entre elles par une finalité commune.

La doctrine et la jurisprudence ont reconnu la qualité d'institution à la famille en considérant qu'elle pouvait être sujette à « détournement d'institution », procédé qui consiste à utiliser une fiction juridique en dehors du cadre dans lequel elle devait s'insérer⁸¹³. Si elle peut être une institution détournée, nul ne doute qu'elle puisse être qualifiée tout de même d'institution.

⁸¹² J.-L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003[5^{ème} éd. mars 2012], p.181.

⁸¹³ J. Hauser, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », In *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, PUF, Juris-classeur Dalloz, 1999, p. 441.

Section 2 - L'INSTITUTION DE L'ADOPTION

519. La notion de détournement d'institution familiale a investi le droit de la famille dans les années 1980. La Cour de cassation s'est prononcée sur ce sujet le 7 mars 1989⁸¹⁴. Il s'agissait en l'espèce, d'une adoption plénière, consentie par la mère des enfants en faveur de son nouveau conjoint, le père des enfants étant prédécédé. Or, ce type d'adoption entraîne la rupture des liens de sang avec la famille d'origine⁸¹⁵, conséquence peu compatible avec le droit des grands-parents, parents du conjoint prédécédé, d'entretenir des relations personnelles avec leurs descendants. En 1989, la cour de cassation estima que *“l'adoption en la forme plénière de Céline et Delphine par le second mari de la mère, dans le but ... de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents, loin de correspondre à la finalité de l'institution en constituait un véritable détournement”*.

520. Cette notion de détournement fut à nouveau retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans sa décision du 31 mai 1991⁸¹⁶, pour condamner les maternités de substitution. Les faits sont connus : un couple marié dont l'épouse était stérile avait conclu une convention avec une femme qui s'engageait à porter l'enfant biologique du père (et mari), cet enfant ayant été conçu par insémination artificielle. La mère “porteuse” avait accouché sous x, et l'enfant avait été reconnu par son père et faisait l'objet d'une procédure d'adoption plénière par l'épouse de son père.

L'attendu principal de l'arrêt condamne clairement le principe même de la maternité de substitution que l'adoption demandée tentait de déguiser : *« ... la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ... cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du*

⁸¹⁴ Cass, 1ère civ. 7 mars 1989, déjà cité.

⁸¹⁵ Article 356 alinéa 1 du Code civil

⁸¹⁶ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. n° 4, D. 1991, Jurisp. p. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; J.C.P.G. 1991, II, n° 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. Terré ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet –Weiller et p. 489, note M. Gobert ; J.C.P., 1991, I, 3547, Chr. J. Rubellin-Devichi, Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert.

corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption".

Le recours aux maternités de substitution a donc été doublement sanctionné : tout d'abord parce qu'il se fondait sur une convention illicite, mais aussi parce qu'il faisait entrer l'enfant dans sa famille en détournant l'institution de l'adoption⁸¹⁷.

Le détournement d'institution était-il un argument pertinent ? Il ne fait nul doute que la convention et l'adoption sont liées. L'illicéité de la première ne s'étend-elle pas nécessairement sur la deuxième ?

La Cour de cassation a refusé alors l'adoption car « *de telles adoptions sont contraires au but poursuivi par le législateur, qui est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas ... or, on admettra, de ce point de vue, que l'adoption d'un enfant issu d'une convention de mère porteuse consacre un détournement de l'institution de l'adoption ... le but n'étant plus de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, mais avant tout de donner un enfant à des parents qui n'en ont pas* »⁸¹⁸. Pourtant, une fois que l'enfant est né, où se trouve son intérêt supérieur ? Très vraisemblablement dans l'établissement d'un lien de filiation avec ses parents même si ce lien est né d'une convention illicite.

L'arrêt de l'assemblée plénière de 1991, se référait au détournement d'institution et rappelait ainsi, si besoin était, que l'adoption n'est pas qu'une affaire privée ; elle demeurerait avant tout une institution que les pouvoirs publics entendent encadrer, voire contrôler.

Cette position a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation, notamment en ce qui concerne l'adoption par les grands-parents d'enfants dont les parents étaient prédécédés. Le 16 mai 2001⁸¹⁹, la première Chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, refusé à une grand-mère, très âgée, d'adopter ses petits-enfants nés de sa fille prédécédée. La cour a considéré que l'adoption ne doit avoir pour unique finalité que l'établissement d'une filiation. Il semble que cette finalité ne soit pas compatible avec le « *but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi* » que poursuivait la grand-mère⁸²⁰.

⁸¹⁷ Voir infra l'évolution ultérieure de la jurisprudence et du droit français sur les maternités de substitution.

⁸¹⁸ Véronique Larribau-Terneyre, note sous C.A. Pau, 19 février 1991, D. 1991, J, p. 380 et s., spéc. p.382.

⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *AJ fam.* 2002 p.26, obs. S. Deis ; *JCP* 2001 IV n°2894 ; *D.* 2002 JP p.1097, note F. Boulanger ; *LPA* du 28 février 2002 n°43 p.21, note J. Massip.

⁸²⁰ Précisons que l'adoption aurait permis aux petits-enfants adoptés de bénéficier d'une part successorale plus importante que celle des petits-enfants non adoptés et surtout d'une fiscalité avantageuse. Les héritiers représentants sont placés dans la même situation que l'héritier représenté (prédécédé). Ils se partagent donc l'abattement et sont soumis au même barème de droits de succession.

L'institution de l'adoption est détournée dès qu'elle est utilisée dans un autre but que celui de donner une famille à l'enfant et d'établir une filiation. Mais la limite est ténue entre « *l'utilisation opportune et l'instrumentalisation de cette institution* » puisque « *l'adoption se prête facilement au détournement de par le caractère ouvert de sa cause* »⁸²¹.

L'adoption a évolué en droit français dans le sens d'une libéralisation progressive, concrètement marquée par l'assouplissement de ses conditions et l'élargissement de ses effets. Elle est une institution de filiation et crée de la parenté. Elle est une pratique à travers laquelle les pouvoirs religieux et étatique ont toujours exercé une emprise sur la constitution des familles. La légalisation de l'adoption a certainement contribué au renforcement du système étatique de l'état civil, en lui accordant une priorité sur la tradition et sur les pratiques informelles pour l'identification de la personne et de ses liens de parenté. Elle montre aussi que la « gestion » des filiations est un enjeu que les acteurs familiaux ne contrôlent pas entièrement.

Les réformes du droit de la famille ont fait de la filiation le pivot conditionnel d'une institution familiale dépoussiérée, rénovée. Accorder à la filiation la place fondatrice jusqu'alors attribuée au mariage est un renversement. Pendant longtemps la filiation a dépendu du mariage qui créait des obligations aux futurs parents unis en un couple indissoluble. Le mariage désignait le père. Le mariage était le socle de la famille. Désormais, l'égalité des filiations et l'effondrement du modèle matrimonial ont recentré l'institution familiale sur l'enfant laissant le couple chercher un nouveau rôle dans la famille.

Section 3 - L'INSTITUTIONNALISATION DE LA CIVILISATION CONJUGALE

521. La société a aussi fait une institution du mariage qui peut, à ce titre, être détournée. Rappelons que le mariage fut longtemps considéré comme la seule union moralement possible entre un homme et une femme, les autres formes d'union restant ignorées par la loi et condamnées par la société. Le mariage était à bien des égards un miroir de la société qui l'avait institué. En échangeant leur consentement, les conjoints acceptaient d'entrer dans un système formé de règles impératives que leurs volontés individuelles ne pouvaient contourner. Les effets personnels engendrés par cette union n'étaient pas négociables (à l'inverse des effets patrimoniaux qui pouvaient être réglés par contrat).

⁸²¹ J. Hauser, « De l'adoption parentélaire à l'adoption blanche », *RTD Civ.* 1998 p.893.

Le couple représentait alors la plus petite institution de la société. « *Conjointement institutionnalisé et sacralisé par la République et par l'Église, il [le couple] se devait d'être la matrice de la famille. Chacun des partenaires savait avoir à renoncer à une part de ses plaisirs et prérogatives personnels au bénéfice du bon fonctionnement de l'institution-couple* »⁸²². Le caractère institutionnel de l'union s'appuyait sur la définition du code civil qui précisait que le mariage était l'union d'un homme et d'une femme déclarant se prendre pour époux. La célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, représentant la société, achevait d'en faire une « affaire d'état ». Le couple institutionnalisé entrait dans une logique d'identité et d'appartenance à une norme sociale.

522. Nous savons que, depuis le dernier tiers du XX^e siècle, l'institution-couple a commencé à s'affaiblir au point que les divorces sont peu à peu devenus le destin de près de 40 % des mariages, que le nombre d'enfants nés hors mariage a désormais dépassé le nombre d'enfants nés de parents mariés et que le mariage n'est plus le modèle unique de la vie de couple.

Le couple contemporain a subi les effets de la mutation sociétale en cours et les effets du processus de désinstitutionnalisation et d'individualisation qui lui est lié. Le mariage n'est plus qu'une possibilité, qu'un modèle parmi d'autres de la vie à deux. Il n'est plus une vérité qui ne subirait pas l'impact du temps et de l'espace.

Le mariage est l'engagement qui cristallise l'évolution du droit de la famille, conséquence directe de l'évolution de la société et donc de la famille.

Les transformations de la famille ont principalement touché les liens conjugaux devenus plus électifs et donc plus instables. La possibilité de choix de maternité et la nouvelle autonomie financière des femmes ont permis de reconsidérer le rôle des hommes et des femmes dans la sphère privée et la fonction ou les attentes du couple.

Les circonstances, l'évolution de la société, de l'opinion publique et des mœurs ont été initiatrices de la loi sur le pacs qui a offert une reconnaissance légale et sociale aux couples non mariés, notamment aux couples homosexuels.

⁸²² J.-P. Gaillard « Le couple contemporain : entre institution et connexion », Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux 1/2009 (n° 42), p. 13-25.

Sans influence sur la filiation, le pacs a été clairement dissocié de la famille. L'établissement du lien de filiation⁸²³ constitue l'une des principales différences entre le pacs et le mariage. Sa nature est strictement et uniquement contractuelle. La nature du mariage est hybride puisqu'il est encore, pour beaucoup, à la fois un contrat, qui encadre les relations privées entre époux mais aussi une institution si l'on considère la situation qu'il crée vis-à-vis des tiers et de la société. Ces deux aspects du mariage sont d'ailleurs rappelés sur le site du ministère de la justice⁸²⁴ qui définit le mariage comme « *un acte public, juridique et solennel par lequel un homme et une femme s'engagent l'un envers l'autre dans la durée, devant et envers la société, pour fonder ensemble un foyer*⁸²⁵ ». Cette définition se rapproche de celle du Civil Partnership anglais donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à savoir : « *un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel.* »⁸²⁶

Ce même site ne s'arrête qu'à l'aspect contractuel du pacs quand il le définit : « Le pacte civil de solidarité (Pacs) est un contrat. Il est conclu entre deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

Le succès rencontré par cette alternative auprès des couples hétérosexuels (les autres n'avaient pas le choix) suscite une interrogation quant à la nature du pacs.

§ 1. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ : CONTRAT-INSTITUTION

523. Entre contrat et institution, le Pacs⁸²⁷ balance.

Présenté comme la réponse à la question politique de la légalisation du couple de même sexe, le pacte civil de solidarité (pacs) est un texte juridique ambivalent s'inspirant de l'institution matrimoniale sur certains points et empruntant à l'esprit de l'union libre sur d'autres.

En offrant aux couples hétérosexuels une alternative au mariage, on a pu croire que le législateur institutionnalisait les couples « *tant il est vrai que ce prétendu*

⁸²³ L'homme d'un couple pacsé doit reconnaître l'enfant qui naît alors que la filiation est établie automatiquement dans un mariage.

⁸²⁴ <http://www.justice.gouv.fr>

⁸²⁵ Le « foyer » peut se résumer à un foyer fiscal.

⁸²⁶ CEDH, gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, aff. n° 13378/05.

⁸²⁷ Par la Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

contrat ne constitue, en réalité, rien d'autre qu'une nouvelle institution » ainsi que le remarquait Madame Dominique Fenouillet⁸²⁸.

Symbole de la reconnaissance du couple de même sexe, maintenu à l'écart du mariage, le pacs s'est progressivement inséré dans la société française pour se banaliser au point d'être aujourd'hui, quinze ans après son adoption, utilisé massivement par les couples de sexe différent. Le pacs a été dépassé par son succès⁸²⁹. En 2013⁸³⁰, plus de 96% des Pacs ont été signés par des couples hétérosexuels.

L'article 515-1 le définit comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Il constitue aussi un statut du couple, sur une base contractuelle qui organise la vie commune.

Le pacs institutionnalise les relations de couple. En additionnant le nombre de pacs et des mariages, on observe que le nombre de couples qui a recours à un cadre juridique est en hausse constante. L'augmentation massive du nombre de pacs, depuis 2007 surtout, compense largement le tassement du mariage. De ce point de vue, la norme conjugale, si elle connaît des mutations, reste « hégémonique » et écarte, pour l'instant du moins, l'avènement de la « relation libre » construite par les seules partenaires et débarrassée de supports externes et notamment de cadres institutionnels.

Les usages sociaux récents du pacte civil de solidarité, et en particulier les phénomènes de mise en scène et de ritualisation⁸³¹ auxquels il se prête, contribue à la dimension instituante du dispositif juridique.

Il semble bien que le but initial du législateur n'était pas de créer une institution comparable ou concurrente à celle du mariage, pas plus que d'assimiler les fonctions du Pacs à celles du mariage. Le Conseil d'Etat l'a confirmé dans un

⁸²⁸ D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *La contractualisation de la famille, op. cit.*

⁸²⁹ En 2000, sur 322 393 unions hétérosexuelles (les couples homosexuels ne disposent du choix de se marier que depuis mai 2013) 16 859 étaient conclues sous forme de pacs (soit 5,23 % des unions). En 2013, sur 406 718 unions hétérosexuelles et homosexuelles, 238 592 couples ont choisi de se marier alors que 168 126 couples ont opté pour le Pacs (soit 41,33 % des unions).

Source : INSEE http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02327

⁸³⁰ Derniers chiffres communiqués par l'INSEE.

⁸³¹ A l'instar du mariage, le pacs est devenu l'occasion de faire la fête avec ses proches. La célébration est parfois précédée, pour les volontaires, de l'enterrement de la vie de célibataire, de la préparation des faire-part de Pacs, du dépôt d'une liste de cadeaux, des alliances et du « voyage de Pacs ».

arrêt du 28 Juin 2002⁸³² en affirmant que la loi du 15 Novembre 1999 ne pouvait être interprétée comme assimilant de manière générale les partenaires liés par un pacs aux personnes mariées. Partenaires et conjoints mariés étant placés dans des situations juridiques différentes, le principe d'égalité n'imposait pas de les traiter de manière identique. Le Conseil d'État a clairement indiqué que « *les liens juridiques qui unissent les personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité ont été organisés par le législateur de manière différente, notamment du point de vue de leur intensité et de leur stabilité, de ceux qui existent entre deux conjoints ; que ces deux catégories de personnes étant ainsi placées dans des situations juridiques différentes, le principe d'égalité n'impose pas qu'elles soient traitées, dans tous les cas, de manière identique* ».

Le pacs est né à une époque où le couple a cessé d'être une composante indispensable et préalable à la famille. Le succès de ce contrat montre qu'il répondait bien à une demande sociétale de voir le couple devenir une entité indépendante ayant vocation à recevoir un statut spécifique et où serait privilégiée, au sein même du couple, la liberté de chacun des membres. En effet, le pacs ne crée pas le lien familial. Il consacre simplement la notion de couple. Il n'a aucun effet sur l'établissement de la filiation, ne permet pas l'adoption (simple ou plénière), et ne crée aucun lien entre les partenaires et leur belle-famille. D'ailleurs, la conclusion d'un pacs n'entraîne pas la remise d'un livret de famille. Les couples modernes y voient le meilleur moyen de profiter des avantages de la vie en couple (déclaration commune pour l'impôt sur le revenu⁸³³, l'exonération des droits de succession entre autres⁸³⁴) sans en subir les inconvénients (le divorce judiciaire, la prestation compensatoire).

524. Sur le plan symbolique, le pacs n'est pas encore synonyme « d'entrée dans la norme ». C'est vraisemblablement l'une des clés de son succès. Il permet de rester « au bord » de l'engagement. Il présente les avantages du mariage dans le costume de l'insoumission à l'institution. L'embarras lexical des partenaires, quand il s'agit de présenter la personne avec laquelle ils vivent est révélateur :

⁸³² C.E., Ass., 28 juin 2002, *M. Villemain*, n°220361 ; AJDA, chron. F. Donnat et D. Casas, p. 586. Lire H. Bosse-Platière, « Le pacte civil de solidarité à égalité avec le mariage ? » Note sous CE, 28 juin 2002, JCP 2003, I, n°101, p. 16.

⁸³³ La valeur prise en compte pour l'imposition résulte de l'addition des patrimoines des deux partenaires pacés mais cette règle vaut également pour les époux et les concubins.

⁸³⁴ La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a profondément modifié le régime du pacs en le rapprochant de celui du mariage. Depuis, la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 sur le travail, l'emploi et le pouvoir d'achat – cite T.E.P.A. - l'option entre mariage et pacs est fiscalement neutre.

compagnon, ami, fiancé...recèle la difficulté de se positionner face à la conjugalité⁸³⁵.

Notons cependant que depuis le 1^{er} juillet 2008, tous les pacs (non seulement la déclaration mais aussi l'identité complète de l'autre partenaire), comme les mariages, sont mentionnés sur l'acte de naissance des partenaires. La publicité est donc commune à ces deux modes de conjugalité tout comme le fait que, sur le plan patrimonial, un véritable droit commun, très inspiré du droit des régimes matrimoniaux, est applicable aux partenaires. Comme pour les époux, ils peuvent choisir entre un régime supplétif (séparation de biens (C.civ., art. 515-5, al. 1^{er}) et le régime de l'indivision.⁸³⁶

Différentes réformes ont aussi rapproché, notamment sur le plan fiscal, le pacs du mariage. Le législateur n'ira probablement pas plus loin. En effet, puisque le pacs a initialement été conçu pour ceux qui ne pouvaient pas se marier, il était cohérent de rapprocher ses effets du mariage. Maintenant que le mariage est également autorisé pour les couples homosexuels⁸³⁷ et compte tenu des chiffres qui montrent que le pacs est essentiellement utilisé par ceux qui ne veulent pas se marier (plus de 4 unions sur 10 sont conclues sous la forme d'un pacs, en 2013), il y a plus de raison de faire du pacs un « mariage bis ».

⁸³⁵ A l'inverse, Simone de Beauvoir, qui n'a jamais convolé, appelait « mon mari » son amant américain, Nelson Algren ; Lire Simone de Beauvoir, *Lettres à Nelson Algren*, Gallimard, 1997, p 169. Elle s'adressait à Jean-Paul Sartre en l'appelant « Tout Cher Petit être » et signait « Votre charmant Castor » *Lettres à Sartre*, Tome 2 1943-1963, Gallimard, 1990.

⁸³⁶ Les concubins n'ont, en revanche, aucun « régime patrimonial » puisqu'un régime sous-entend un « ensemble de dispositions légales qui régissent la manière dont quelqu'un ou quelque chose est soumis à une institution » (Larousse 2013). Or, il n'y a pas d'institution du concubinage mais juste une situation de fait.

⁸³⁷ Loi du 17 mai 2013.

§ 2. LE MARIAGE UNE INSTITUTION DÉPASSÉE ?

525. Même si la symbolique contractuelle est présente dans le mariage ne serait-ce que par l'importance de l'échange des consentements qui contient l'intention matrimoniale, donc le souhait d'adhérer à l'ensemble des effets que la loi attache au mariage sans qu'il soit possible d'en aménager le contenu, le mariage demeure une institution, qu'on le désigne à l'exemple des américains comme une institution sociale ou que l'on retienne, comme le doyen Carbonnier, qu'il s'agit d'« *une institution qui répond à une nécessité morale de l'espèce humaine* »⁸³⁸ (même si cette dernière désignation paraît aujourd'hui surannée).

La qualification d'infractions⁸³⁹ oriente aussi vers la nature institutionnelle du mariage puisque la finalité du droit pénal est de protéger l'ordre public et l'intérêt général de la société. Le droit s'adapte ainsi à l'évolution des mœurs et aux besoins spécifiques de la société selon « l'ordre général du moment »⁸⁴⁰ qui admettra ou refusera certaines pratiques, telles que la polygamie, la répudiation ou même le divorce.

Le mariage institué est aussi instituant puisqu'il suppose l'adhésion à des valeurs, à des principes et à un ensemble de règles contraignantes en « échange » d'une reconnaissance sociale à laquelle chacun est plus ou moins sensible.

En se mariant, les époux accomplissent une double démarche. Ils acceptent et reconnaissent l'institution du mariage et la loi commune à laquelle ils se soumettent tout en renonçant à la liberté, ou plutôt à la facilité de rupture, que leur offre le Pacs ou l'union libre. En retour, ils demandent à la société de reconnaître l'existence et la valeur de leur engagement mutuel et de leur assurer la protection de la loi.

En cessant d'être un « *modèle naturel* »⁸⁴¹, obligatoire et « sacré » dans l'esprit des futurs candidats à la vie de couple, le mariage a pu être utilisé pour une autre fin que celle initialement prévue, utilisations qui ont pu être sanctionnées pour détournement de l'institution (A). La démarche n'est d'ailleurs pas évidente

⁸³⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. t.2, La famille*, : PUF, coll. Thémis, 21^{ème} édition, 2002, [Collection Quadriga 2004], p. 368.

⁸³⁹ Par exemple, les mariages simulés aux seules fins d'obtention d'un titre de séjour est un délit (Art. L623-1 du Code entrée et séjour des étrangers). La bigamie est pénalement sanctionnée (article 433-20 C. pénal). Le « multipartenaire » ne risque que la nullité du pacte conclu avant la fin du précédent.

⁸⁴⁰ Aurélie Lebel, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », AJ Famille 2013 p.122

⁸⁴¹ Marie Lamarche et Jean-Jacques Lemouland, « Mariage », Rép. Civ. Dalloz, 2002, n°6, p. 3.

puisque la finalité de l'institution est en constante évolution (B) et qu'elle se confond parfois avec les fonctions du mariage (C).

A - L'INSTITUTION DU MARIAGE DÉTOURNÉE

526. L'« institution » en cause ici est constituée d'un « bloc de règles de droit » visant à une finalité commune. Il s'est agi, pour la jurisprudence, de repérer les époux, peu scrupuleux, mariés dans un autre but que celui présumé du mariage. Ces époux ont donc utilisé le mariage sans adhérer à l'ensemble des règles applicables à l'institution du mariage.

La notion d'institution du mariage et de son éventuel détournement trouve son origine dans le contentieux lié aux demandes d'annulations de mariages « fictifs » ou simulés.

La jurisprudence s'est intéressée au mobile des couples, au but ultime poursuivi. Elle s'est ainsi prononcée sur la validité du consentement, censé refléter une volonté et un engagement sérieux, des deux époux qui ne se seraient « prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »⁸⁴². L'arrêt Appieto est éclairant sur ce point. En l'espèce, un homme avait épousé sa fiancée dans l'unique but de conférer la légitimité à l'enfant dont ils étaient les parents. Il n'avait cependant aucune intention de fonder un foyer. Les futurs époux étaient convenus de divorcer juste après la célébration du mariage. Mais la mariée changea d'avis et le jeune marié, soucieux de voir respecter leur arrangement, demanda l'annulation du mariage.

La question qui se posait était donc de savoir si un mariage, conclu dans la seule fin de conférer à un enfant commun une légitimité, pouvait être annulé. La première chambre civile de la Cour de cassation a retenu que « *les mariés ont consenti au mariage dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime et donc qu'ils ont cru pouvoir limiter les effets légaux du mariage. Puisque cette situation d'enfant légitime est une des raisons majeures de l'institution du mariage et que le mariage est une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient le mariage ne serait pas frappé de nullité* ».

L'utilisation d'un but particulier, telle la légitimation d'un enfant, n'était donc pas nécessairement un détournement. Annuler le mariage, c'était aussi

⁸⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963, *Appieto*, *Bull. civ.* I, n°506 ; *JCP* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964. 286 obs. Desbois D. 1964, note G. Raymond.

considérer que l'enfant était naturel. Aujourd'hui, la distinction entre enfant naturel et enfant légitime n'a plus les mêmes conséquences et il n'est pas certain que la Cour de cassation retiendrait la même solution.

En résumé, les futurs époux ne doivent pas avoir l'intention de faire jouer au mariage un rôle pour lequel il n'est pas conçu. En général, ce rôle aboutit à l'obtention d'un avantage ou d'un statut favorable à l'un des deux époux qui, à défaut, n'auraient pas contracté cette union (obtention de la nationalité française, d'un titre de séjour...)

La question principale est donc bien celle de la finalité.

L'institution se caractérise par la recherche d'une finalité, d'un but. Or, quelle est la finalité du mariage ? Limiter la finalité du mariage à la création d'une famille et implicitement à avoir des enfants, n'est aujourd'hui plus possible compte tenu des divorces, des cohabitations multiples et du mariage de personnes de même sexe, situations qui bloquent la description des contours de la famille et qui imposent de parler non seulement de modèles familiaux au pluriel mais aussi d'élargir les raisons qui peuvent inciter un couple à se marier. Existe-t-il une justification objective, indiscutable et raisonnable de se marier ?

La finalité traditionnelle du mariage (qui tend à fonder une famille et donc à procréer) est aujourd'hui remise en cause.

B - UNE INSTITUTION À LA FINALITÉ ÉVOLUTIVE

527. « *La perpétuité étant de l'essence du mariage et le mariage étant le fondement de la société c'est évidemment attaquer la société par ses fondements, que de permettre que le mariage soit détruit dans son essence* »⁸⁴³.

Le mariage indissoluble était le fondement de l'ordre social du début du XIXème siècle. Le mariage était guidé, selon le conseiller d'État Portalis, par « *l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit et d'un contrat perpétuel par sa destination* »⁸⁴⁴ puisque, selon un « *principe universellement reconnu* »⁸⁴⁵, l'intention des époux était nécessairement de s'engager dans un mariage qui ne

⁸⁴³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Marchand du Breuil, Paris, 1827, Tome V, Observations du Tribunal d'appel de Riom sur le projet de Code civil, p. 416.

⁸⁴⁴ P.-A. Fenet, op. cit., Tome I, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis, p. 485 et p. 487. Bien que la loi du 20 septembre 1792 eût consacré le divorce, elle avait aussi reconnu que « le mariage [était] un contrat civil, dont la condition essentielle [était] dans le consentement des deux époux de s'unir pour la vie ».

⁸⁴⁵ J.-G. Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire complet des codes français*, Treuttel et Würtz, Paris, 1831, Tome V, Rapport sur la loi sur le divorce fait au Tribunat par Savoye-Rollin (18 mars 1803), p. 327.

cesserait qu'à la mort de l'un d'eux, parce que la famille légitime devait être le fondement du nouvel ordre institutionnel de la France.

« Dans le mariage, insistait Maleville, ce n'est pas seulement avec un individu qu'on s'engage ; c'est avec la République que l'on contracte principalement ; c'est pour l'intérêt des enfants qui sont l'objet final de cette union, que l'on prend l'engagement solennel d'une fidélité éternelle ; et il est contre la nature des choses qu'on puisse violer cette promesse pour son seul intérêt »⁸⁴⁶.

La famille légitime constituait « le sanctuaire des mœurs » et le fondement de l'Etat⁸⁴⁷.

L'ordre social passait par l'harmonie et l'encadrement des familles.

La famille légitime devait d'autant plus être protégée que le mariage avait pour finalité de « perpétuer l'espèce humaine » (Portalis)⁸⁴⁸. Ces orientations se situaient dans la droite ligne de la Genèse, « croissez et multipliez »⁸⁴⁹. L'union conjugale devenait une institution d'ordre public et, comme le martelait Portalis, « un engagement inviolable, stipulé au profit de l'État, au profit de la société générale du genre humain »⁸⁵⁰.

En passant devant le maire, les futurs époux s'engageaient à être fidèles. Ce qui voulait dire aussi que la femme s'engageait à ce que l'enfant qui allait naître de cette union serait bien celui de son époux.

528. L'institution du mariage s'est longtemps appuyée sur la différence de sexe, exigence physique qui assurait le renouvellement des générations. Le code civil a aussi eu pour mission de « mettre un peu d'ordre » dans la sexualité et la procréation, en assignant à chacun des rôles et un statut. Le mariage permettait de donner un statut à la femme, un père à un enfant, de fixer une généalogie officielle et de graver les droits et devoirs issus de la filiation et de l'alliance. Deux cents ans plus tard, le rôle, l'idée, l'esprit, quel que soit le nom que l'on donne à la finalité de la famille et du mariage dans la société, ont complètement changé.

Les tribunaux sont maintenant appelés à se prononcer sur des situations qui montrent bien à quel point la notion de famille et de mariage est ductile (mariage entre personnes de même sexe, entre transsexuels...). Cependant, les juges se

⁸⁴⁶ J. Maleville, *Du divorce et de la séparation de corps*, Goujon, Paris, 1801, p. 20.

⁸⁴⁷ P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome I, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis, p. 487.

⁸⁴⁸ Le contrat de mariage était perpétuel, car il avait pour objet « de perpétuer l'espèce humaine », P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome IX, Discussion au Conseil d'État, 6 octobre 1801, Portalis, p. 255.

⁸⁴⁹ *Genèse*, Ch. I, v. 28.

⁸⁵⁰ P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome IX, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, Corps législatif, 7 mars 1801, Portalis, p. 156.

réfèrent toujours à la notion de la finalité originelle, une finalité explicitement précisée par le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux pour lequel elle «*se trouve, en l'espèce, dans la fonction traditionnelle du mariage, traditionnellement considéré comme constituant la fondation d'une famille*».⁸⁵¹

Précisons qu'aucun argument n'a été avancé par ce même tribunal pour étayer ou illustrer cette affirmation, celle-ci allant manifestement de soi⁸⁵².

Puisque le mariage n'aboutit pas nécessairement à la fondation d'une famille, mais plutôt d'un foyer, qu'il est souvent qualifié d'institution «*ringarde*», on peut se demander pourquoi encore 241.000 mariages ont été célébrés en France en 2014. Finalement, maintenant, le mariage retrouve un peu ses fonctions anciennes : on se marie par intérêt. Les romantiques croiront que l'on se marie pour atteindre le bonheur et les plus pragmatiques verront bien que l'on se marie pour la possibilité qu'offre le mariage d'adopter l'enfant du conjoint ou par rapport à l'organisation du patrimoine, des enfants ou de la protection patrimoniale du conjoint.

C - LA FONCTION « AU GRÉ DU TEMPS » DU MARIAGE

529. Un bref regard sur les familles actuelles permet de constater que le lien entre le mariage et la famille est pour le moins relâché.

Ce relâchement a plusieurs explications et atteste du fait que la première fonction du mariage n'est pas, ou n'est plus, la fondation d'une famille.

A l'instar de la Cour de Strasbourg⁸⁵³, les tribunaux, s'appuyant sur la législation nationale, considèrent que la famille est famille, qu'elle soit légitime, naturelle ou adoptive. La famille a donc d'autres fondements que le mariage.

⁸⁵¹ TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, précité.

⁸⁵² Cette décision a été rendue dans la célèbre affaire du mariage de Bègles. Le tribunal a annulé le mariage d'un couple d'hommes qui ne pouvait pas «*fonder une famille*» au sens procréatif du terme. L'intention matrimoniale et l'intention de fonder une famille ont pu passer pour équivalent à l'époque où le mariage était considéré comme le cadre naturel de la procréation. Mais cette décision ne s'est guère souciée de vérifier si la finalité du mariage contemporain était toujours «*la fondation d'une famille*». Le rappel de cette finalité préétablie et d'un autre âge évitait au juge de se prononcer sur l'aspect discriminatoire du refus du mariage homosexuel qui lui était pourtant soumis. La discrimination devenait superflue si le mariage ne pouvait être conclu qu'à la condition *sine qua non* de pouvoir se reproduire. Le tribunal n'envisageait pas non plus de prendre position sur le mariage homosexuel et l'indique clairement : «*si l'évolution des mœurs ou le respect d'un principe d'égalité peut conduire à une redéfinition du mariage, cette question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur*».

⁸⁵³ CEDH plén. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, déjà cité, notamment § 40 : «*La Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en*

Les mariés n'ont aucunement l'obligation de procréer. Si tel était le cas, les mariages de personnes stériles, ou trop âgées, seraient interdits ou frappés de nullité. Comment pourrait-on justifier le mariage posthume ? Les mariés devraient-ils s'engager à avoir des enfants ? Passé l'âge de la ménopause doit-on obliger les femmes à adopter ou à faire appel à un don d'ovocytes ? Le mariage sans postérité, que cette situation soit choisie ou subie, est tout autant valable que celui qui donne naissance à une famille nombreuse. L'un des plus grands défenseurs de l'institution matrimoniale, le Doyen Carbonnier, en convenait lui-même : « *Si l'intention de procréer est nécessaire au mariage, il n'y a plus de place pour le mariage in extremis. Si le mariage n'est parfait que par la naissance, la conséquence logique est le divorce pour stérilité (...)* »⁸⁵⁴.

Limiter la finalité du mariage à la procréation est d'inspiration théologique. En effet, l'Eglise a encadré la sexualité en la limitant à l'acte procréatif. Mais depuis 1791, le mariage est un devenu une affaire d'Etat et une institution laïque. Plus de deux siècles après, il serait temps de rendre à César ce qui lui appartient et de laisser à Dieu l'organisation et la réglementation du mariage religieux. Sorti du giron de l'Eglise, peut-être eut-il été utile de nommer différemment le mariage civil, en réservant le terme de « mariage » au mariage religieux ou en accolant systématiquement un adjectif aux différentes formes de mariage. Cette démarche aurait évité bien des amalgames au moment des débats sur le mariage pour tous.

530. « *Le couple c'est la réunion de deux personnes qui font rarement la paire* ». Cette réplique d'Adrien Decourcelle⁸⁵⁵ ironise sur la réalité conjugale et illustre la banalisation des divorces qui a notamment entraîné le véritable phénomène des familles recomposées, phénomène qui a changé la réalité des familles. La famille est désormais élargie (aux membres des autres membres de la famille recomposée), éphémère (souvent liée à la durée du couple), successive (les familles se composent, se décomposent, se recomposent une ou plusieurs fois, sous des formes différentes – mariage, Pacs, concubinage). Le mariage n'est plus qu'un moyen, parmi d'autres, d'organiser la vie à deux, pour le temps

l'occurrence, la famille "naturelle"; les membres de la seconde jouissent des garanties de l'article 8 (art. 8) à l'égal de ceux de la première ».

⁸⁵⁴ J. Carbonnier « Terre et ciel dans le droit français du mariage », Etude Ripert, t.1, LGDJ, 1950, p. 325 et suiv.

⁸⁵⁵ Adrien Pierre-Henri Decourcelle, écrivain et dramaturge français, du XIX^{ème} siècle. Citation reprise par Pascal Bruckner *Le Mariage d'amour a-t-il échoué ?* 2010, Grasset.

que durera l'union et d'avoir un aperçu de ce que sera le patrimoine de chacun au moment de la rupture du lien conjugal.

L'une des fonctions du mariage tel qu'il était prévu dans le code civil était de réguler et de légitimer la sexualité. Autrefois, la nuit de noces « ouvrait droit » à l'activité sexuelle adulte. Jeanne, dans *Une Vie*, de Guy de Maupassant, écoute, le soir de ses noces, le discours embarrassé de son père qui lui « annonce le programme » en lui précisant « [...] blessées en leur âme, blessées même en leur corps, elles refusent à l'époux ce que la loi, la loi humaine et la loi naturelle lui accordent comme un droit absolu. Je ne puis t'en dire davantage, ma chérie ; mais n'oublie pas que tu appartiens toute entière à ton mari »⁸⁵⁶. A une époque où la sexualité n'était jamais abordée ni à l'école, ni dans les familles (et encore moins sur le banc de l'Eglise), on imagine la panique de la principale intéressée qui tombait dans la nuptialité comme dans un gouffre.

531. A l'inverse, les couples modernes font d'une sexualité satisfaisante une des conditions indispensables et préalables à un engagement conjugal⁸⁵⁷. Aujourd'hui la chasteté n'est pas belle, elle est grotesque.

Le mariage, par la sexualité qu'il autorisait, visait aussi à permettre le renouvellement des générations dans un cadre légal bien défini qui assure des droits précis à l'enfant à naître et des devoirs aux parents. Mais la procréation n'a plus besoin de cadre légal ni même d'unions stables de parents.

Le simple renouvellement des générations demande d'ailleurs davantage la présence de géniteurs que de parents. Si la reproduction implique toujours « l'interaction » de deux personnes sexuellement différenciées, fait indéniable qui a justifié pendant longtemps l'interdiction du mariage entre homosexuels, cette contrainte ne justifie pas la formation d'un couple appelé à durer au-delà de la procréation. Le besoin de fonder une famille sur un couple « solide » repose entièrement sur le fait que la responsabilité parentale doit s'exercer pour favoriser l'insertion sociale des enfants. La fonction sociale du mariage et de la famille qui découle de cette constatation n'est donc pas la procréation mais bien la protection et l'éducation des enfants.

Il est nécessaire de fixer les nouveaux contours d'un standard plus adapté à la conception contemporaine du couple, du mariage et plus généralement de la famille qui repose sur une conception beaucoup plus individualiste que dans le passé.

⁸⁵⁶ Guy de Maupassant *Une vie*, Hachette poche, publication originale 1883, p.69

⁸⁵⁷ Lire Michel Bozon, *Sociologie de la sexualité*, Paris, 2002, Nathan Université

Désormais, la finalité du mariage ne serait plus la procréation mais le bonheur, le plaisir, l'équilibre que les partenaires et leurs enfants, soucieux aussi de protéger leur patrimoine commun et respectif, sont censés trouver dans leur vie de couple. Cette nouvelle conception est trop restrictive pour être juste. Elle présente aussi des risques puisque la part d'utopie qu'elle recèle pourrait conduire à la création d'un droit subjectif - le droit au bonheur – qui serait assorti d'un droit de contrainte. Un tel droit a-t-il sa place dans le droit de la famille ?

Le droit doit se recentrer sur les fonctions de la famille puisque c'est le but qui crée le droit : c'est la fin poursuivie qui justifie les moyens employés et le droit est l'un de ces moyens.

Chapitre 3- LIBERTÉS INDIVIDUELLES ET ÉTHIQUE DANS LA FAMILLE

532. La liberté individuelle se manifeste dans le couple au moment de sa formation. Libre à chacun de choisir de ne pas vivre seul, d'opter pour un type d'union, de choisir un conjoint. La liberté est alors l'expression de la volonté individuelle sans contrainte et éventuellement changeante à l'engagement volontaire. La liberté individuelle, exprimée par un double consentement, est donc au commencement du couple et ne trouve de limites qu'aux bornes de la liberté et de l'autonomie de l'autre et du respect de l'égalité au sein du couple.

A la liberté de s'engager répond celle de rompre. Cette liberté est consubstantielle au concubinage ou au Pacs. Elle permet aussi de rompre le mariage de façon unilatérale. Depuis la loi du 26 mai 2004⁸⁵⁸, il existe véritablement un « droit au divorce » puisqu'un époux⁸⁵⁹ peut être « libéré » de son union même si son conjoint s'y oppose et souhaite rester marié et même si aucune faute ne peut lui être reproché. Le droit applicable au couple a pour objet de créer des obligations juridiques. Il contraint quitte à limiter les libertés individuelles de chacun des membres du couple. La liberté de divorcer relativise les devoirs conjugaux desquels chaque époux peut assez facilement s'affranchir. « *L'union durable que constituait le mariage disparaît pour laisser place à un lien d'une grande précarité. En outre, alors que la protection de l'union pouvait autrefois l'emporter sur le désir d'indépendance d'un conjoint [...], la loi fait désormais prévaloir la liberté individuelle de chacun à rompre l'union* »⁸⁶⁰. L'époux épris de liberté n'a besoin que d'un peu plus de patience que s'il était concubin ou partenaire d'un pacs. Il lui faudra aussi suivre une procédure judiciaire⁸⁶¹ dont il aurait pu être dispensé s'il n'avait pas convolé.

Le législateur a pris une position très claire sur la faculté de rompre qu'il hisse au rang de liberté individuelle. Le garde des Sceaux exposait dans les motifs du

⁸⁵⁸ Loi n°2004-439, JO lois et décrets du 27 mai 2004, p.9319.

⁸⁵⁹ Article 237 du C. civ. « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».

⁸⁶⁰ D. Fenouillet « Le lien conjugal », Les Petites Affiches, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p.58.

⁸⁶¹ Cette procédure pourrait, dans certains cas, être un jour réduite à sa plus simple expression. En décembre 2013, a été remis au Garde des Sceaux (consulter le site du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf), le rapport du groupe de travail sur "Le juge au 21ème siècle", présidé par Pierre Delmas-Goyon, conseiller à la Cour de cassation. Ce rapport propose, notamment, de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel en créant notamment le poste de "greffier juridictionnel" qui se verrait octroyer certaines prérogatives (jusqu'alors réservées aux magistrats), et en particulier le pouvoir d'homologuer les divorces par consentement mutuel. Il interviendrait sans considération de l'étendue du patrimoine, ou la présence d'enfants. Le juge ne réapparaîtrait qu'en cas de difficulté (refus d'homologation de la convention par le greffier).

projet de loi que « *sa politique [avait] pour ambition de mieux reconnaître au sein de la sphère privée, l'aspiration de nos concitoyens à plus de volonté et de liberté* »⁸⁶².

Section 1 - LA PRIORITÉ DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES DANS LE COUPLE

533. « *Les américains admettent le divorce pour incompatibilité d'humeur : j'ai du mal à comprendre pourquoi ils n'ont pas tous divorcé. J'ai connu beaucoup de mariages heureux, je n'en ai jamais connu de compatibles. Le but du mariage est précisément de se battre pour survivre à l'instant où l'incompatibilité l'emporte. Car homme et femme, en tant que tels, sont incompatibles* »⁸⁶³. G.K. Chesterton était manifestement visionnaire.

Certes, les sentiments ont remplacé la raison comme motivation principale à l'engagement conjugal, mais cette modification n'a pas pérennisé l'union maritale. A priori, on pouvait croire que le fait de choisir son conjoint entraînerait une meilleure entente conjugale et donc une plus longue durée de vie du mariage.

Différents éléments ont modifié ce résultat attendu et, avant tout, le fait que la conjugalité n'obéit plus à un modèle unique ni dominant. A tel point que l'on peut se demander si le mariage contemporain a encore un avenir. La réponse est « oui » si les attentes que l'on y place ne sont pas hors d'atteinte.

Peu d'institutions ont suscité autant de sarcasmes et de critiques que le mariage. Sous sa forme traditionnelle, il fut accusé de tous les maux : inégalité, despotisme, prison.... Il était d'intérêt ou de raison, il est devenu d'inclination, même si des considérations de statut ou de fiscalité peuvent encore s'y mêler. Il était contraint, il est désormais libre. L'alternative n'est donc plus « *entre raison et passion mais entre consentement et contrainte* »⁸⁶⁴. Il exigeait l'accord des familles qui sont, aujourd'hui, à peine invitées le jour des noces. Présumé perpétuel, il n'est plus qu'un « bout de chemin ensemble » plus ou moins long. Sous sa forme contemporaine, fondée sur la liberté, l'égalité, le choix et le consentement, l'union conjugale rencontre une nouvelle société marquée par l'explosion du nombre de divorces, un célibat choisi en constante progression,

⁸⁶² Propos tenus par le Garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, JOAN CR 2004, p.2877

⁸⁶³ G.K. Chesterton, *Le monde comme il ne va pas (What's Wrong With the World, 1910)*, éd.L'âge d'homme, traduction 1994, p.43

⁸⁶⁴ P. Bruckner, *op. cit.*,p.56.

une très nette désaffection des jeunes gens pour l'officialisation et par l'arrivée devant le maire des couples homosexuels qui peuvent enfin se marier.

534. Le mariage est devenu l'expression d'une liberté individuelle. La liberté de se marier relève de la liberté individuelle, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel.⁸⁶⁵ L'affirmation du mariage comme expression d'une liberté résulte, avant tout, de la consécration de la liberté des époux de pouvoir divorcer et de l'affirmation croissante d'une liberté ouverte à tous de pouvoir, ou non, se marier, liberté qui s'exprime par l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en France et dans un nombre croissant d'Etats européens.

Cette liberté peut-elle faire bon ménage avec le droit de la famille ? Puisque « *l'amour..... n'a jamais, jamais, connu de loi* »⁸⁶⁶, comment le mariage moderne, fondé sur l'affectif, pourrait-il continuer à vouloir s'enfermer dans le droit ? Puisque le mariage ne concerne que le lien électif d'un couple et n'a pas forcément d'incidence sur la fondation d'une famille, puisqu'il se réduit souvent à une reconnaissance sociale des sentiments, pourquoi y aurait-il encore une institution du mariage et pourquoi les obligations du mariage seraient-elles encore fixées par la loi, et non pas laissées au libre choix des époux ?

Le postulat des sociétés modernes est d'encadrer la partie durable d'une union qui sera peut-être transitoire. La loi doit donc épouser les mœurs et moduler les institutions. Le législateur doit aussi ouvrir les institutions comme il vient de le faire en autorisant le mariage pour tous, en ouvrant la norme aux comportements qui en étaient exclus. Cette ouverture n'a pas affaibli le mariage. Elle lui a, au contraire, redonné sa dimension symbolique. Faire entrer la liberté et les préférences sexuelles dans le mariage renforcera probablement l'impact emblématique du mariage. Le mariage, et surtout l'idée que l'on s'en fait a beaucoup évolué. Ce type d'union est devenu une auberge espagnole où chacun apporte ses attentes, ses aspirations, ses illusions et ses craintes mais il reste un « cadre-rempart » pour ceux qui, à tort ou à raison, pensent canaliser les incertitudes de la vie de couple.

La situation n'est pas désespérée mais elle est inquiétante pour ceux qui soutiennent la survie du mariage. En 1970, près de 400.000 mariages ont été célébrés en France contre 241.000 en 2014. Le divorce touchait à peine 10% des

⁸⁶⁵ Conseil constitutionnel. Décision n° 93-325 du 13 août 1993, Rec. 224 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France - § 107 ; RFD const. 1993, chron. Jurisprudence du Conseil constitutionnel, pp. 583-600, obs. Favoreu ; RGDI publ. 1994, pp. 205-234, note D. Alland.

⁸⁶⁶ *Carmen* de G. Bizet, livret de Ludovic Halevy et Henri Meilhac.

mariages en 1965 alors qu'il libère près de 52,37% des époux en 2013.⁸⁶⁷ Que peut-on penser de ce « bataillon » des gens mariés qui non seulement perd la moitié de son effectif mais peine à séduire de nouvelles recrues ?

535. L'égalité au sein du couple ne suscite plus d'interrogations. La suppression des termes de « chef de famille » ne date pourtant que de la loi du 4 juin 1970 et les époux ne deviendront véritablement égaux sur le plan patrimonial qu'avec la réforme des régimes matrimoniaux initiée par la loi du 23 décembre 1985. Cette égalité ne peut être rompue par l'exercice d'une liberté individuelle car cette liberté de chacun est celle de deux personnes égales en droit et en dignité, protégée par le respect mutuel, exigence non négociable, prévue par l'article 212 du code civil, que les époux se doivent l'un envers l'autre. Une réserve peut être ici formulée : pourquoi cette valeur, sur le bien-fondé de laquelle personne ne revient, n'a-t-elle pas été introduite dans le Pacs qui ne prévoit qu'une assistance mutuelle entre partenaires ? Seule la violence au sein des couples sera poursuivie avec la même attention quelle que soit la forme d'union choisie.

On pourrait croire à une certaine incompatibilité entre la liberté, le respect et les notions de devoirs conjugaux ou d'obligations. Ainsi, la personne mariée ou partenaire d'un Pacs est-elle supposée mener une vie commune et intime avec quelqu'un qui ne peut pas lui imposer de relations intimes et qui doit respecter sa vie privée : les normes conjugales s'appliquent tant que l'un des deux conjoints ne s'y oppose pas ; le conjoint ou le partenaire propose donc librement de se plier à certaines normes pour lesquelles il ne peut y avoir d'exécution forcée.

L'autre exigence non négociable concerne la solidarité financière qui peut neutraliser la liberté individuelle. Elle constitue une obligation réciproque dans le Pacs et le mariage et est absente du concubinage. C'est, en fait, en matière patrimoniale que s'évalue le mieux la profondeur de l'engagement.

536. Les devoirs des conjoints sont à la fois un rempart à l'inconstance et à l'individualisme du conjoint et une atteinte à l'autonomie de l'individu dans la sphère privée. « *Le mari et la femme s'affirment en tant qu'individualités au sein du mariage, à tel point que la dimension individuelle de l'ordre public*

⁸⁶⁷ Source INSEE <http://www.insee.fr>.

matrimonial tend à prendre le dessus sur sa dimension collective »⁸⁶⁸. Aussi, le législateur et les tribunaux vont-ils désormais s'efforcer de sauvegarder avant tout l'autonomie individuelle. « *L'ordre public matrimonial n'a pas disparu mais il s'est transformé dans ses principes directeurs. Liberté et égalité caractérisent ce renouveau* »⁸⁶⁹. Si l'enjeu est de prémunir les conjoints contre une atteinte à la liberté individuelle, l'ordre public de protection s'attachera à les étendre à toutes les formes d'union.

Cette protection s'appliquera aussi à prohiber tout engagement qui porterait atteinte à ces libertés. Un mariage indissoluble, engagement perpétuel, ne pourrait pas être valablement conclu même à la demande expresse des intéressés. Les conventions qui empêchent à un concubin de quitter l'autre sont tout aussi interdites. La Cour de cassation l'a affirmé en prononçant la nullité d'une convention qui était « *un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle* »⁸⁷⁰. Ce principe pourrait s'étendre à tout engagement pris dans le cadre du concubinage. Ainsi, puisque toute obligation est contraignante, et quitte à remettre en cause le principe de la force obligatoire des engagements contractuels, on pourrait considérer que tout engagement lié au concubinage – fidélité, assistance, communauté de vie – limite la liberté de poursuivre ou de rompre la relation. La liberté est donc au cœur de la relation de couple : la liberté de s'engager dans le couple et celle d'en sortir.

Section 2 - LES TROIS PILIERS DU CHANGEMENT

537. Les turbulences que traverse le mariage ont trois causes principales : la libération des mœurs et la fin du tabou de la virginité féminine, les privilèges des sentiments et de l'électif sur l'obligation et la contrainte et, enfin, la facilité de rompre son engagement et de faire cesser une union qui ne répond plus aux attentes individuelles.

⁸⁶⁸ Thèse de Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 494, n° 97 et suiv.

⁸⁶⁹ Frédérique Niboyet, *Ibidem* n° 151.

⁸⁷⁰ Cass. 20 juin 2006, Bulletin 2006 I N° 312 p. 270 ; Dr. Fam 2006, comm. N° 155, note V. Larribeau-Terneyre ; A.J. famille, 2006, p. 324, obs. F. Chenede ; RJPF 2006, n° 9/49, obs. S. Valory.

§ 1. UN PARTENAIRE ET UNE FORME D'UNION LIBREMENT CHOISIS

538. La première liberté s'attache au choix du partenaire, au moins en genre, mais pas encore en nombre. L'identité sexuelle du partenaire importe peu mais les relations multiples ne peuvent être officiellement reconnues que si elles se succèdent. Le cumul des liens juridiques de couples est impossible puisque la polygamie, même égalitaire et librement consentie, qui permettrait une conjugalité différente de la monogamie relèverait encore, dans les sociétés occidentales, de la déviance pathologique.

L'union se forme sur le libre consentement de chacun, argument qui motive la lutte contre les mariages forcés en France. En effet, si dans les sociétés occidentales, l'homme et la femme se choisissent, dans le monde, les mariages forcés sont loin d'avoir disparu. Une fille sur trois est mariée avant l'âge de 18 ans.⁸⁷¹ Rappelons ici que la « Juliette » de Shakespeare n'avait que 14 ans : les sociétés occidentales n'ont pas toujours été aussi exigeantes sur le consentement des jeunes filles⁸⁷².

Permettre aux conjoints de se choisir et de choisir de vivre à deux a permis de remettre en cause la communauté de vie à deux. François Mauriac, avec sa jovialité légendaire, dépeignait la vie conjugale comme « *les barreaux vivants d'une famille* »⁸⁷³. On ne pouvait alors même pas choisir son compagnon de cellule.

Le mariage n'est plus une geôle, tout juste un carcan dont on peut toujours sortir et dans lequel on n'est même plus obligé d'entrer. « *Auparavant, on se mariait pour obtenir la reconnaissance de l'union par la société* »⁸⁷⁴. L'union libre une fois acceptée et reconnue socialement, le mariage n'est plus qu'une faculté.

539. La liberté s'exerce aussi dans le choix du type d'union. Mariage, Pacs ou concubinage, le choix traduit la teneur du lien et de l'engagement. Cette liberté offerte aux candidats à l'union n'est pas sans incidences sur l'ensemble de la réglementation. « *Deux raisonnements s'opposent. D'un côté, une vision contractualiste et libérale, selon laquelle la différence dans les engagements*

⁸⁷¹ J. Attali, *op.cit.*

⁸⁷² Jusqu'à la loi du 29 septembre 1792, l'âge minimum pour le mariage était de douze ans pour les filles et de quatorze ans pour les garçons. La période révolutionnaire le porta respectivement à treize ans et à quinze ans. Il est passé, le 30 ventôse An XII (21 mars 1804, loi de promulgation du Code civil), à quinze ans pour les filles et à dix huit ans pour les garçons. Depuis la loi du 4 avril 2006, la nubilité des filles est identique à celle des garçons (18 ans).

⁸⁷³ François Mauriac, début de *Thérèse Desqueyroux*, 1927 (disponible chez Grasset – collection Les cahiers rouges).

⁸⁷⁴ André Burguière, « Le mariage a connu d'autres ruptures », *Le Monde*, 4 août 2012

récioproques justifie une variété dans les effets juridiques. Si un couple choisit de se pacser plutôt que de se marier, au motif que l'union est plus facile à rompre, il n'y a rien d'anormal à ce qu'il ne bénéficie pas de certains avantages logiquement réservés à ceux qui s'engagent sinon pour la vie, en tout cas durablement. Mais une autre logique est également à l'œuvre, selon laquelle une similarité de situations de fait justifie une identité de traitement juridique. C'est cette tendance qui a entraîné la « matrimonialisation » du Pacs, et notamment sa mention sur les registres d'état civil depuis 2006 et la reconnaissance de la compétence du juge aux affaires familiales pour régler les litiges entre pacés ou ex-pacés, depuis 2009. De même, les tribunaux, régulièrement saisis des injustices causées lors de ruptures brutales de concubinages anciens, ont tendance à traiter les ex-concubins comme des époux divorçant, ce que la cour de cassation censure systématiquement.

Cette tendance fait sortir le pacs de l'ordre strictement contractuel où l'avait situé la loi de 1999, pour lui donner une dimension institutionnelle similaire au mariage ! Pire, l'uniformisation du traitement juridique des unions leur fait courir un risque de nivellement par le bas »⁸⁷⁵.

On peut illustrer cette crainte par la suppression de l'avantage fiscal accordé aux nouveaux mariés ou « pacés » : depuis le 1^{er} janvier 2011, les couples qui se marient ou signent un pacs n'ont plus la possibilité de signer trois déclarations de revenus différentes l'année de leur union⁸⁷⁶. L'ouverture de ce droit aux partenaires susceptibles de s'engager et de se désengager sans formalité aurait permis de dénaturer l'avantage initialement accordé pour encourager le choix d'une union instituée. Son maintien, à l'état original, aurait même permis aux partenaires changeants un abus excessif d'une niche fiscale. Le refuser aux partenaires tout en le maintenant aux nouveaux mariés aurait constitué une différence de traitement, peu pertinente d'un point de vue juridique et qui aurait été taxée de discrimination moralisatrice entre les choix d'unions. Cet avantage fiscal a été supprimé. Désormais, les couples doivent choisir entre une déclaration commune ou deux déclarations individuelles pour l'année.

Le pouvoir de la volonté n'est pas illimité. La liberté de chacun ne permet pas de dépasser certaines normes communes. Il en est ainsi, par exemple, des conditions de validité du mariage. Le contrôle institutionnel dans le domaine des personnes et de la famille est toujours effectif, en raison du passage parfois

⁸⁷⁵ Françoise Dekeuwer-Défossez, « Le droit de la famille en quête de sens », déjà cité, p.33-40, spec. p. 36.

⁸⁷⁶ Ce dispositif permettait à la grande majorité des couples choisissant de s'unir en milieu d'année de réduire leurs impôts sur le revenu.

obligatoire devant une autorité instituée. Impossible de se marier sans maire ou de divorcer sans juge⁸⁷⁷.

Dans le même ordre d'idée, l'Etat civil recueille l'inscription de tous les actes importants de la vie familiale des individus (à l'exception de l'inscription du nom des enfants sur l'acte de naissance de ses géniteurs). Ces contraintes permettent un contrôle institutionnel systématique de conformité des situations. La liberté de choisir avec qui on va partager sa vie se concilie avec la liberté sexuelle de chacun des conjoints.

§ 2. LA LIBERTÉ SEXUELLE

540. Le dogme de l'Immaculée conception date de 1854. Il fut institué par Pie IX. Il a permis à l'Eglise d'évacuer la question du péché originel de la vie de Marie tout en posant une chape théologique sur l'émancipation féminine. Les jeunes filles étaient invitées à calquer leur comportement sur celui de la Sainte Vierge.

Aujourd'hui, la question n'est plus de savoir si le mariage canalise la sexualité mais s'il permet l'épanouissement sexuel. Pour une institution héritée du droit canonique et pour un contrat qui autorise le candidat au mariage à mentir sur son activité sexuelle passée, on peut en douter⁸⁷⁸. La vie affective et sexuelle se confondent et il n'est pas question d'avoir l'obligation d'en garantir la teneur. Aussi, la virginité n'est-elle plus considérée comme un élément essentiel de l'engagement du conjoint. Au XXIème siècle, cela semble évident même si, à condition que l'exigence soit réciproque et donc non discriminatoire, on peut comprendre que cet élément ne soit pas neutre pour certains qui voient, dans sa dissimulation, une manœuvre dolosive⁸⁷⁹. Cependant, la cour d'appel de Douai a rendu ici une décision qui autorise explicitement les futurs conjoints à mentir sur leur passé le plus intime et notamment sur son homosexualité, voire sa transsexualité ou sur la présence d'un enfant. Un autre point a été soulevé dans

⁸⁷⁷ Tant que la déjuciarisation du divorce par consentement mutuel ne reste qu'une proposition.

⁸⁷⁸ C.A., Douai, 17 novembre 2008, JCP, 2009, II, note Ph. Malaurie ; Murat « Les époux sont dans de beaux draps » » *Dr. fam.*, 2008, repères 7 ; *RTDCiv*, 2009, 98, obs. Hauser ; Dekeuver-Defossez, « les sept voiles de la mariée », *RJPF*, 2008, 7-8/10. La mariée avait menti sur sa virginité et le mari demanda la nullité du mariage au motif que la virginité était pour lui une qualité essentielle et déterminante. L'affaire laisserait supposer un mariage arrangé par les familles et dont aucun des époux ne voulait vraiment. Le TGI avait rendu une décision conforme à la volonté des deux époux dont l'intention matrimoniale faisait manifestement défaut.

⁸⁷⁹ Le dol ne justifie pas, pour le droit civil, la nullité du mariage alors que tel est le cas en droit canonique.

cette affaire : en première instance, le tribunal⁸⁸⁰ avait considéré que l'acquiescement de l'épouse à la demande de nullité permettait de comprendre que la virginité « *avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement* » de l'époux. L'acquiescement valait donc démonstration de l'existence de cette erreur déterminante. Les époux obtenaient ainsi du Tribunal une confirmation de la validité de leur accord sur l'obligation de virginité. Cet accord était suffisant pour être protégé en tant que tel, indépendamment de sa teneur. Les volontés individuelles s'imposaient face à la norme commune pour organiser les relations familiales.

Le 17 novembre 2008, la cour d'appel de Douai a infirmé ce jugement et considéré que l'accord des parties « *dans cette matière d'ordre public où [elles] n'ont pas la libre disposition de leurs droits, est sans portée* ». Elle ajoute que, même démontré, le mensonge de la jeune femme ne porterait de toute façon pas sur une qualité substantielle dans la mesure où la virginité « *n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale* ». Les mariés ne peuvent donc pas librement ériger la virginité en qualité substantielle dont l'absence entrainerait la nullité du mariage. Le mariage n'est pas régi par les règles du contrat civil de droit commun. En conséquence, les qualités essentielles doivent être définies de façon absolue indépendamment des préférences particulières de tel ou tel justiciable⁸⁸¹. La détermination des conditions substantielles à leur engagement n'est pas laissée à la discrétion des époux. La virginité⁸⁸² de l'épouse, pas plus que celle du mari, ne peut pas, au XXI^{ème} siècle déterminer le consentement des futurs époux. Si la vie sexuelle passée des futurs époux n'est pas essentielle pour la future union, la sexualité fait toujours partie du « cahier des charges » du mariage.

541. La sexualité n'est plus imposée et peut se vivre en dehors du mariage. Cependant, et de manière tout à fait paradoxale, la sexualité s'impose, telle une injonction d'épanouissement, non par le droit, mais par la société et les mœurs comme un aboutissement sans lequel rien ne peut continuer. Cet épanouissement obligatoire en est devenu presque aussi absurde que la pudibonderie des siècles précédents.

⁸⁸⁰ TGI, Lille, 1er avril 2008, JCP n° 26, 25 juin 2008, p. 35, note G. Raoul-Corneil ; AJ Famille n° 7-8, juillet-août 2008, p. 300, note F. Chénéde. La Cour d'appel de Douai a prononcé l'arrêt de l'exécution provisoire de cette décision par ordonnance de référé du 19 juin 2008 et une décision contraire le 17 novembre 2008.

⁸⁸¹ Ph. Malaurie, « Mensonge sur la virginité et nullité du mariage », JCP. G. n° 26, 25 juin 2008, act. 440.

⁸⁸² La virginité n'obéit à aucun mode de preuve juridique.

La société peut encadrer la sexualité de deux façons : par la prohibition ou par la permission. La première punit si l'interdiction est ignorée, la deuxième libère, autorise et parfois incite.

Le dernier demi-siècle a connu un vrai bouleversement en matière de mœurs qui ont à la fois libéré et « opprimé » l'individu. De nombreux tabous sont tombés mais sur leur ruine de nouvelles normes de vie, de nouveaux comportements sociaux obligatoires ont proliféré. Il n'y a plus d'interdictions. Elles ont été remplacées par un nouveau conditionnement : une recherche de plénitude généralisée qui conduit à consommer plus, y compris des partenaires, à « vivre plus », sans temps morts, et jusqu'au bout. Dans cette société, l'obligation de fidélité dans le mariage semble d'un autre âge.

La loi impose le droit de se marier avec qui l'on veut. Dégagées des contraintes de reproduction, les relations entre hommes et femmes se fondent désormais sur la satisfaction immédiate des désirs de chacun qui est peu compatible avec une exclusivité sentimentale « jusqu'à ce que la mort... ».

Rappelons d'ailleurs que le Pacs qui, au gré des réformes, a tendance à se « matrimonialiser », n'évoque pas la fidélité. Cependant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999⁸⁸³, a précisé qu'en tant que contrat, le pacs devait être exécuté de bonne foi. Or, s'agissant d'un contrat organisant une vie commune, la bonne foi doit, selon le Conseil constitutionnel, s'analyser comme une obligation de fidélité entre partenaires. Une ordonnance du président du tribunal de grande instance de Lille du 5 juin 2002⁸⁸⁴ est allée dans ce sens en affirmant que « *l'obligation d'exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre les partenaires* ». Il semble, cependant, hasardeux de déduire de l'obligation de communauté de vie une obligation de fidélité dans la mesure où le pacs est un contrat placé sous le signe de la liberté. En outre, la genèse de la loi montre qu'il n'a jamais été question d'une obligation de fidélité entre les partenaires⁸⁸⁵.

⁸⁸³ Décision n° 99-419 DC du 09 novembre 1999

⁸⁸⁴ TGI, Lille, 5 juin 2002, précité.

⁸⁸⁵ Les propositions de lois et différents travaux préparatoires (à lire sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/pacs.asp#an1>) ne font jamais mention d'une telle obligation

§ 3. LA LIBERTÉ DE ROMPRE

542. Le mariage d'inclination suppose que le conjoint puisse être écarté s'il ne répond plus aux aspirations d'origine, s'il n'est pas le modèle d'épanouissement pour lequel il a été contracté.

Il peut sembler paradoxal de constater que le mariage électif s'est plus vite et plus souvent rompu que le mariage d'antan qui laissait peu de place au choix des futurs époux mais la démesure des attentes placées dans ce type d'union justifie pleinement ce sort. Notons aussi que la large place accordée à la volonté dans l'organisation conjugale constitue, certes, un progrès des libertés individuelles mais ces libertés ont elles-mêmes conduit dans le même temps à une fragilisation du lien.

Les controverses sur le divorce ont longtemps été très vives. Elles vont s'amenuiser car les individus ont désormais le choix d'adopter un type d'union qualifié par certains de « moins liberticide » car il n'entrave pas la liberté de rompre. Le pacs permet une rupture expéditive et ceux qui y renoncent, en préférant se marier, choisissent d'opter pour une union qui ne prendra fin que devant un juge.

Le divorce pourrait être considéré comme l'axe central du mariage. En effet, l'engagement est d'autant plus significatif qu'il est récusable. L'engagement duquel on ne peut pas sortir aboutirait, si les choses tournaient mal, à l'esclavage. Cette faculté de rompre est une manifestation de la liberté individuelle qui inspire le législateur et qui a longtemps heurté l'Eglise catholique toujours prompte à défendre l'indissolubilité du mariage.

Aucune clause ou convention ne peut interdire à un conjoint, un partenaire ou un concubin de quitter l'autre. Les exigences éthiques du législateur se sont déplacées sur les modalités de la rupture qui doit se faire, si possible sur un accord et au moins dans le respect de l'autre. Ces exigences se retrouvent dans le refus de reconnaître les répudiations musulmanes considérées comme sexistes, parce que réservées aux seuls hommes, et arbitraires.

543. Le regard sur le divorce a changé depuis une trentaine d'années. Il n'est plus une rupture catastrophique mais le fait de reconnaître que les époux, en toute bonne foi, se sont trompés et qu'il leur est possible de redresser leur erreur ou de cristalliser leurs désillusions. L'allongement de la durée de vie, le recul de l'âge moyen de la maternité, la maîtrise de la fécondité sont autant de données extérieures aux sentiments qui, pour la première fois, permettent d'élaborer une

stratégie temporelle et d'envisager sa vie à long terme et pourquoi pas de mener plusieurs existences successives et de remettre à plus tard ce qu'on faisait d'habitude très jeune. La longévité offre la possibilité du recommencement. Cet aspect n'a pas échappé au monde du commerce puisque, désormais, après le salon du Mariage se tient le salon du « Nouveau départ » dans lequel sont proposés des services aussi variés que ceux des avocats, des déménageurs, d'agences matrimoniales, de chirurgiens esthétiques, de coaching sportif...

« *Les histoires d'amour finissent mal en général* »⁸⁸⁶. La fameuse chanson des Rita Mitsouko résonne dans les esprits mais cache le fait que tout ce qui finit n'est pas mauvais en soi. La brièveté n'est pas plus une déception que l'endurance ou la longévité ne sont une réussite.

Mais il n'est pas non plus inconvenant de préférer le permanent à l'éphémère.

Si la succession des histoires de couple ne pose pas de problème, la simultanéité des unions ne « passe pas » aussi bien dans les mentalités.

⁸⁸⁶ Les Rita Mitsouko (Catherine Ringer et Fred Chichin), Extrait de la chanson « Les histoires d'A » - Album The No Comprendo chez Warner Music.

Section 3 - « LA POLYGAMIE, POURQUOI PAS ? »⁸⁸⁷

544. Chaque civilisation fixe les lois qui régissent les relations entre hommes et femmes nécessaires aux conditions de sa survie.

Les premiers témoignages évoquent les Hébreux qui sanctifièrent ces relations par une cérémonie organisée dans un lieu de culte, sous le contrôle de représentants religieux. L'union est réversible puisque la séparation est possible à la demande de l'homme ou de la femme (Genèse II, 18 et 22-24). Les hommes ont plusieurs femmes et concubines qui ont toutes les mêmes droits (David eut 18 femmes, Salomon entretiendra 700 femmes). La polygynie est banale et n'exclut pas l'adultère masculin. La condamnation de l'adultère (l'un des dix commandements) ne se situe pas sur le même registre car l'interdiction vise à protéger la propriété d'autrui et non à régler la sexualité. Est interdit le fait de convoiter la femme d'un autre. David ne s'encombrera pas longtemps de préjugés : il fera assassiner Uri avant d'épouser Bethsabée. L'Eglise a entretenu un rapport ambigu avec l'adultère⁸⁸⁸ : Jésus lui-même a pardonné à la femme adultère. Sa sexualité n'est pas évoquée et celle de ses parents qui a abouti à sa naissance est pour le moins mystérieuse.

§ 1. LA CHAPE CATHOLIQUE

545. Le christianisme bouleversera l'édifice conjugal en imposant la monogamie à tous. Une monogamie absolue et irréversible.

La logique est simple : puisque la vie est un don de Dieu, puisque l'homme ne fait que la transmettre, puisque le sexe est un scandale, autant limiter les déviations à un couple unique. La monogamie devient ainsi une évidence. Rappelons que Paul de Tarse condamnait de façon très excessive⁸⁸⁹ l'activité sexuelle. Quand il comprit que la fin des temps était plus une notion théologique et existentielle qu'historique, il tenta de convaincre les premiers chrétiens (qui, en attendant le « prochain Royaume », avaient vendu leurs champs et arrêté de

⁸⁸⁷ Titre emprunté à l'essai de Catherine Ternaux, 2012, Grasset.

⁸⁸⁸ Un peu de souplesse de l'Eglise sur ce point aurait quand même donné le temps à Anne Boleyn d'avoir des cheveux blancs !

⁸⁸⁹ Le sujet lui tenait manifestement à cœur car il l'évoque à plusieurs reprises dans l'Epître aux corinthiens. Ce fondateur du christianisme estimait qu' « *il est bon pour un homme de ne pas toucher une femme* » (1 Co, VII, 1) avant d'ajouter : « *Celui qui épouse sa fiancée fait bien, mais celui qui ne l'épouse pas fait encore mieux* » (1 Co, VII, 32-34). Pour les sceptiques, il ajoute que « *le mariage vaut moins que la virginité* » (1 Co, VII, 37-38) avant de concéder qu' « *il vaut mieux se marier que de brûler* » (1 Co, VII, 2).

travailler pour devenir « les pauvres de Jérusalem ») de reprendre le travail, de se marier de nouveau et d'avoir des enfants.

L'Église est donc, très tôt, entrée dans la chambre à coucher mais son intrusion sera diversement suivie d'effets. Les puissants accumuleront les concubines et aventures extraconjugales et les paysans se contenteront souvent du concubinage. Saint Augustin⁸⁹⁰ fera évoluer la doctrine chrétienne en la centrant autour de la famille : le mariage fonde le couple et la paternité donc la famille. La polygamie ferait un « peu désordre » dans ce schéma. Cinq siècles plus tard, sous les Pippinides et Carolingiens, il est encore en usage, comme chez les anciens chefs barbares, d'avoir une épouse principale et plusieurs épouses secondaires. Ainsi Charlemagne s'attire-t-il régulièrement de sévères remontrances de la part des évêques de son entourage car, en plus de ses trois épouses successives, il a quatre épouses coutumières et des concubines occasionnelles.

Les premiers ducs de Normandie, qui descendent de rudes Vikings, ne voudront pas non plus renoncer à leurs épouses coutumières. Ce n'est qu'après l'An Mil, et sous la pression de l'Église, qu'ils admettront, comme tous les seigneurs et souverains d'Occident, de n'avoir qu'une épouse régulière.

§ 2. ENTRE REJET ET TOLÉRANCE

546. La polygamie fut l'objet d'une controverse, en France, au XVIIIe siècle⁸⁹¹. Il fut alors question, d'une éventuelle légalisation, pour des raisons natalistes, des unions simultanées. La parution des *Lettres persanes* de Montesquieu, en 1721, a relancé les préoccupations populationnistes très vives à l'époque. Il ne fut question que d'envisager le mariage d'un homme avec plusieurs femmes, le contraire n'ayant pas traversé beaucoup d'esprits⁸⁹². Finalement, la polygamie, ou le privilège d'un seul mâle aux dépens de plusieurs autres, associée depuis Montesquieu au despotisme, a été jugée en pleine contradiction avec le principe de l'égalité et rejetée.

⁸⁹⁰ Rappelons que Saint Augustin (354-430) partagea pendant 16 ans la vie d'une femme avec laquelle il eut un fils. Il la chassa de sa vie quand il promit le mariage à une jeune héritière avant de se convertir. Il ne se fit baptiser qu'en 387. Pujade-Renaud Cl. *Dans l'ombre de la lumière*, Actes Sud, 2013.

⁸⁹¹ Blum Carol « Une controverse nataliste en France au XVIIIe siècle : la polygamie », *Population*, 53e année, n°1-2, 1998 pp. 93-112.

⁸⁹² *L'Encyclopédie*, dans son article « polyandrie », non signé, la juge « une pratique plus impardonnable que la polygamie » (Diderot et d'Alembert, *L'Encyclopédie*, Pléiade, Gallimard).

La polygamie ne séduisit pas non plus la société bourgeoise pour laquelle la famille se compose de deux richesses : la descendance et le patrimoine.

Cependant, la polygamie officieuse n'a jamais disparu. Adolphe Thiers en est l'un des plus fameux exemples. Vers l'âge de trente ans, il eut une liaison avec une femme mariée, Eurydice. Cette dame avait une fille aînée, Elise, qu'il épousa dès qu'elle eut quinze ans. Félicie, la sœur cadette de sa femme étant également à son goût, il s'en occupa aussi sans renoncer à sa mère ni à sa sœur. Les chansonniers et la presse de l'époque parlaient alors des « trois moitiés de Monsieur Thiers »⁸⁹³.

Au XX^{ème} siècle, s'effaceront peu à peu l'utopie chrétienne et la norme bourgeoise sous le souffle d'un vent de liberté et l'avènement de l'individualisme. Mais liberté, amour, sexualité, individualisme, droit et reproduction ne font pas nécessairement bon ménage. Plus qu'avant, la mondialisation permettra de se rapprocher, ou au moins de connaître d'autres cultures.

Aujourd'hui, « *la polygynie est encore légale ou tolérée dans de nombreuses sociétés d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Asie (en Amérique certaines communautés la pratiquent, comme les Mormons, sans heurter toutes les mentalités) soit dans un bon tiers de l'humanité [...] Il y a 45 pays dans le monde, la plupart musulmans, qui autorisent la polygamie* »⁸⁹⁴.

547. En France, il n'y pas de chiffres précis sur la polygamie qui concernerait entre 8.000 et 15.000 ménages⁸⁹⁵. Certaines personnalités médiatiques n'hésitent plus à révéler ouvertement leur polygamie de fait (notamment Paul Bocuse)⁸⁹⁶. Le procédé n'est plus choquant en soi dès lors qu'il semble être accepté par tous les protagonistes. Il ne serait d'ailleurs pas plus choquant si une femme décidait d'avoir ainsi plusieurs foyers⁸⁹⁷.

Si la polygamie de fait ne déclenche plus l'opprobre elle ne suscite pas non plus, pour le plus grand nombre, d'envie. Ces situations bénéficient vraisemblablement de l'indifférence générale.

⁸⁹³ Bertrand Meyer-Stabley, *Les dames de l'Élysée - Celles d'hier et de demain*, Librairie Académique Perrin, 1995, Paris

⁸⁹⁴ Jacques Attali, *op.cit.*

⁸⁹⁵ Francis Caballero, *Le droit du sexe*, 2010, L.G.D.J., p.161

⁸⁹⁶ Libération évoquait dans un article "Paul Bocuse. Monsieur croque-madames" du 26 avril 2006, le livre que lui a consacré la fille de l'une des compagnes du Chef cuisinier « *Paul Bocuse le feu sacré* ».

⁸⁹⁷ Le thème a été abordé au cinéma notamment dans *La totale*, un film de Claude Zidi et dans *Une femme peut en cacher une autre* de Georges Lautner. Dans les deux cas, la situation du double foyer était ignorée des maris.

Les différents conjoints ne sont pas contraints de rester dans ce type d'union. Le conjoint « officiel » a la possibilité de divorcer et les autres n'ont même pas besoin d'accomplir la moindre formalité pour mettre un terme à la relation. Il semble, en effet, admis que tant que la situation ne nuit pas à la société et aux protagonistes eux-mêmes, chacun devrait vivre comme il l'entend.

548. En revanche, la polygamie venue d'ailleurs et exclusivement masculine, provoque un rejet moral. Le Doyen Carbonnier la condamnait déjà fermement, il y a plus d'un demi-siècle : « *L'Islam, avec sa polygamie, fût-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit* ». ⁸⁹⁸

En réalité, comme l'explique Monsieur Bertrand Ancel : si « *le droit français s'accommode de l'union polygamique comme produit d'importation, il n'adhère pas au modèle polygamique. L'union polygamique est connue et, dans une certaine mesure, reconnue parce que le droit international privé a consenti l'effort d'élargir les catégories qu'il emprunte au droit civil ; il y a eu internationalisation du concept de mariage. Mais cet effort n'emporte pas abdication des valeurs et principes sur la base desquels le droit interne français organise la vie sociale en ce pays. (...) Il se produit ainsi une dématérialisation ou une formalisation du mariage (qui) ne crée guère de difficulté aussi longtemps que l'union polygamique évolue dans son milieu et dans son système juridique d'origine. En revanche, il se produit forcément des grincements et des frictions lorsque l'union polygamique doit jouer dans un milieu et dans un système juridique professant la monogamie. La cohérence à laquelle par nature tend ce système oppose alors des résistances qui prennent la forme de problèmes d'ajustement que les internationalistes dénomment volontiers problèmes de substitution et problèmes d'adaptation* » ⁸⁹⁹.

L'article 8 de la CEDH consacre le droit pour toute personne au respect de sa vie privé et familiale. Ce droit fondamental aurait pu permettre une protection conventionnelle de la vie familiale des hommes polygames mais il montre ses limites dès que l'on aborde le domaine de la police des étrangers.

⁸⁹⁸ J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », déjà cité, p 341.

⁸⁹⁹ Extrait de *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales* LGDJ -Hugues Fulchiron, Collectif - Françoise Dekeuwer-Défossez, Bertrand Ancel, Gérard Castex, 1993 , p.113 repris par E. Rude-Antoine, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *loc.cit.*

L'État est alors souverain en la matière, la Cour EDH affirmant avec constance que « *les États contractants ont en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités internationaux y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* »⁹⁰⁰

La position de la cour de Strasbourg est même plus précise : « *l'État ne peut pas être tenu, au regard de la convention, de reconnaître pleinement les mariages polygames qui sont contraires à son propre ordre juridique* »⁹⁰¹ . Enfin, la jurisprudence européenne a clairement censuré le mariage polygamique qu'elle estime contraire au principe de non-discrimination fondée sur le sexe.⁹⁰² Dans cet arrêt, elle précise que « *la Turquie, comme toute autre partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination basée sur le sexe des intéressés telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction* » (§ 128). L'éviction systématique de la polygamie pourrait s'avérer contraire à l'objectif poursuivi. En effet, même si l'application sans nuance du principe d'égalité couplé à celui de la monogamie affirmerait sans doute les valeurs occidentales, les conséquences pour l'épouse rétablie dans sa dignité en sortant de l'union polygamique pourraient être fâcheuses. En perdant la qualité d'épouse légitime, elle perdrait ses droits successoraux et la possibilité d'obtenir la sanction de l'obligation d'entretien du mari. Ses enfants se heurteraient aux mêmes obstacles en passant du statut d'enfants légitimes à celui d'enfants naturels privés, en général, du lien paternel. D'où la nécessité de reconnaître, même en condamnant le principe, que la polygamie produise des effets en France⁹⁰³ .

⁹⁰⁰ H.Labayle, in *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme*, ouvrage écrit sous la direction de H. Fulchiron, LGDJ, 1999, p 98.

⁹⁰¹ Req. 14501/89, Alilouch El Abasse c. Pays-Bas, déc. 6 janvier 1992, D.R.72, p 128.

⁹⁰² CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et a. c/Turquie*, no 44774/98 § 123 ; Michel Levinet « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2004 (n° 57), p. 207-221 ;JCP,2003,I,160,n°15, chron. Sudre.

⁹⁰³ Sur ce sujet, Lire la thèse de Fabien Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2007 Bruylant, Coll. Institut Droits de l'Homme, p. 437 et suiv.

Le rejet de la polygamie est donc avant tout celui du rejet de la discrimination et de l'affirmation de l'égalité entre hommes et femmes⁹⁰⁴. Cet argument pourrait donc conduire à la fin de la polygamie en France.

La polygamie « venue d'ailleurs » est exclusivement masculine. Elle est aussi, dans certains Etats, la seule option matrimoniale qui s'offre aux femmes. Même si, à l'échelle de la planète, l'égalité des sexes est peu à peu reconnue, il faut bien admettre que la polygamie n'est admise que dans les pays qui la considère comme la manifestation de la suprématie masculine.

C'est d'ailleurs cette traduction du privilège de masculinité qui est la raison pour laquelle elle demeure intolérable pour beaucoup de sociétés occidentales.

549. Le changement ne pourrait-il pas venir de l'intérieur ? Un changement qui n'admettrait pas la polygamie de la Charia mais une polygamie qui légaliserait des situations librement consenties et non entachées de la moindre discrimination ? Le droit de se marier avec plusieurs personnes à la fois, incluant l'égalité des sexes, une conjugalité différente de la monogamie, est-elle si impensable ? Le mariage ne représente pour beaucoup qu'un cadre au sein duquel le patrimoine se conserve et se transmet. Est-il inconcevable sous réserve de l'accord de tous, de le prévoir à plusieurs « participants » ?

Certes, le droit français reste attaché à la monogamie. Les réformes législatives qui ont touché le couple (pacs et mariage pour tous) n'ont jamais évoqué la possibilité d'un « pluri-mariage » ni d'un « pluri-partenariat ». Pourtant, le législateur s'est montré de plus en plus conciliant, dans l'ordre interne, à l'égard de certaines situations qui montrent un certain délitement de la monogamie⁹⁰⁵. La jurisprudence s'est aussi montrée distante avec l'hégémonie du modèle monogamique. Le 9 novembre 1978, la cour d'appel de Riom⁹⁰⁶ a alloué une réparation simultanément à la veuve et la concubine d'un même homme victime

⁹⁰⁴ Ce principe de non-discrimination est d'ailleurs consacré par le préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

⁹⁰⁵ Notamment la loi du 11 juillet 1975 depuis laquelle l'adultère n'est plus ni un délit, ni une cause péremptoire de divorce ainsi que la loi du 3 décembre 2001 qui permet aux enfants nés d'une entorse aux engagements conjugaux d'être traités à égalité avec les autres enfants, naturels et légitimes

⁹⁰⁶ C.A., Riom, 9 novembre 1978, *JCP.*, 1979.II.19107, note G. Almairac qui se demande si « ce double dédommagement automatique n'a pas quelque chose de choquant dans un pays de monogamie comme le nôtre ».

d'un accident. La Cour de cassation, par un arrêt du 3 février 1999⁹⁰⁷ a suivi aussi l'évolution des mœurs d'une société de plus en plus libérale en décidant que « *n'est plus contraire aux bonnes mœurs, la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère avec la bénéficiaire* ». Est-on loin de la reconnaissance d'une polygamie de fait ? Ces évolutions ne permettent pas de conclure que « *l'institution du mariage monogamique n'a plus en France qu'une dimension formelle* »⁹⁰⁸. L'union monogamique, telle qu'elle est organisée par le droit français, répond à des valeurs et principes constitutionnels comme le principe d'égalité. Aussi ne pourrait-on pas accueillir la polygamie étrangère qui est inégalitaire.

Mais qu'en serait-il de la réception d'une polygamie égalitaire ?

§ 3. UNE POLYGAMIE ACCEPTABLE

550. La presse française s'est fait l'écho de la signature au Brésil d'un contrat d'union civile, équivalent au pacs français, entre trois personnes. Cette union à trois (un homme et deux femmes) a été formalisée en mai 2012 devant un notaire qui a estimé que « *(sa) fonction n'est pas de juger si cette situation est correcte ou pas. C'est quelque chose de nouveau, mais je ne l'aurais pas fait si la loi l'interdisait explicitement* »⁹⁰⁹. L'idée de vouloir protéger les droits des trois contractants en cas de séparation ou de décès d'un des partenaires, n'est pas, en soi, condamnable.

L'union d'une femme et d'un homme (ou de deux personnes de même sexe), telle qu'elle est définie par la loi peut donc avoir une valeur d'exemple, sans être exclusive : on pourrait accepter que la monogamie n'ait pas nécessairement le monopole du cœur.

La revendication peut paraître paradoxale. Après tout, si l'on revendique la liberté d'une vie maritale simultanément avec plusieurs personnes, pourquoi ne pas la vivre en dehors d'un cadre juridiquement préétabli ? Mais pourquoi ne pourrait-on pas inscrire cette démarche « d'amours plurielles » dans l'ordre symbolique du mariage et permettre de s'engager à l'égard de deux partenaires ? Tout compte fait, dans cette optique on aurait à faire à des époux responsables

⁹⁰⁷ Cass. Civ1^{ère}, 3 février 1999, D. 1999, p. 267, rapport X. Savatier et note J-P Langlade-O'Sughrue ; Defrenois 1999, p. 680, obs J. Massip et p 738, note D. Mazeaud.

⁹⁰⁸ Edwige Rude-Antoine, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, 71 | 1997, p 39-56.

⁹⁰⁹ « Et Dieu créa le ménage à trois », *Le Monde*, 13 septembre 2012.

de deux conjoints ce qui n'est pas le cas dans une situation de fait. Ne peut-on admettre que le consentement de tous les partenaires à l'union puisse être réel et sérieux, que l'ordre public n'en serait pas troublé et que l'égalité entre hommes et femmes pourrait être respectée (la polygynie serait tout aussi acceptable que la polyandrie)? La polygamie homosexuelle serait aussi une possibilité envisageable.

La polygamie ne serait pas morale? La monogamie qui se fonde sur une exclusivité quasi-possessive l'est-elle? N'oublions pas que la morale n'est en fait qu'un regard posé sur des faits et qui permet à un instant précis de distinguer ce qui est bien de ce qui est mal. La morale d'aujourd'hui ne s'oppose pas à l'union multiple. Il ne faut pas confondre exclusivité et fidélité, les deux notions étant indépendantes l'une de l'autre. On peut, en effet, être fidèle sans être exclusif. Le fidèle est celui qui est constant dans ses relations, qui remplit ses engagements. Pour être plus conforme au véritable engagement demandé aux mariés, le mariage monogamique devrait imposer une obligation, non de fidélité, mais d'exclusivité. Mais le mariage est avant tout un contrat moral (et patrimonial) et non un titre de propriété.

551. D'autant que l'interdiction de la polygamie repose sur un critère de temporalité. Il n'est pas interdit de vivre en couple avec plusieurs personnes si les relations s'étalent dans le temps. En revanche, la démarche devient immorale si elle veut se réaliser « en même temps » et dans un cadre légal. Elle ne l'est plus si la polygamie est de fait. Les doubles vies conjugales parallèles ne sont pas exceptionnelles mais elles ne peuvent pas être reconnues par le droit.

Pourquoi devrait-on imposer de divorcer avant de pouvoir à nouveau convoler? Une nouvelle union ne peut donc se construire que sur les cendres de la précédente alors même que l'attachement entre les conjoints peut encore exister. Ce n'est pas l'union monogamique qui est remise en cause, mais bien le fait que ce type d'union n'empêche pas de penser à une nouvelle modalité de conjugalité comme la « multigamie ». La monogamie serait toujours possible et deviendrait un choix revendiqué.

Monsieur Jacques Attali, dans son ouvrage (précité) *Amours*, envisage le bouleversement (par la multiplication) des structures conjugales et ses répercussions sur la société toute entière. Son analyse pourrait bien se révéler prophétique: « *Au-delà du couple monogame précaire et du mariage contractuellement limité, rien ne permet d'exclure que le sentiment amoureux ne puisse pas un jour être aussi intense pour plusieurs personnes à la fois [...] On*

ira vers l'acceptation, en toute transparence du droit à des partenaires multiples et simultanés, hétérosexuels ou homosexuels (en partie ou en totalité). On assistera progressivement à l'émergence et à la légalisation d'une nouvelle forme de relations qui n'aura rien à voir avec la polygamie car personne n'appartiendra à personne [...] Les hommes comme les femmes pourront avoir des relations sexuelles et sentimentales simultanées, transparentes et contractuelles, avec plusieurs partenaires qui auront eux-mêmes plusieurs partenaires. On distinguera, selon la situation juridique, diverses formes d'union :

- Le polyamour, ou chacun pourra avoir en toute transparence, plusieurs partenaires sentimentaux séparés ;*
- La polyfamille, ou chacun appartiendra ouvertement à plusieurs foyers ;*
- La polyfidélité, où chacun sera fidèle à tous les membres d'un groupe aux sexualités multiples.*

Bien des forces s'opposeront à de telles évolutions aujourd'hui encore largement impensables comme l'étaient il y a deux siècles le divorce et il y a dix ans le mariage homosexuel. Toutes les Eglises, toutes les forces conservatrices au monde se ligueraient pour les retarder, voire les interdire, surtout aux femmes. Elles réussiraient sans doute un temps. Puis la liberté individuelle, une fois de plus, l'emportera. Des décennies, des siècles peut-être nous séparent de cet avenir, pourtant si nous voulons bien regarder autour de nous, il est déjà là en filigrane...

Les conséquences seront considérables. Les façons de vivre, d'élever des enfants, de se loger, de penser...seront bouleversées. La législation financière, les droits civil et pénal devront être revus de fond en comble. »

Section 4 - LIBERTÉS, PARENTÉ ET PARENTALITÉ

552. Avant de préciser la place des libertés individuelles dans les relations avec les enfants, rappelons que la parenté désigne une place structurée par les liens de filiation⁹¹⁰ alors que la parentalité désigne un rôle, une fonction exercée par des adultes auprès d'un enfant. Elle s'associe au parent de fait et ne bénéficie d'aucune reconnaissance juridique.

Les deux coïncident quand les enfants sont éduqués par le couple dont ils sont issus mais la liberté offerte au couple de se séparer et de recommencer une autre

⁹¹⁰ Elle couvre donc les liens découlant de la consanguinité et de l'alliance. Elle crée des droits et des devoirs à l'égard des enfants et petits-enfants (et réciproquement) qui ne sont pas à la disposition des individus.

union s'accompagne d'un net affaiblissement, sinon de la disparition du modèle de référence. L'un et l'autre peuvent recomposer une famille avec un nouveau partenaire, de nouveaux enfants.... une ou plusieurs fois. A chaque nouvelle étape, les individus s'insèrent dans de nouvelles configurations familiales tout en conservant les liens avec la ou les précédentes. La parenté et la parentalité sont alors disjointes.

Si les relations de couple sont strictement gouvernées par l'égalité des sexes, les relations sont d'une autre nature entre parents et enfants puisqu'il y a une dissymétrie entre la situation des parents et celle des enfants. Cette dissymétrie vient du fait que les parents sont les initiateurs de la naissance de l'enfant. Etre la cause de la naissance de l'enfant entraîne une responsabilité éducative. Les parents sont titulaires d'une autorité qui n'a pas de réciprocité du côté de l'enfant. Mais la dissymétrie est également présente dans la liberté de devenir parents. Elle rompt l'égalité entre hommes et femmes face au choix de devenir parent. La volonté est devenue un élément prépondérant dans le fait de devenir parent. Elle ouvre aussi le débat sur la multiparenté.

§ 1. UNE RESPONSABILITÉ COROLLAIRE DE LA LIBERTÉ

553. Il y a deux ou trois générations, il était impensable de ne pas avoir d'enfant (sauf pour les membres du clergé régulier catholiques pour lesquels c'était et c'est toujours la règle).

Aujourd'hui, considérer que l'espèce humaine est suffisamment pullulante est admis. La maîtrise de la fécondité ayant permis de dissocier sexualité et procréation, l'enfant n'est plus une contrainte, ses parents ayant eu, en principe, la liberté de le concevoir et de l'accueillir. En effet, la loi sur la contraception a rendu possible une sexualité libre⁹¹¹, sans crainte d'une grossesse non désirée. Cette dissociation explique aussi pourquoi la sexualité, même au sein d'un couple stable, voire légitime, n'a plus rien à voir avec l'engagement pour la vie, l'obligation de fonder un foyer accueillant plus ou moins d'enfants ou d'habiter ensemble. La contraception a permis de faire entrer le choix et la liberté dans la parenté. Dans les années 70, la contraception et la possibilité d'avorter ont contribué à libérer la parole de ceux qui militaient pour que la venue d'un enfant soit un choix. La parole des couples qui ne parvenaient pas à avoir d'enfant s'est

⁹¹¹ A l'Assemblée nationale, dans un premier temps, le Général de Gaulle s'y était d'ailleurs opposé, ne voulant pas « livrer la France à la bagatelle » !

exprimée une dizaine d'années plus tard avec la mise au point de la FIV (fécondation *in vitro*)⁹¹².

554. Le désir d'enfant a succédé à l'obligation naturelle, morale et sociale d'en avoir. La maternité était l'accomplissement naturel de la vie d'une femme. Il était naturel pour le couple hétérosexuel d'enfanter et de fonder une famille et il était évident et naturel pour l'espèce de se perpétuer. Pourtant cette « naturalité » était parfois contrecarrée. L'acte procréatif n'était pas toujours suivi de la création d'une famille. Beaucoup d'enfants ont ainsi grandi à l'écart des formes de vie familiales. L'abandon d'enfant a, par exemple, longtemps été monnaie courante⁹¹³. Ainsi, entre 1874 et 1939, la société française a organisé la gestion des enfants abandonnés et leur prise en charge par la société. Ces abandons ont été massivement pratiqués et socialement organisés.

Aujourd'hui, alors que le choix et la liberté sont des éléments essentiels, l'idée de nature n'a pas complètement disparu. Elle sert à tracer une frontière entre un désir d'enfant jugé légitime et un même désir jugé illégitime. Ainsi, elle justifie de refuser (en dehors de contraintes purement médicales) à des hommes ou des femmes au-delà d'un certain âge l'accès à la procréation médicalement assistée. Il semble qu'il y ait encore « un âge pour tout », un âge que la nature a fixé et que l'humain ne doit pas contrarier sous peine de condamnation morale.

Le dispositif social, médical et juridique d'aide à la procréation a contribué à faire passer la procréation d'une sphère intime à une sphère politique et publique. On peut se demander ce qui motive l'intervention du législateur : est-ce un souci démographique lié au devenir de la société ? Est-ce une préoccupation de santé publique ? Est-ce une vision de l'intérêt de l'enfant à naître qui serait conditionné par la parentalité dans laquelle il est né ? Une conception explicite ou implicite de ce qu'est un « bon lien » de filiation, la « bonne forme » de vie familiale ?

Le désir d'enfant est à la croisée des chemins de l'intime et du politique. La question relève du choix individuel mais intéresse aussi la société qui en fait un objet du droit et du débat public, un enjeu qu'un individu aborde avant tout comme "privé" mais qui, en fait, s'inscrit dans un réseau d'attentes sociales et politiques. C'est un choix de société qui donne la priorité à la procréation et à un certain type de vie familiale. Les pouvoirs publics ont ainsi décidé

⁹¹² Lire à ce sujet l'ouvrage de la sociologue Dominique Mehl, *Les lois de l'enfancement. Procréation et politique en France, 1982-2011*, Paris, Presses de Science Po, 2011.

⁹¹³ L'historien Yvan Jablonka le souligne dans son livre, *Ni père, ni mère. Histoire des enfants de l'Assistance publique (1874-1939)*, Paris, Editions du Seuil, 2006,

d'accompagner six tentatives d'aide à la procréation médicalement assistée⁹¹⁴. Mais ils favorisent aussi les couples hétérosexuels. La réglementation de la procréation médicalement assistée ne répond pas uniquement au désir d'enfant, elle émane de décisions collectives prises sous un certain regard social.

Ainsi, si l'on est stérile ou infertile⁹¹⁵, il n'y a pas, en France, de liberté sur la manière de créer une famille biologique. L'Etat détermine ceux qui ont le droit à la PMA, et sous quelles conditions. Dans cette hypothèse, on estime donc que la filiation et l'organisation de la parenté relèvent de l'intérêt général. Rappelons que ces restrictions n'existent pas, par exemple, chez nos voisins anglais ou belges qui ne fixent pas de règle de conjugalité pour accéder à la PMA.

§ 2. LA LIBERTÉ ET L'ENFANT AU SEIN DE SES FAMILLES

555. La liberté est très présente dans l'organisation d'une vie familiale et peu de choix atypiques sont condamnés. Cependant, le droit de la famille a maintenu certaines des limites traditionnelles au rôle de la volonté individuelle. Ce maintien concerne spécialement les choix effectués par les parents à l'égard de leur enfant. Le droit refuse alors de cautionner la volonté individuelle qui conduirait à une redistribution des rôles éducatifs sur les enfants.

Le droit considère encore la famille dans laquelle le lien de filiation et les fonctions éducatives sont exercées par les mêmes personnes comme une référence. Certaines formes d'organisation familiale ne sont pas reconnues comme des formes légitimes d'organisation. Elles ne sont pas pour autant interdites. Les individus qu'elles concernent doivent seulement se débrouiller sans le droit et son autorité pour les encadrer. Cette limite concerne particulièrement les familles recomposées, hétérosexuelles ou homosexuelles, dans la mesure où elles sont également composées de membres qui ne sont pas liés entre eux par un lien d'alliance ou de filiation, d'autant plus que ce lien est parfois existant à l'égard d'un parent vivant en dehors de ce ménage. Dans ce cas, des adultes se trouvent investis de fonctions parentales que le droit n'interdit pas mais dont l'organisation est réglée par des arrangements qui restent factuels.

⁹¹⁴ La fécondation in vitro est remboursée à hauteur de 4 tentatives. Au-delà, sa prise en charges est à la charge des futurs parents (étant précisé que chaque grossesse «remet le compteur à zéro»). L'insémination artificielle est remboursée à 100% par la sécurité sociale. Son remboursement se limite à 6 tentatives. "Cotation des actes médicaux" : J.O. du 30/03/2005.

⁹¹⁵ La stérilité est un état définitif. En revanche, l'infertilité peut n'être que temporaire et curable.

En matière d'autorité parentale, la reconnaissance des choix individuels a fait un pas en 2002. Le Code civil admet aujourd'hui plus largement la délégation d'autorité parentale et reconnaît ainsi, un glissement de la parenté vers la parentalité. L'autorité parentale appartient de plein droit aux parents légaux de l'enfant, mais l'évolution des configurations familiales, et surtout des recompositions familiales, crée des situations de fait dans lesquelles un enfant est élevé par l'un de ses parents et par son nouveau compagnon. Celui-ci n'a aucun lien de parenté avec l'enfant mais il participe au quotidien à son éducation et remplit ainsi des fonctions parentales.

La possibilité de délégation de l'autorité parentale est très encadrée et ce, par la nature-même du droit délégué : il s'agit d'un droit-fonction que les titulaires n'exercent pas pour eux mais pour un autre, l'enfant. Il n'a pour finalité que l'intérêt de l'enfant⁹¹⁶.

La liberté des parents se retrouve au moment de leur séparation puisqu'elle leur permet d'organiser l'exercice de l'autorité parentale à leur convenance (mais toujours dans l'intérêt exclusif de l'enfant).

556. Le droit pourrait inventer de nouveaux modes de partage de la fonction et de la responsabilité parentale notamment en faveur du non-parent qui partage la vie quotidienne de l'enfant.

Ces nouveaux droits ne pourraient pas être imposés, cela va de soi, mais reposeraient sur un acte d'engagement volontaire. Le non-parent doit, en effet, toujours disposer de la liberté de ne pas accepter (voire de ne pas demander) un droit de cette nature. Ces droits auraient le mérite d'assurer une stabilité du lien affectif entre l'enfant et ce parent social, non seulement pendant la vie commune avec le parent mais également en cas de séparation. En France, l'avant projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers de février 2009 n'a pas abouti⁹¹⁷.

L'adoption de la loi famille dont la simple présentation du projet avait déjà été plusieurs fois reportée (2013 et début 2014) l'a finalement été *sine die* par l'Assemblée nationale en mai 2014⁹¹⁸.

Le projet prévoit l'instauration d'un statut du beau-parent afin de: « *prendre en compte la situation des familles recomposées et les conséquences en cas de*

⁹¹⁶ Article 371-1 du Code civil, « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

⁹¹⁷ J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, précité.

⁹¹⁸ Le Monde 17 juin 2014.

séparation». ⁹¹⁹ L'article 6, notamment, « *assouplit les conditions dans lesquelles peut être garanti le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec un ancien conjoint, partenaire ou concubin du parent, avec qui l'enfant a vécu* ». Et ce, « *sauf si cela est contraire à l'intérêt de l'enfant* » ⁹²⁰. La délégation de l'autorité parentale pourrait être considérée comme un cheval de Troie qui aboutirait à la pluriparentalité et pourquoi pas à la pluriparenté réclamée par certains couples homosexuels ⁹²¹.

Si le législateur tente de canaliser les droits et obligations de la parentalité, à l'inverse, il ne donne aucune protection à la volonté en matière de paternité (mais le pourrait-il sans « rogner » sur d'autres droits acquis ?). La liberté d'avoir un enfant est, en effet, strictement féminine. Libre à la femme d'en faire bénéficier les hommes qui dépendent toujours du bon vouloir et/ou de l'honnêteté intellectuelle ⁹²² de leur partenaire pour être sûr de ne pas devenir père.

Section 5 - LES PATERNITÉS IMPOSÉES ⁹²³

557. Si dans la majorité des cas, les paternités sont désirées, il n'est pas rare que le consentement du père ait été purement et simplement nié.

A ceux qui s'en plaignent, on pourrait répondre qu'ils étaient vraisemblablement au courant de la façon de faire des enfants et que si les précautions d'usage avaient été prises, ils n'auraient pas à assumer financièrement et psychologiquement quoi que ce soit. Certes, mais n'est-ce pas une réponse plus morale que juridique ? N'est-ce pas déjà la condamnation d'un comportement peut-être léger mais surtout irresponsable et parfois inconscient d'un homme ? Néanmoins que penser du processus par lequel une femme donne naissance à un enfant contre la volonté du père biologique, parfois à son insu ?

⁹¹⁹ Projet lisible In extenso sur le site internet du Figaro

⁹²⁰ « Article 6 : Au premier alinéa de l'article 371-4 du code civil, après les mots: «*avec ses ascendants*» sont insérées les mots: «*et avec un ancien conjoint, partenaire ou concubin de l'un de ses parents, avec lequel il a vécu*».

⁹²¹ La pluriparenté pourrait encadrer légalement une pratique courante qui consiste à mettre en relation un couple de femmes et un couple d'hommes et de concevoir un projet parental à quatre, les parents biologiques ayant les mêmes droits et devoirs à l'égard de l'enfant à naître que les deux autres parents d'intention.

⁹²² Sauf à choisir la stérilisation à visée contraceptive ou l'abstinence.

⁹²³ Lire les témoignages dans le livre de Mary Plard, « *Paternités imposées* », Préface de Renaud Van Ruymbeke, éditions Les Liens qui Libèrent, 2013.

§ 1. UNE RUPTURE DE L'ÉGALITÉ

558. La nature a contraint ou a permis à la femme seule de porter les enfants. Cette contrainte est devenue une liberté de choix consacrée par les lois sur la contraception et l'avortement. Depuis, les femmes disposent seules, et c'est heureux, de leurs facultés reproductrices. On peut considérer qu'elles ont pu être, depuis des siècles, abandonnées par les pères de leurs enfants et qu'il s'agirait alors d'une « compensation historique » mais le fait est là : en matière de procréation et surtout de « non-procréation », les hommes ont moins de droits que les femmes. En cinquante ans, les femmes ont conquis le droit de disposer de leur corps, de refuser toute relation sexuelle contrainte, y compris avec leur conjoint. Elles peuvent aussi décider de donner ou non la vie, de fixer le moment le plus adapté pour une grossesse, de choisir le père de leur enfant (connu ou inconnu, un homme ou une gamète). Elles peuvent même décider de mener à terme une grossesse et d'accoucher sous X choisissant de ne pas s'imposer l'obligation d'assumer les fonctions de parent.

Les attentes, le comportement, les mœurs ont changé. Mais les hommes ne se sont pas repositionnés face à cette autonomie des femmes dans ce nouvel ordre sexuel. Les femmes peuvent désormais prétendre à une sexualité libre et assumée, sans s'enfermer dans une abstinence quelconque pour éviter les naissances rapprochées. Mais le versant masculin de cette liberté a pris une autre tournure. L'homme qui a une sexualité libérée avec des femmes adultes consentantes court le risque de devenir père et de se voir imposer une paternité. Il ne dispose d'aucun droit d'interruption filiative ni même du droit d'opposition préventive à toute paternité.

La place du choix de l'homme dans la procréation a changé en 1967⁹²⁴. Avant cette date, il était communément admis que l'homme décidait du « passage à l'acte » amenant la possibilité d'une naissance. Le droit et la morale se sont évertués à faire prendre conscience à l'homme de sa responsabilité quant aux conséquences de sa sexualité. Depuis que les techniques contraceptives et l'avortement sont non seulement autorisés mais de plus fiables, le décisionnel procréatif ne se situe plus chez l'homme mais chez la femme qui décide d'être ou non en situation de pouvoir procréer avant l'acte, et qui possède une pleine et entière possibilité décisionnelle après l'acte de lui donner pour conséquence une

⁹²⁴ Le 28 novembre 1967, la loi Neuwirth autorise la vente des produits contraceptifs (le remboursement par la sécurité sociale sera prévu à partir de 1975).

naissance ou non. En revanche, l'homme ne peut pas décider seul de devenir père. Il peut le vouloir, le désirer, y contribuer, l'accepter, mais pas le décider.

La paternité n'est donc plus du domaine de la responsabilité décisionnelle masculine depuis plus de 45 ans et la loi n'est plus en adéquation avec la réalité de la procréation telle qu'elle se décide depuis la contraception. L'homme peut ainsi être déclaré responsable et condamné pour le résultat d'une décision qu'il n'a pas pu prendre. L'homme n'a pas le droit à « la conception sous x » ni à « l'interruption du processus de filiation volontaire ». Les droits liés à la maternité sont exclusivement féminins. Le père n'a aucun droit sur l'embryon et encore moins sur le fœtus qui est le prolongement du corps de la femme jusqu'à l'accouchement. Il ne peut maîtriser sa fécondité que par l'abstinence ou l'intervention chirurgicale (vasectomie) qui se solde par une stérilisation définitive.

§ 2. LA CONTRACEPTION MASCULINE

559. La préoccupation est millénaire. La médecine et la morale ont fait chemin pour parvenir à l'idée de contraception et donc de sexualité récréative. Mais les recherches se sont presque exclusivement orientées vers la femme. Aussi, la contraception masculine est un sujet vite traité : la contraception ne s'accorde qu'au féminin.

L'usage du préservatif n'est pas assimilé à un contraceptif mais à un moyen de protection, terme qui en dit long sur le « monopole » des femmes à assumer seules la question de la contraception. Si les hommes portaient les enfants et accouchaient, la recherche dans ce domaine aurait sans doute évolué plus vite... mais il ne s'agit là que de pures considérations fantaisistes sur fond de féminisme. Il faut admettre qu'il y a une asymétrie fondamentale entre l'homme et la femme sur le plan de la responsabilité. Puisque seules les femmes portent les enfants, seul leur corps subit les « dommages » de grossesses non désirées (avortements). Il est donc fort probable qu'elles refusent de confier la contraception (sauf définitive) aux hommes qui restent plus éloignés des contraintes corporelles.

Pour l'instant, le « problème technique » est d'arrêter la production de cellules sexuelles sans remettre en cause la production d'hormones masculines avec la possibilité, en plus, que tout cela soit réversible. Tout l'enjeu des recherches en cours est d'interrompre provisoirement la spermatogénèse. Il s'agirait donc de remettre en cause momentanément la fertilité sans remettre en cause les signes

extérieurs de virilité. L'interruption de la fertilité du rat mâle a déjà été obtenue mais la molécule n'agit que plusieurs mois après avoir été ingérée et l'effet ne s'éteint que plusieurs mois après l'arrêt du traitement. Il y aura encore 10 ou 15 ans de recherche avant de trouver quelque chose de satisfaisant d'autant que la pression politique et sociale des hommes n'est pas telle que les crédits pour financer les recherches puissent être augmentés⁹²⁵.

Reste la vasectomie⁹²⁶, opération non douloureuse mais radicale, couramment pratiquée dans les pays anglo-saxons et encore sous-utilisée en France⁹²⁷. La décision n'est pas toujours évidente quand l'homme n'a pas encore eu d'enfant et que les familles se recomposent et s'agrandissent. Mais la possibilité de congeler les gamètes est en général proposée. Les hommes peuvent donc utiliser leurs gamètes quand ils choisissent de devenir père. La méthode (congélation du sperme et vasectomie) manque très certainement de romantisme mais elle ne manque pas d'efficacité pour éviter toute paternité imposée.

Depuis 1970, la vasectomie est devenue très « populaire » dans le monde entier. Chaque année, environ un demi-million d'hommes subissent une telle opération aux Etats-Unis où la régulation des naissances est un droit humain fondamental⁹²⁸.

⁹²⁵ Lire « Vers une pilule contraceptive masculine » Le Monde du 16 août 2012.

⁹²⁶ L'article 16.3 de la loi sur la bioéthique de 1994, a interdit le recours à la stérilisation contraceptive. Ce n'est qu'en 2001 que celle-ci a été légalisée avec la mise en place d'un cadre d'application. (Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001). Il ne peut être procédé à l'intervention qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale et après une confirmation écrite par la personne concernée de sa volonté de subir une intervention. Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressé de son refus dès la première consultation.

⁹²⁷ Elle est remboursée par la sécurité sociale depuis 2011 (et dépenalisée depuis 2001 alors que le Royaume-Uni l'a légalisée dès 1974). Celle-ci prend en charge une partie ou la totalité des frais occasionnés par un acte de stérilisation définitive que ce soit sur un homme ou une femme. Le remboursement est effectué par l'assurance-maladie quel que soit l'âge de la femme depuis le 14 décembre 2012. Avant, certains actes n'étaient remboursés que si la femme avait plus de 40 ans. Le 13 mars 2012, Dominique Baudis, défenseur des Droits, avait rendu un avis reconnaissant le caractère discriminatoire, à raison de l'âge, du non-remboursement. Le remboursement est de 100% pour les femmes (ligature des trompes et implants). Pour les messieurs, la vasectomie est remboursée seulement à 80 %.

⁹²⁸ La méthode de stérilisation est pourtant courante dans certaines cultures, notamment anglosaxones (au Royaume-Uni, elle concerne 21% des hommes et au Canada 22%, selon les statistiques 2011 des Nations Unies Elle est également répandue, de manière plus inattendue, en Espagne et en Suisse (près de 8% des hommes) - consulter le site : <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/family/worldContraceptivePatternsWallChart2013.pdf>). Les chiffres français sont beaucoup plus modestes puisque seuls 0,8% des hommes ont opté pour ce type de contraception. Les réticences du corps médical n'y sont probablement pas étrangères. Ces réticences touchent aussi la stérilisation féminine. L'idéologie médicale dominante veut encore que les femmes soient "faites pour avoir des enfants".

§ 3. LA RÉPONSE DU DROIT

560. Le droit n'offre aucune voix à ces paternités « arrachées ». Il ne donne, par exemple, aucune possibilité à l'homme de s'opposer à l'établissement d'une filiation entre lui et l'enfant ou de contraindre la femme à avorter puisque ce droit serait une atteinte à l'intégrité physique de son corps. L'effet pervers de ces dispositions est de « contraindre » les hommes, y compris ceux qui ont clairement exprimé leur choix de ne pas avoir d'enfant, d'en avoir un. C'est, en effet, test ADN à l'appui, une possibilité offerte aux femmes. La science affirme et fixe désormais la paternité.

Il n'existe dans la loi aucune possibilité de refuser une paternité imposée, ni de faire condamner une génitrice pour ce motif. Les femmes qui organisent une paternité imposée le font, quoi qu'il arrive, en toute impunité. L'aspect moral ou éthique de la pratique au regard du père présumé n'entre pas en jeu dès que l'on se place du côté de l'enfant. Les pères sont, en effet, supposés assumer leur responsabilité face à un comportement si ce n'est fautif au moins « léger ». La morale rattrape ici la justice. Le père devra donc payer une pension alimentaire, l'enfant sera obligatoirement son héritier, et père et fils se devront solidarité mutuelle. Au XXI^{ème} siècle, peut-être devrions-nous nous demander si l'institution de la filiation, fondée sur la biologie, n'est pas une valeur dépassée. Nous pourrions par exemple nous contenter d'une condamnation à payer des aliments sans établissement du lien de filiation ?

561. La femme dispose d'un délai de dix ans après la naissance de l'enfant pour faire une action en recherche de paternité. L'enfant dispose lui-même de dix ans après sa majorité pour entamer une procédure. C'est le juge qui décide d'une expertise génétique. Si l'homme refuse de s'y soumettre, pour beaucoup de magistrats, cela peut prouver qu'il sait être le père biologique. Dans l'immense majorité des cas, il est reconnu "père" et est condamné à verser une pension alimentaire. L'enfant devient son héritier au même titre que ses autres éventuels enfants puisque l'article 310 est dépourvu de toute ambiguïté : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ».

Le père peut bénéficier s'il le souhaite des droits afférents à cette paternité : droit de voir l'enfant, de le recevoir chez lui, d'exercer l'autorité parentale et même de demander à ce qu'il vive avec lui. Il ne sera toutefois jamais obligé de rencontrer

cet enfant et il pourra limiter son héritage à sa part réservataire en faisant un testament en ce sens au profit des autres héritiers. Restent la violence et le sentiment d'impuissance et d'iniquité, pour le père, de la situation lorsqu'elle lui est imposée.

562. Aujourd'hui seule la femme a le droit et la possibilité absolue de choisir le père de ses enfants. A cette inégalité répond un grand vide juridique. Mais une solution heureuse existe-t-elle ? Peut-on prévoir une loi qui préserverait à la fois les droits de l'homme, de la femme et de l'enfant ? Une approche qui protégerait une paternité librement consentie sans renoncer aux revendications tout aussi légitimes des femmes en matière de maternité ? L'intérêt de l'enfant suffit à prolonger les lacunes de la loi. Les progrès de la science permettent désormais d'affirmer la paternité biologique d'un enfant avec certitude. A cette paternité, s'attache l'intérêt de l'enfant, si ce n'est à être élevé par son géniteur, au moins à voir les frais liés à son éducation pris en charge. Mais elle se fonde sur la confusion qui règne encore entre le statut de géniteur et celui de père, entre un acte sexuel consenti accompli dans un consentement partagé et une paternité imposée. Pourquoi la volonté de l'homme n'aurait-elle aucun intérêt en la matière ? Le code civil est très protecteur du consentement, celui du consommateur est même particulièrement encadré. Ses rédacteurs n'ont pas été avares de dispositions pour écarter la violence, le dol, pour prévoir la rétractation, la limitation de l'engagement. Pourtant, une fois l'ovule fécondé l'homme/le géniteur se retrouve, qu'il le veuille ou non, définitivement et perpétuellement engagé. On assiste aujourd'hui à une redistribution de l'organisation familiale et l'occasion pourrait être saisie d'évoquer la question du consentement de l'homme à être père. Un homme qui a une relation sexuelle avec une femme est présumé avoir donné son consentement pour une paternité ; s'il ne s'est pas « protégé », on considère qu'il accepte d'avoir un enfant. Ce raisonnement est un peu hâtif.

563. Il existe une piste de recherche : celle de la responsabilité de la femme qui aurait décidé d'une grossesse seule, voire à l'insu du partenaire mais qui ne renoncerait pas, pour autant, à lui « présenter l'addition ». Le préjudice moral et financier, même si la naissance d'un enfant n'est pas un préjudice⁹²⁹ en soi, est bien réel et pourrait justifier une demande en dommages intérêts compte tenu

⁹²⁹ Le paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi du 2 mars 2002 pose le principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

du fait qu'il est né de la seule volonté de la mère. Pour cette action, fondée sur l'article 1382 du code civil⁹³⁰, le père devrait impérativement prouver la faute de la mère c'est-à-dire le mensonge (ce qui exclurait la responsabilité de la mère en cas « d'accident », d'erreur médicale ou de déni). Reste ensuite aux tribunaux de déterminer si la naissance d'un enfant même non désiré est un préjudice légitime et de ce fait indemnisable. Cette voie est la seule possible pour réparer la violence morale.

La jurisprudence a toujours considéré que la responsabilité de la mère ne pouvait être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour avoir eu un enfant. Le 21 mars 2006, par exemple, la cour d'appel d'Orléans a décidé que « *le simple fait de devenir père, même sans l'avoir recherché, ne saurait être considéré comme un fait dommageable* ». Elle pointa aussi les responsabilités du géniteur en concluant que : « *Tout homme qui accepte des rapports non protégés encourt [...] la possibilité d'une procréation* » avant de condamner le père, qui refusait de l'être, à 10 000 euros de dommages et intérêts⁹³¹.

Toutefois, il est à noter une progression de la jurisprudence quant à la notion de faute. La cour d'appel de Nîmes⁹³², a estimé qu'une épouse qui avait conçu un enfant avec son mari, mais à l'insu et contre la volonté de ce dernier, s'était rendue coupable « *d'un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux* ». La cour a considéré qu'imposer une paternité à son conjoint était une cause de divorce. En effet, « *En l'état des mœurs et des moyens de contraception existant dans la société française contemporaine, la conception d'un enfant par un couple marié doit relever d'un choix conjoint et d'un projet commun. En conséquence, constitue de la part de l'épouse un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, le fait pour celle-ci d'avoir entamé une nouvelle grossesse - réduisant ainsi son mari au simple rôle de géniteur - alors qu'elle ne pouvait ignorer que ce dernier ne souhaitait plus avoir d'enfant, suite au traumatisme subi par le décès de deux de leurs enfants, quelques mois après leur naissance* ». Finalement, si le comportement fautif de l'épouse a été sanctionné, la paternité n'en a pas moins été établie. La solution n'est pas satisfaisante car, du point de vue du père, des dommages et intérêts ne peuvent pas être considérés comme la bonne réponse. Mais, alors qu'il est de l'intérêt de

⁹³⁰ « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁹³¹ Libération du 4 juillet 2007.

⁹³² C.A., Nîmes, 21 mars 2007, Juris-Data n° 2007-332022; Droit Famille 2007, comm. n°189, note L. Mauger-Vielpeau.

l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents, quelle autre réponse aurait pu donner la Cour d'appel ?

Par ailleurs, un autre exemple donné par la Cour d'appel de Pau le 16 décembre 2013⁹³³, mérite d'être mentionné. Un pilote a eu une aventure extraconjugale avec une hôtesse de l'air célibataire qui lui a fait croire qu'elle était stérile. Par la suite, elle a tout fait pour qu'il reconnaisse l'enfant et pour lui soutirer de l'argent. Le père a engagé la responsabilité de l'hôtesse mais la faute n'a pas été reconnue pour les manœuvres liées à l'infertilité des relations du couple. Un préjudice moral a toutefois été reconnu au pilote qui a obtenu 2.000 euros de dommages et intérêts. On peut se demander s'il n'y a pas eu de confusion entre les notions de faute et préjudice.

564. Faut-il rétablir l'équilibre en agissant en faveur, cette fois, de l'homme ? Le renoncement à la paternité est-il possible ? Est-il souhaitable ? La simple association des termes « consentement à paternité » est curieuse pourtant elle ne manque pas d'à-propos à l'époque où la science a permis de dissocier la sexualité de la procréation. Ce consentement est d'ailleurs recueilli avec soins dans le cadre d'une PMA. Pourquoi serait-il incongru quand il s'agit de procréation naturelle ? Les lois de bioéthique de 2004 et 2011 positionnent l'homme en qualité de membre du couple parental, mais aussi en qualité de géniteur et de père. Son avis peut être exprimé, et donc entendu, en matière d'interruption volontaire de grossesse⁹³⁴, ce qui laisse penser qu'un statut « prépaternel » puisse lui être reconnu.

Il n'est pas question d'accorder un droit « d'ingérence » du géniteur dans le droit des femmes à avorter mais il faut admettre que la faculté de contraindre un homme à être père puisse être abusive et d'une grande violence.

La solution proposée par Madame Marcela Iacub⁹³⁵ peut être une piste. Elle propose de « *créer une procédure analogue à celle de l'accouchement sous X,*

⁹³³ C.A. Pau, 16 déc. 2013, n°13/00907 : JurisData n° 2013-032537 ; *Dr. fam., mai 2014, n°5*, Comm. Florence Brus.

⁹³⁴ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique : « L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic...[...].préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe ».

⁹³⁵ Marcela Iacub « Pour un statut de géniteur sous x », Libération du 25 janvier 2005

qui lui permettrait de s'opposer à une action en recherche de paternité, voire de suspendre la présomption de paternité s'il est marié avec la mère. Au moment où un homme prend connaissance d'une grossesse dont il ne souhaite pas assumer les conséquences, il devrait pouvoir faire appel à cette procédure qui le protégerait d'un recours, aussi bien de la femme que de l'enfant. Il deviendrait ainsi «géniteur sous X», laissant à la femme la responsabilité de mettre au monde l'enfant qu'elle aurait pu effectivement avorter ».

Les relations entre parents et enfant sont liées à l'engendrement dont découle une filiation assumée bon gré, mal gré. Le législateur a imposé des liens de filiation pérennes et la liberté individuelle ne peut pas les supprimer. Le législateur a permis et organisé les paternités imposées. En revanche, il se refuse encore à ouvrir la filiation à ceux qui souhaitent s'inscrire dans la multi-filiation d'un enfant dont ils ne sont pas les géniteurs.

Celui qui ne veut pas être père pourra être forcé de l'être alors que ceux qui souhaitent être les parents additionnels, c'est-à-dire au-delà des deux parents biologiques, ne peuvent pas encore le devenir.

Section 6 - VERS LA MULTIPARENTÉ ?

565. La pluriparentalité de fait existe déjà. Les familles recomposées se multiplient et, c'est une nouveauté, ne se substituent pas à une ancienne famille mais s'y ajoute. La nouvelle famille ne se construit pas sur les ruines de l'ancienne mais s'ajoute à l'édifice familial au sein duquel se crée de nouveaux liens et responsabilités entre personnes réunies par affinités. L'éducation des enfants « se gère » entre plusieurs foyers. Enfin, quelle que soit l'étendue des nouvelles familles, elles peuvent encore se gonfler d'autres membres, venus eux-aussi de familles recomposées.

La pluriparenté créerait un lien de filiation unissant un enfant à plus de deux parents. Or, aujourd'hui, il n'est pas possible d'avoir plus de deux parents. Tout au plus, peut-on substituer une parenté à une autre mais il faut se limiter à deux parents. La beau-parentalité se compose sur un mode cumulatif. En effet, il n'est pas exclu d'avoir plus de deux beaux-parents si l'on conserve ce statut aux précédents conjoints des parents.

L'apparition, ou plutôt la nouvelle visibilité, des familles homoparentales a bouleversé les représentations parentales. Dans cette hypothèse, le noyau parental n'est pas seulement enrichi de quelques nouvelles têtes. La famille homoparentale « contredit les modes habituels d'entrée en parenté. Les adultes

de même sexe qui ont souhaité ensemble un enfant puis l'élèvent conjointement ne peuvent pas être tous les deux géniteurs. Et la loi leur interdit d'être ensemble les parents légaux »⁹³⁶. Ce schéma, qui lie le droit de la filiation à la vraisemblance biologique (et donc à une filiation sexuée), peut maintenant évoluer avec l'adoption de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe qui entraîne le droit d'adopter l'enfant de son conjoint.

La famille homoparentale oblige le législateur à considérer que l'engendrement ne fonde pas les rôles parentaux car il vient, obligatoirement, au moins en partie, d'élément extérieur au couple éducateur. Il est ici impossible de faire semblant (comme c'est le cas pour l'adoption ou pour la PMA). Puisque l'engendrement n'est pas lié à la parenté, pourquoi ne devrait-on avoir que deux parents, si ce n'est par un mimétisme discutable d'une procréation naturelle ?

566. Le Sénat de l'État de Californie⁹³⁷ a adopté, en juillet 2012, une loi reconnaissant qu'un enfant pouvait avoir plus de deux parents. La loi a été adoptée après qu'un père biologique (mais non légal) n'a pas pu obtenir la garde de sa fille (qui avait été placée en foyer) alors que ses deux parents (deux femmes) étaient l'une en prison, l'autre à l'hôpital.

On peut se demander ce qu'il adviendra de ces enfants vivant au milieu de multiples « repères ». Mais la vie entre deux parents est-elle le gage d'un équilibre ? Pour le droit français, le parent est en premier lieu le géniteur. Toutefois, il faut reconnaître que la notion de parent dépasse infiniment cette définition biologique, trop restreinte. On peut, en effet, être parent au plan social, juridique et symbolique sans l'être biologiquement. Dans beaucoup de sociétés, les appellations de « père » ou de « mère » ainsi que les comportements et responsabilités qui s'y rattachent, vont bien au-delà des liens biologiques⁹³⁸.

L'intérêt de l'enfant peut être de n'avoir qu'un (la famille monoparentale est bien admise), deux, trois ou quatre parents. Il peut exister des situations où

⁹³⁶ Dominique Mehl, *op. cit.*

⁹³⁷ http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/sen/sb_1451-1500/sb_1476_bill_20120224_introduced.pdf.

⁹³⁸ La parenté et la parentalité sont des notions à la fois juridique, sociologique et anthropologique. Elles recouvrent des réalités souvent bien différentes les unes des autres. La parentalité alternée des Lyéla du Burkina Faso, en est un exemple intéressant. Les enfants, dès leur plus jeune âge sont confiés à la surveillance des membres du groupe familial. Vers 5 /7 ans, l'enfant est confié à des parents de tutelle. Ceux-ci se succèdent en fonction des besoins de l'enfant. La parentalité alternée cultive le sentiment d'indépendance et de liberté chez l'enfant. Lire Bamony Pierre : Structure apparente, structure invisible : l'ambivalence des pouvoirs chez les Lyéla du Burkina Faso – Une anthropologie des forces de la psyché chez une population de l'Afrique noire, ANRT, 2004, Lille

l'enfant est effectivement élevé par quatre personnes⁹³⁹. Le législateur pourrait encadrer de telles situations sans limiter ce droit aux couples homosexuels. La parenté pourrait alors être fondée sur un engagement parental irrévocable. Reste à envisager la séparation des couples de parents. Pourrait-elle se solder par la présence de quatre beaux-parents, eux-mêmes titulaires d'une part d'autorité parentale ? Même si l'intérêt de l'enfant doit seul guider les actes de tous ces adultes, la situation de fait risque vite de devenir ingérable.

567. Cette multiparenté est essentiellement espérée par les couples homosexuels. Elle représente le seul moyen de reconnaître juridiquement les quatre adultes qui ont ensemble conçu un projet parental : un couple d'hommes « s'associent » avec un couple de femmes pour faire aboutir ce projet. A la naissance de l'enfant, il y a certes un père et une mère biologiques mais il y a aussi leurs conjoints respectifs qui ont souhaité la naissance de cet enfant et qui assumeront auprès de lui des fonctions parentales. Notons que le « couple parental » est fondé sur un accord, le partage d'un projet commun, sur la volonté d'élever un enfant ensemble. Le lien qui les unit est, par hypothèse, plus stable et plus durable que celui fondé sur un sentiment amoureux. Les couples hétérosexuels seront moins désireux de recourir à cette multiparenté mais la situation n'est pas inimaginable. Le législateur n'est pas encore prêt à accorder un tel droit. Il faut reconnaître que la multiparenté aurait des répercussions sur la filiation, les successions (les abattements fiscaux profiteraient à davantage d'héritiers), les libéralités, les règles du mariage (prohibition de l'inceste) et plus généralement sur la conception même de la famille.

Il n'y a aucun obstacle infranchissable à la multiparenté. Il semble même que la notion pourrait progressivement se banaliser comme l'illustre le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 22 février 2013⁹⁴⁰. En l'espèce, l'enfant était issu "*d'un projet parental à trois*", le père et la mère biologiques et la compagne de la mère. L'enfant vivait depuis sa naissance avec ces deux femmes et voyait son père un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires. La délégation de l'autorité parentale, attribut de la parenté, a été prononcée en faveur de la compagne de la mère à la demande du père et de la mère de l'enfant.

⁹³⁹ L'enfant est élevé par deux couples complètement impliqués dans l'éducation. Les conjoints des parents biologiques considérant effectivement que l'enfant est le leur, soit parce qu'ils ont participé au projet parental avant sa naissance (c'est plutôt le cas des couples homosexuels) soit parce qu'ils connaissent l'enfant depuis son plus jeune âge et qu'ils ont souhaité participer à son éducation.

⁹⁴⁰ TGI Paris, 22 février 2013, RG 12/35092, *AJ Famille*, avril 2013, note Inès Gallmeister.

568. Pour l'instant, le concept de pluriparenté suscite surtout des résistances. Les arguments avancés pour les expliquer sont multiples : risque de déstabilisation du système de parenté qui structure(ra)it la société et qui pourtant ne fait pas toujours ses preuves, obligation de revoir le droit de la filiation et ses conséquences (transmission des noms et des biens, droits et devoirs entre parents et enfants...), atteinte à certains principes juridiques comme celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, obligation de repenser l'organisation des relations familiales, écart avec la filiation biologique, bouleversement du schéma parental qui renvoie à l'enfantement, risque pour la construction identitaire (supposée plus facile quand elle s'inscrit dans une généalogie biologique) des enfants...

La logique additive fonctionne parfaitement pour la pluriparentatité. Il est communément admis que plusieurs beaux-parents (officiels ou non) puissent intervenir dans la vie des enfants. En revanche, il semble difficile d'admettre l'établissement de plus de deux liens de filiation probablement parce que la filiation reste liée dans les esprits au lien biologique. Les nouvelles techniques de procréation montrent pourtant qu'un enfant peut avoir plusieurs parents biologiques. La multiparenté pourrait être une clé de compréhension du nouveau paysage familial qui se dessine depuis quelques années, notamment avec le développement des procréations médicalement assistées (PMA) impliquant des « tiers procréateurs » (donneurs de gamètes et d'embryons, donneuses de « temps utérin »).

Chapitre 4 – FAMILLE ET SCIENCE

DU SAVOIR FAIRE AU POUVOIR FAIRE

569. La science, ou plutôt les progrès de la science, sera l'une des signatures du XXI^{ème} siècle. Le législateur doit nécessairement intégrer cette idée puisque le droit est le produit d'une époque qu'il n'a pas choisie mais qui le façonne car il représente l'écho d'une volonté collective. Or, même si la conception du lien familial a évolué, on sait qu'elle va devoir être remplacée par une autre, moins liée au passé et plus perméable à la volonté individuelle notamment favorisée par les avancées de la science. Le législateur doit maintenant franchir le « Rubicon mental » qui permettra à la famille d'entrer dans une nouvelle ère.

Le droit de la famille ne s'est pas construit uniquement à partir de l'observation de la situation mais il est le produit d'un changement radical de point de vue. Autrement dit, le législateur ne construit pas le droit nouveau en observant seulement la société. Il ne s'agit donc pas de créer des lois éternelles mais d'écrire peu à peu l'évolution de la société qui tiendra compte de tous les bouleversements, notamment ceux liés aux progrès scientifiques.

« *Un problème sans solution est un problème mal posé* » disait Einstein ⁹⁴¹. Ce qui signifie que l'on ne comprend bien que ce qui est posé. La formule est valable en droit comme en science. Il faut donc être réaliste et se demander si le droit peut continuer à encadrer les grandes étapes familiales comme il le fait actuellement. La réponse est négative.

La science agit notamment au début et à la fin de la vie de chaque individu : elle a permis d'augmenter l'espérance de vie mais aussi de pallier l'éventuelle stérilité des couples. Elle a donc une influence tant sur l'établissement de la filiation que sur le mariage qui dure rarement aussi longtemps que la vie des mariés et qui doit donc être adapté à la possibilité de n'être non plus une fin mais une étape. Le droit vise à protéger l'intérêt des plus faibles, à structurer les relations dans la famille. De tout cela il est question dans le droit de la famille. Mais il faut maintenant pleinement intégrer une nouvelle donnée : on ne peut plus séparer les progrès de la science du droit de la famille si l'on veut comprendre quelque chose à la filiation telle qu'elle doit être perçue aujourd'hui. Dans ce domaine, le droit a longtemps fait disparaître les incertitudes qui pouvaient

⁹⁴¹ Rapporté par Laurent Lemire *Le siècle d'Einstein*, 2008, Perrin, p.115.

naître. Le droit suffisait à fixer la filiation jusqu'à ce qu'apparaissent les tests ADN, la procréation médicalement assistée, les mères porteuses et sans doute bientôt l'utérus artificiel, voire la création artificielle de gamètes, les néogamètes constitués artificiellement à partir des cellules-souches.

570. Parmi les avancées scientifiques qui ont bouleversé le paysage familial et parental, celles liées à l'ADN viennent tout d'abord à l'esprit puisqu'elles ont permis de déterminer avec certitude une paternité jusque-là parfois sujette à quelques doutes. Viennent ensuite celles qui ont conduit à la congélation des gamètes et des embryons et pourraient aboutir à un « brouillage » des générations.

Ces poussées obligent aussi à penser autrement la maternité et à envisager la gestation pour autrui. Elles débouchent également sur une meilleure connaissance des mécanismes génétiques de la transmission héréditaire et permettent aujourd'hui tant de « filtrer » les gènes et d'empêcher ainsi la transmission de maladie que de choisir (avec le diagnostic préimplantatoire) le sexe de l'enfant à venir. Les découvertes scientifiques ont ainsi modifié le rapport à la filiation dans un contexte de « biologisation » de la parenté.

Section 1 - INTERPÉNÉTRATION DU DROIT ET DE LA SCIENCE

571. Il y a encore trente ans, le législateur voulait « la paix des ménages » et l'ordre dans les familles. La place de chacun était clairement fixée : dans une famille légitime, le père était le mari. L'incertitude génétique ne se posait pas puisque la génétique n'en était qu'à ses balbutiements. Puis, la science a introduit les certitudes et imposé au législateur de voir la réalité des faits et des gènes et non « ce qui aurait dû être ou ce qui paraît être ». Parallèlement, il a permis, par l'utilisation de gamètes et d'ovocytes de tiers, de procréer en dehors du lien biologique. La loi ne prévoit qu'un père et une mère, titre que l'on attribue généralement pour décrire le lien génétique, biologique ou social qui existe entre une personne et son enfant. Si, aujourd'hui, un enfant peut avoir seulement deux parents génétiques (et trois biologiques avec les mères porteuses) les récents progrès technologiques, encouragés notamment par le gouvernement britannique, aboutiront vraisemblablement à la possibilité, pour

un enfant, d'avoir deux mères génétiques en plus d'une mère génitrice et d'un père biologique⁹⁴².

Curieusement, alors que la vérité génétique est aujourd'hui maîtrisée, l'incertitude de la filiation s'est déplacée sur son fondement. La maternité a perdu son unité naturelle puisque celle qui accouche n'est pas toujours la mère biologique. Auparavant, parler de maternité suffisait à évoquer une situation qui maintenant doit être précisée (maternité gestationnelle, génétique, d'intention). Quant à la paternité, elle peut être entachée du mensonge légalement organisé quand la PMA est réalisée avec un tiers donneur.

572. Une place est désormais accordée à l'affectif dans le fondement de la filiation. La vérité biologique laisse ainsi parfois la place à la vérité socio-affective.⁹⁴³ Pour s'en convaincre, il suffit de penser à la possession d'état, qui n'est rien d'autre que la transcription légale de l'apparence de la parenté. La Cour de cassation⁹⁴⁴ a même jugé que la possession d'état fait obstacle à l'action en contestation de paternité légitime de l'auteur d'une reconnaissance de l'enfant antérieure à la naissance. Les faits et la vérité affective priment donc, dans cette hypothèse, sur la vérité biologique⁹⁴⁵. Le fondement socio-affectif est renforcé par la pratique des techniques médicales de procréation pour lesquelles la filiation traduit l'engagement des auteurs du projet parental et non la vérité biologique. La filiation est alors exclusivement construite sur la volonté des parents d'intention.

573. Le problème est l'adéquation entre les domaines du droit et de la science. En sciences, les progrès peuvent sembler linéaires. Une découverte permet d'en

⁹⁴² La présence de trois donneurs (un masculin et deux féminins (un ovocyte peut être vidé de son noyau qui est remplacé par celui d'une cellule issue d'une donneuse) pourrait signifier que l'enfant aurait trois parents génétiques. Si on examine la possibilité que les partenaires des donneurs en cause deviennent parents (dans le cadre d'une multiparenté autorisée), l'enfant pourrait se voir loti de six parents auxquels pourraient s'ajouter, si aucun des géniteurs ou leur conjoint, ne souhaitent s'occuper de l'enfant, un autre couple qui exerceraient les fonctions parentales ; l'enfant pourrait avoir huit parents (trois génétiques, trois parents conjoints des parents génétiques et deux parents sociaux), sans oublier l'éventuelle présence d'une mère porteuse.

⁹⁴³ Lire Nicole Gallus, *Le rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge de la filiation*, Bruxelles, Larcier, 2009.

⁹⁴⁴ Cass., Civ 1^{re}, 14 février 2006 : *Bull. civ. I*, n° 73 ; *D.* 2006, 1029, note Kessler ; *Dr. famille* 2006, comm. n° 107, note Murat.

⁹⁴⁵ La Cour de cassation a censuré la cour d'appel pour avoir ordonné une expertise biologique qui ne peut être prescrite en matière de possession d'état : Cass., Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n°116.

anticiper une autre. Le droit est à la fois vivant et conservateur. Il innove sur ce qu'il a déjà construit. Mais, en droit, il doit y avoir non seulement des évolutions mais aussi des ruptures : la possibilité de passer d'une société à une autre, d'un principe à un autre. La science et le droit sont des disciplines très différentes mais chacune doit intégrer l'autre dans son évolution. La science ne peut pas permettre tout et le droit ne peut pas interdire toute évolution scientifique ou faire semblant de ne pas voir certains progrès. Les deux disciplines doivent répondre aux attentes individuelles ou collectives. Pour cela, le droit doit baliser la science afin de produire des avancées qui seront autant scientifiques que politiques. En effet, les utilisations possibles des technologies scientifiques par l'Etat ou par les individus eux-mêmes, que ce soit en matière de génétique ou de reproduction, ne concernent pas que l'individu bénéficiaire mais d'autres intéressés, tels les enfants à naître ou la famille en tant que réseau normée notamment quant aux fondements de la filiation et de la parenté et en tant qu'organisation sociale.

L'enjeu est donc à la fois sociologique, anthropologique, éthique et politique. Il se situe au-delà des intérêts privés et les libertés individuelles.

« *Quand les choses deviennent possibles et qu'elles commencent à être pensables, elles deviennent un jour ou l'autre réalisables* »⁹⁴⁶. Le processus de réalisation n'est pas toujours aussi rapide pour le droit que pour la science. Quand les progrès scientifiques permettent de satisfaire les besoins ou les désirs des individus, le droit est inévitablement « à la traîne » pour traduire cette possibilité médicale en possibilité juridique. Ce décalage peut être une source de désordre sociétal. « *Le progrès scientifique ne saurait être ignoré, voire contrarié trop fondamentalement par le droit, pour de pures raisons de cohérence juridique ou d'une éthique fondamentaliste, sous peine, pour la règle de droit, de se retrouver en grave décalage avec la réalité sociale* »⁹⁴⁷. D'autant que le débat se joue bien souvent, non dans les laboratoires, mais sur la scène politique, frappée de procrastination, dès qu'il s'agit de redéfinir les modèles familiaux.

En attendant un prochain tournant, il n'est pas inutile de voir le panorama de la nécessaire complémentarité de la science et du droit de la famille.

⁹⁴⁶ Lire l'article de Françoise Héritier dans le Monde du 2 mai 2001 dans lequel elle explique pourquoi elle a signé la pétition de l'APGL (Association des parents gay et lesbiens) contre la discrimination dans les procédures d'agrément dans le cadre de l'adoption par des homosexuels.

⁹⁴⁷ Gilles Taormina, « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », Recueil Dalloz, 2006, p.1071.

§ 1. ENTRE INTERDICTION ET PRESCRIPTION

574. En 1808, Freud écrivait⁹⁴⁸ : « *Ce serait théoriquement l'un des plus grands triomphes de l'humanité, l'une des libérations les plus tangibles à l'égard de la contrainte naturelle à laquelle est soumise notre espèce, si l'on pouvait élever l'acte de la procréation au rang d'une action volontaire et intentionnelle, et le dégager de son intrication avec la satisfaction d'un besoin naturel* ». Le vœu de Freud est réalisé. La réalité est même au-delà de l'imagination du célèbre psychanalyste puisque on peut aujourd'hui avoir un enfant quand on veut, si on veut et même si le couple, ou l'un de ses membres, est stérile.

Les progrès de la science ont permis de concrétiser la liberté des couples de procréer. Face à cette liberté des futurs parents, il est tenu compte de l'accord général qui se forme au sein d'une société sur la possibilité d'accéder aux techniques procréatives médicales. Ainsi, cette liberté d'être parents est-elle « frustrée » en droit français quand il s'agit d'un couple homosexuel, d'un couple hétérosexuel qui ne veut pas avoir de relations sexuelles, s'il s'agit d'une femme qui a dépassé l'âge de la procréation naturelle ou encore d'un célibataire. Les bouleversements envisageables de la procréation et de la parentalité contemporaine, les perspectives ouvertes par la science et les risques que pourrait prendre la société incitent à se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir un encadrement législatif pour contenir tant les individus que le corps médical et social.

La bioéthique est l'objet de nombreux débats de société. Elle nourrit l'intervention publique lors de prises de position face aux innovations scientifiques et sociétales. Elle s'inscrit alors dans une perspective législative et normative.

L'approche pourrait être purement et simplement libérale : libre à chacun de disposer de sa capacité procréatrice, des progrès scientifiques et de la liberté des mœurs. Mais les appels à la loi se sont fait entendre. Eliminons tout de suite une ambiguïté : les appels ne révèlent pas une quête de justice mais répondent aux besoins des sociétés modernes de trouver des repères qui permettent de juger de la vitesse réelle avec laquelle les choses changent. Le droit permet alors de baliser la perception sociale que l'on peut se faire des avancées scientifiques.

⁹⁴⁸ Sigmund Freud, « La sexualité dans l'étiologie des névroses », *Résultats, idées, problèmes I, 1890-1920*, Paris, PUF, 1984, p. 89.

De plus, le corps médical n'a pas souhaité décider, seul, du sort de toutes les demandes qui lui étaient faites. Pourquoi ne pas décider à plusieurs des conditions d'accès à la PMA ? Sont-ils, par exemple, compétents pour décider de l'anonymat des dons ou du bien fondé de la participation de mères porteuses ? Le droit doit ici s'immiscer dans le processus décisionnel puisque les réponses doivent être politiques et non scientifiques.

Face à cette compétence technique se place le corps législatif qui pourrait redouter un excès de pouvoir du scientifique, ne serait-ce qu'au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant. Aujourd'hui, le principe de l'intervention du législateur en matière d'encadrement des pratiques biomédicales est acquis. Pourtant, cette intervention est remise en cause quand il s'agit de procréation assistée. Elle est alors considérée comme une véritable immixtion du droit dans la vie privée, voire comme une atteinte au droit au respect de la vie privée, ainsi que du droit à fonder une famille tels que définis aux articles 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) et de l'article 23 du Pacte international des droits civils et politiques (1966). Le caractère privé de la procréation ne toucherait-il que la procréation naturelle et serait-il inopérant lorsque la conception requerrait l'utilisation de structures médicales nécessaires à l'application des techniques d'AMP ?

L'assistance médicale à la procréation appartient au domaine du droit à la santé, santé que la Constitution de l'OMS⁹⁴⁹ définit comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». La prise en charge de cette assistance par les organismes de sécurité sociale relève « *de l'obligation d'accès aux soins à laquelle l'Etat se trouve tenu en vertu de différents textes nationaux et internationaux, notamment celui du Préambule de la Constitution de la IVème République auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958 ou de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997*⁹⁵⁰ ».

Ainsi, le domaine de la procréation assistée, comme celui de l'adoption, relève en partie du domaine public, plus précisément de l'ordre public. L'Etat se doit d'assurer à chacun le meilleur état de santé possible et, à ce titre, fournit aux couples confrontés à la stérilité la possibilité de recourir aux techniques d'AMP afin de pallier leur déficience. Mais en contrepartie, il se trouve responsable des conséquences qui pourraient être celles de l'application de ces techniques aux

⁹⁴⁹ Organisation mondiale de la santé.

⁹⁵⁰ Ratifiée par la France le 13 décembre 2011 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012.

différents niveaux que représentent les institutions et l'humanité toute entière »⁹⁵¹.

La possibilité du clonage humain, et de ses potentielles dérives, suffirait à légitimer l'intervention de l'Etat dans le domaine de la procréation mais il faut reconnaître que cette intervention se justifie par le fait même de l'implication des techniques procréatives sur la filiation où les règles, qui intéressent l'ordre public, sont de caractère impératif et dépassent donc les intérêts privés.

Notons ici une similitude avec l'adoption qui, pas plus que l'AMP, ne permet de devenir parent sans l'intervention et le contrôle des pouvoirs publics.

Ces deux modes d'accès à la parenté (adoption et l'AMP) se différencient de la libre procréation naturelle exempte de l'intervention de l'Etat.

575. Pourtant, une autre option est possible et l'alternative a des adeptes : le philosophe Ruwen Ogien, auteur de la théorie de l'éthique minimale, défend la liberté inconditionnelle de procréer. Pour lui, seul le risque de causer un tort à autrui justifierait l'intervention publique.⁹⁵² La décision finale devrait être laissée aux seuls principaux concernés, c'est-à-dire, dans le cas de la procréation aux femmes ou aux parents d'intention. On peut bien sûr objecter que cette décision implique beaucoup d'autres personnes comme les médecins, l'enfant à naître, la famille et pourquoi pas la société dans son ensemble notamment par la prise en charge financière des actes mais l'avortement concerne aussi les mêmes personnes et pourtant, cela ne semble pas une raison suffisante pour priver une femme du droit absolu de prendre la décision d'avorter durant les douze premières semaines de la grossesse.

576. Madame Véronique Fournier⁹⁵³ a créé, en 2002, le Centre d'Ethique Clinique de l'Hôpital Cochin. Elle apporte l'éclairage d'un médecin sur la dimension collective des enjeux bioéthiques et sur la légitimité ou non de l'intervention de l'Etat. Elle s'interroge sur le lien, peut-être trop solide en

⁹⁵¹ Rapport de la fondation Terra Nova (Présidentes du groupe de travail Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag) sur la bioéthique - Commission « Accès à la parenté – assistance médicale à la procréation et adoption -*Pour une révision progressiste de la loi bioéthique* »-. Rapport consultable sur Internet: <http://genevieve.delaisi.free.fr/pages/TNova-bioethique.pdf>.

⁹⁵² Ruwen Ogien, *La vie, la mort, l'Etat. Le débat bioéthique*, Paris, Grasset, 2009. « L'éthique minimale » est une éthique d'inspiration libérale et anti-paternaliste. Elle exclut les devoirs moraux envers soi-même et se réduit au seul principe de ne pas nuire aux autres. R. Ogien soutient la liberté de faire ce qu'on veut de sa propre vie du moment qu'on ne nuit pas aux autres et demande notamment la décriminalisation de la consommation de stupéfiants, de toutes les formes de relations sexuelles entre adultes consentants et de l'aide active à mourir.

⁹⁵³ Véronique Fournier, *Le Bazar bioéthique. Quand les histoires de vie bouleversent la morale publique*, Paris, Robert Laffont, 2010.

France, entre le devoir des pouvoirs publics de mettre à disposition des soins de qualité et le devoir de les financer. Certaines prestations seraient-elles plus accessibles, et donc moralement acceptables, si l'Etat n'en assumait pas la charge financière ? Autrement dit la participation financière de l'Etat dans une opération pourrait justifier l'ingérence des pouvoirs publics dans la détermination des bénéficiaires des progrès réalisés.

Elle met également en évidence l'inégalité dans l'accès à certains soins. Le Docteur Fournier plaide pour une évolution de la législation dans le sens des droits des malades, de la solidarité vis-à-vis d'eux, plutôt que de les contraindre à « *une loi d'interdiction morale au service de la préservation d'une quelconque bonne conscience ou bien-pensance collective* ». Elle déplore « *la façon dont la société traite aujourd'hui [les demandes présentées], en acceptant certaines, en condamnant les autres, sur des critères supposés clairs, bâtis autour d'une ligne de démarcation qui est officiellement la maladie, mais dont l'appréciation est éminemment subjective et beaucoup plus morale qu'autre chose* ». Des règles sont nécessaires mais l'Etat ne sait pas mieux que des adultes capables de discernement ce qui est bon pour eux et n'est pas en mesure de contrôler les éventuelles dérives des couples désireux de concevoir, d'autant que ce contrôle ne porterait que sur les couples contraints de faire appel à la médecine .

Partageant le même avis, le sociologue Bertrand Pulman⁹⁵⁴ considère que, puisque les innovations médicales sont non seulement souhaitables mais inévitables, la possibilité d'en bénéficier relève de la sphère privée, que les choix éthiques et les interdits juridiques varient d'un pays à l'autre et que les couples demandeurs trouveront de toute façon une solution à l'étranger. Mieux vaudrait alors un désengagement de l'Etat sur ces questions, position qui éviterait une « surenchère éthique » et des « crispations morales » qui mènent à l'impasse ou à la frustration. Il faut, pour cela, que le législateur cesse de faire de la procréation médicalement assistée un remède à une stérilité pathologique pour la considérer comme un mode alternatif de reproduction. « Dans un contexte de revendication d'une neutralité axiologique de l'Etat vis-à-vis des choix individuels, tout contrôle direct des actes apparaît comme une intrusion dans ces choix et donc comme une intervention intolérable dans l'autonomie des individus »⁹⁵⁵. Le domaine d'intervention de la médecine s'est considérablement étendu en dehors de la pathologie et notamment pour ce qui touche le début (procréation) et la fin de vie (euthanasie) et on peut se demander si c'est au

⁹⁵⁴ Bertrand Pulman, *Mille et une façons de faire des enfants*, Paris, Calmann Lévy, 2010.

⁹⁵⁵ Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013, page 92.

législateur ou au corps médical de décider ce qui est souhaitable pour chaque individu.

Il n'est pas question de tout autoriser mais de tendre vers des solutions moralement acceptables et pratiquement utiles. L'intégrité physique et la dignité de la personne humaine pourraient être des limites à ne pas franchir mais il ne faut pas oublier que même ces notions sont diversement appréciées, par exemple dans les pays anglo-saxons chacun est juge de sa propre dignité.

§ 2. LES VEROUS DE LA BIOÉTHIQUE

577. La bioéthique, véritable enjeu politique, va s'imposer dans le débat qui déterminera si la société doit strictement encadrer l'accès aux techniques procréatives ou si au contraire elle peut le laisser à la décisions des institutions, des patients et du corps médical. Finalement, la loi française de 1994 sera l'une des plus restrictives d'Europe. La procréation assistée est réservée aux couples, hétérosexuels, vivants, en âge de procréer, mariés ou capables de prouver une vie conjugale de plus de deux ans. Aujourd'hui, les grossesses « hors normes » (gestation pour autrui et gestation après ménopause) ne sont toujours pas autorisées par la loi française. Malgré l'évolution des mœurs, des modes de vie, des liens de parenté et de la famille et le tourisme procréatif en plein essor, la réglementation française a peu évolué dans ce domaine lors de refontes ultérieures de la loi bioéthique de 1994 (en 2004 et 2011).

Si toutes les questions soulevées par la procréation médicalement assistée sont utilement discutées dans un cadre bioéthique, les lois auxquelles les débats aboutissent ne peuvent être que provisoires. Il est, en effet, impensable de neutraliser un progrès par une loi qui ne règle qu'un problème moral à une époque bien déterminée.

Si l'on se réfère à la procréation naturelle, une remarque s'impose : les parents n'ont besoin d'aucune autorisation, agrément ou compétence. La liberté des parents est totale. En revanche, dès que la médecine intervient, la loi conditionne cette intervention à différents critères. Il n'est donné une suite favorable à leur désir d'enfant que si leur projet entre dans le cadre défini par les dispositions législatives.

Le droit à l'enfant n'a pas été retenu. Pourtant, il existe car la société considère qu'il est naturel pour un couple de vouloir des enfants. Si la nature, justement, refuse au couple la possibilité d'être parents, celui-ci se tourne vers l'Etat qui a institué une aide légale pour pallier les défaillances. L'Etat répond donc favorablement au désir d'enfant, rendu possible par la science et légitimé par le

droit, des couples stériles. Mais « *cette notion de « droit » devient un reproche scandalisé quand deux femmes ou deux hommes tentent de suivre des procédures similaires. Cependant, les homosexuels ne demandent rien d'autre que ce qui existe déjà* »⁹⁵⁶. Est alors avancé l'argument-choc : l'intérêt de l'enfant. Celui-ci serait fragilisé s'il avait des parents homosexuels. En revanche, il disparaît complètement du débat quand il est question de lever l'anonymat des dons auquel la France se refuse toujours au nom de l'intérêt des parents.

Aujourd'hui, faire un enfant ne dépend pas toujours d'un homme, d'une femme et de leurs capacités naturelles de procréer. Dans bien des cas, la naissance est devenue une affaire complexe. Faut-il imposer des règles ? Au nom de quelles valeurs pourrait-il être légitime d'empêcher des femmes et des hommes adultes responsables et raisonnables d'accéder à la possibilité d'avoir un enfant ? Telles sont les questions que posent les gestations tardives (A), les grossesses par-delà la mort (B) et l'utérus artificiel (C).

A - LES GESTATIONS TARDIVES

578. L'allongement de la durée de vie, le recul de l'âge moyen de la maternité et les progrès de la médecine vont faire sauter le verrou de la ménopause. C'est une véritable intervention individuelle sur le temporel qui donne la possibilité de mener sa vie par étapes successives et de remettre à plus tard ce qu'il était indispensable de faire avant. La longévité offre la possibilité d'un recommencement.

Le XXI^{ème} siècle sera celui de la maternité choisie mais également celui de la maternité dépossédée puisqu'il est fort probable que l'on pourra bientôt « produire » des enfants dans des laboratoires. Après cela, les relations entre les deux altérités sexuées de l'humanité pourront repartir sur de nouvelles bases.

La «convenance personnelle» va devenir la question centrale et la suite logique de la maîtrise de la fonction de reproduction féminine. Ce choix pourrait être la première étape irréversible dans l'usage non médical de techniques jusqu'ici destinées à traiter des stérilités.

La maîtrise du temps de la fécondité est d'ailleurs préconisée par le Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français (GNGOF) qui est

⁹⁵⁶ Eric Garnier, *L'homoparentalité en France, la bataille des nouvelles familles*, éditions Thierry Marchaisse, 2012, p.37.

favorable «pour des raisons sociétales» à l'autoconservation des ovocytes⁹⁵⁷. Grâce à une technique de vitrification, la conservation ovocytaire est désormais techniquement maîtrisée⁹⁵⁸ et peut s'étendre à l'autoconservation « de confort ». Cette autoconservation est le seul traitement efficace, avec le don d'ovocytes, de l'infertilité à 40 ans et plus. Elle permet aux couples d'utiliser leur propre capital génétique. Elle est autorisée par la loi de bioéthique de juillet 2011 pour raison médicale lorsque la fertilité est menacée par un traitement stérilisant (en cas de chimiothérapie par exemple).

La loi⁹⁵⁹ permet toutefois l'autoconservation « de convenance » conditionnée, pour l'instant, à l'obligation de concéder un don d'ovocytes, ce qui est, ni plus ni moins, qu'un chantage très discutable. Autrement dit, pas de don, pas d'autoconservation.

Cette autoconservation pourrait être une réponse au fait que l'âge de la maternité ne cesse de reculer et que la fertilité diminue avec les années. De plus, l'autoconservation de convenance est permise pour les hommes. Un homme peut, en effet, faire conserver ses gamètes s'il se fait ligaturer les canaux déférents (vasectomie). Il s'agit donc bien d'une conservation de convenance. Il n'y a pas de raison valable de refuser cette option aux femmes.

Reste à savoir quelle sera la participation financière de la sécurité sociale, et donc de l'Etat, dans cette démarche. A l'instar de la contraception qui est remboursée au nom du droit des femmes de choisir ou de refuser une grossesse, l'autoconservation sera-t-elle remboursée pour permettre aux femmes de faire des choix de vie, des études, une carrière professionnelle, sans renoncer à une maternité ?

Le législateur se prononcera un jour favorablement pour l'autoconservation des ovocytes car les femmes voudront avoir des enfants de plus en plus tard. Continuer à refuser cette technique reviendrait à encourager le tourisme procréatif ou à faire chuter le taux de natalité. Au moment de leur premier accouchement, les femmes ont, en 2014, plus de 29 ans contre 24 en 1960. Ce chiffre est en constante augmentation. Elles sont de plus en plus nombreuses à

⁹⁵⁷ Avis du 12 décembre 2012 disponible sur le site internet du CNGOF: <http://www.cngof.asso.fr/>

⁹⁵⁸ L'autoconservation de convenance est déjà autorisée aux Etats-Unis, au Canada, en Italie, en Espagne, en Angleterre et en Belgique. Lire la brochure établie par le Syngof (syndicat national des gynécologues obstétriciens de France) pour le Colloque qui s'est tenu au Sénat le 14 novembre 2014.

⁹⁵⁹ Alinéa 3 de l'article L1244-2 du code de la santé publique « Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur ».

avoir leur premier enfant à plus de 35 ans et les grossesses des femmes de plus de 40 ans sont désormais courantes. Le phénomène concerne ou concernera la majorité des femmes et la loi devra s'adapter.

« La force du nombre » n'est en revanche pas opérante quand il s'agit de devenir biologiquement père ou mère après sa mort par insémination de gamètes ou transfert d'embryons ante mortem, les différents cas de procréation post mortem envisagés présentant tous la particularité d'être exceptionnels. Le nombre potentiel de demande de transfert d'embryon post mortem ne semble pas dépasser un ou deux par an en France. Les demandes d'utilisation de sperme post mortem pourraient être plus nombreuses mais elles ne sont pas pour autant fréquentes.

B - LA PROCRÉATION PAR-DELÀ DE LA MORT

579. Faire naître un enfant dont le père est déjà mort, voilà ce que permet la science. Il suffit de transférer in utero un embryon cryoconservé. La technique est au point mais le législateur refuse toujours son utilisation en France. Le projet de loi avait été adopté par l'assemblée nationale le 15 février 2011 pour être finalement rejeté.

Le projet autorisait le transfert entre le sixième et le dix huitième mois suivant la mort du père biologique. Si l'enfant naissait viable, la filiation paternelle, peu importe qu'elle soit légitime ou naturelle, aurait été établie et aurait ouvert à l'enfant des droits dans la succession de son père. Le Comité consultatif national d'éthique avait refusé l'utilisation post mortem de sperme cryoconservé mais avait soutenu l'autorisation d'un tel transfert en constatant que « *les couples engagés dans une procédure d'assistance médicale à la procréation qui a donné lieu à la cryoconservation d'embryons dits « surnuméraires » ont seuls le pouvoir de décider du sort de ces embryons. Si l'homme décède, c'est à la femme qu'il revient de prendre toute décision sur le devenir de l'embryon cryoconservé sauf, paradoxalement, celle de demander son transfert in utero dans l'espoir de mener à bien une grossesse. La loi lui interdit, en effet, de poursuivre le projet parental dans lequel elle s'était engagée avec son conjoint décédé. Mais alors qu'on lui oppose un refus, elle va être confrontée à une situation d'autant plus douloureuse qu'elle sera contrainte à faire un choix impossible. La loi ne lui laisse pas d'autres alternatives que de demander la destruction de l'embryon, ou bien de le donner pour la recherche, ou encore de consentir à son accueil par un autre couple. Cette éventualité peut paraître*

particulièrement cruelle si le transfert de l'embryon est son ultime chance d'être mère, notamment en raison de son âge ou de son infertilité »⁹⁶⁰.

Le Code de la Santé publique réserve donc toujours l'assistance médicale à la procréation à un homme et à une femme qui forment un couple vivant (art L. 2151-2). Ces dispositions interdisent, de fait, l'insémination de femmes où la fécondation in vitro avec les gamètes congelés de leur partenaire décédé.

580. Le rapporteur du texte de la loi bioéthique de 2011, Monsieur Léonetti, a approuvé l'interdiction du transfert post-mortem «*au nom de la conception de la volonté qui est la capacité de changer d'avis*». Dans l'hypothèse de transfert post-mortem, le père n'est évidemment, plus en état de manifester le moindre consentement. Cependant, n'était-il pas envisageable pour ce père de faire connaître, de son vivant, sa volonté au cas où il viendrait à décéder avant l'implantation des embryons ? C'est d'ailleurs la démarche adoptée par certains pays⁹⁶¹ qui admettent le transfert ou l'insémination post-mortem, tels la Belgique, le Royaume-Uni ou l'Espagne, en le subordonnant à un accord exprès du mari ou du compagnon de la future mère. L'article L 2141-10 du Code de la santé publique organise la procédure d'information et de consentement du couple. Il pourrait préciser que lors de la confirmation de sa demande, qui doit être faite par écrit, l'homme consent, ou pas, au transfert des embryons au cas où il viendrait à décéder.

581. S'il ne s'agit pas de concevoir un futur orphelin (puisque l'embryon est déjà conçu, ovocytes et gamètes se sont déjà rencontrés), il s'agit quand même de faire naître un enfant privé de père. L'existence de l'enfant ne se résume quand même pas à cette particularité, si douloureuse soit-elle. On peut penser

⁹⁶⁰ Lire l'avis n°113 du CCNE consultable sur le site <http://www.ccne-ethique.fr>.

⁹⁶¹ Quinze pays de l'Union européenne sur 27 autorisent le transfert d'embryons congelés, après la mort du mari, pour des fins de recherche ou pour l'assistance médicale à la procréation de la veuve. En 1994, année de la première loi bioéthique française, la France se félicitait d'être un des pionniers dans ce domaine. Depuis, le droit français a peu évolué à l'inverse du droit des pays voisins européens. En la matière, l'Europe ne s'exprime pas d'une voix commune. La Convention d'Oviedo en 1997 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000 pourraient devenir les bases d'un droit européen de la bioéthique. Mais tous les pays d'Europe n'ont pas ratifié cette Convention (ratifiée par la France en 2011, elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012). Cela peut signifier que des pays d'Europe souhaitent garder leur spécificité dans ce domaine. Cela dit, la très grande liberté de circulation va influencer les différents Etats. Un « service » qui n'est pas disponible dans un pays, mais qui l'est de l'autre côté de la frontière, ne fera qu'augmenter le tourisme. Il suffit de passer "de l'autre côté de la frontière", à l'Est de l'Europe notamment, où le vide juridique n'interdit rien. Lire l'étude publiée sur le site du Ministère de la Justice « La transplantation d'embryon post-mortem (Allemagne, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni) ».

que l'intérêt de l'enfant est mieux assuré par un couple que par une femme seule mais on ne peut pas douter *a priori* de la capacité de la mère à l'élever seule. Le législateur l'admet quand il autorise un célibataire à adopter.

582. Il existait un risque d'insécurité juridique sur le plan successoral. En effet, puisque la mère peut décider de l'implantation entre le sixième et le dix-huitième mois suivant le décès du père, le nouvel héritier pourrait voir le jour jusqu'à 27 mois après le décès de son père.

Le droit des successions connaît un principe fondamental selon lequel seules les personnes nées lors du décès peuvent avoir la qualité d'héritier. Ce principe s'efface toutefois au bénéfice de l'enfant conçu, mais pas encore né lors du décès. L'article 725 du Code civil⁹⁶², précise, en effet, qu'un enfant conçu peut être considéré déjà né s'il y va de son intérêt et à condition qu'il soit né vivant et viable.

Ce texte a été rédigé à une époque où la conception n'était entendue que dans le cadre du processus naturel. Il pourrait être dépoussiéré pour adapter les règles du passé à la réalité du présent.

Sa portée pourrait très bien, aujourd'hui, être étendue au cas de l'enfant conçu in vitro. Un enfant né de l'implantation d'un embryon fécondé in vitro, du temps où l'époux ou le concubin était encore en vie, serait réputé né dès sa conception, si l'embryon est implanté in utero dans un délai de quelques semaines suivant le décès, lorsque son intérêt serait en jeu.

Il ne s'agissait donc pas de bouleverser le droit des successions mais d'adapter ses règles à ce type de situations. Aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, la loi prévoit que l'enfant né selon cette technique après le décès de son père ne peut prétendre à un héritage de ce dernier. Cette solution se heurte au principe d'égalité des enfants quelles que soient les conditions de leur naissance.

Mais si on avait autorisé une femme à continuer, après le décès de son conjoint, le projet parental du couple, sur quel fondement aurait-on pu refuser ce droit à l'homme dont la femme est décédée ? Sauf à attendre la mise au point définitive du l'utérus artificiel, il aurait été obligé de recourir aux services d'une mère porteuse, ce que la loi française prohibe.

⁹⁶² Article 725 du code civil : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112 ».

A - L'UTÉRUS ARTIFICIEL

583. Les progrès scientifiques ont permis de dissocier sexualité et procréation. Cette évolution a permis de placer le désir et la liberté individuelle au centre des valeurs suprêmes. Après la pilule contraceptive, l'insémination artificielle, la fécondation in vitro, la prochaine étape sera l'ectogenèse, en d'autres termes, l'utérus artificiel. La possibilité extracorporelle ne sera bientôt plus un fantasme ou une vue de l'esprit des auteurs de science fiction⁹⁶³.

1. ASPECTS PHYSIOLOGIQUES

584. Quelques précisions physiologiques s'imposent : la gestation⁹⁶⁴ est le processus au cours duquel l'embryon se développe dans l'utérus. Certaines femmes peuvent concevoir un enfant et ne pas le porter. A l'inverse, d'autres femmes ne peuvent pas (ou plus en cas de ménopause) concevoir d'enfant mais peuvent tout à fait le porter. D'un point de vue strictement physiologique, la qualité de génitrice n'est donc pas nécessairement liée à celle de gestatrice. Le but est de créer un environnement pour que les embryons puissent se développer en dehors du ventre de leur génitrice. La gestation se ferait intégralement dans un incubateur qui reproduirait les fonctions de l'utérus et du placenta maternel. L'enjeu est surtout de reproduire le milieu dans lequel se développe l'embryon, c'est-à-dire le liquide amniotique dont la composition change au cours de la grossesse. Pour l'instant, le début de la grossesse (jusqu'au 5^{ème} jour : après la fécondation in vitro, l'œuf fécondé se développe en laboratoire avant l'implantation dans l'utérus) et la fin, à partir de la vingt-quatrième semaine, peuvent se dérouler en dehors du corps féminin. Au-delà de la vingt-quatrième semaine, les bébés prématurés peuvent, en effet, finir leur période d'incubation en couveuse⁹⁶⁵, même si pour l'instant, les soins qui leur sont apportés ne peuvent pas garantir l'absence de lésions cérébrales. La recherche dans ce domaine sera d'ailleurs fondamentale, dans un premier temps, pour les grands prématurés et leur assurera de meilleurs soins. Certains avortements pourraient également être évités puisque si la mère ne désire pas porter l'enfant, elle pourrait le confier à l'hôpital pour le laisser grandir dans un incubateur. On peut

⁹⁶³ Le modèle du genre reste le roman d'Aldous Huxley *Le Meilleur des mondes*, écrit en 1931, nouvelle édition chez Plon, collection Feux croisés, 2013.

⁹⁶⁴ Du latin *gestare* « porter ».

⁹⁶⁵ La couveuse elle permet avant tout au nouveau-né qui n'a pas encore la maturité nécessaire pour réguler sa température, de se protéger du froid.

imaginer que l'abandon se ferait, pendant la gestation et donc avant la naissance de l'enfant, dans les mêmes conditions que l'accouchement sous x.

585. Même si l'utérus artificiel se justifie, dans un premier temps, par des raisons thérapeutiques, il n'est pas exclu qu'à plus ou moins long terme, la gestation extracorporelle devienne la norme.⁹⁶⁶ A l'inverse, les gestations intracorporelles répondront à une approche plus idéologique, un choix affectif ou l'envie de vivre une expérience. Le phénomène s'est produit à l'égard de l'allaitement : pendant longtemps, l'allaitement maternel était une véritable injonction mais depuis que les femmes ont voulu se libérer de cette contrainte, l'allaitement artificiel, sauf phénomène de mode, est devenue la norme. « *Toutes proportions gardées, elles [les femmes qui choisiront de porter un enfant] seront dans la position des femmes (et des hommes) qui décident, par exemple, de faire leur pain eux-mêmes* »⁹⁶⁷. Il y a fort à parier que la possibilité d'échapper à la malédiction biblique « Tu enfanteras dans la douleur » rapprochera les femmes des nouvelles techniques procréatives.

Les difficultés rencontrées sont certes là, mais elles ne sont pas fondamentales et seront très vraisemblablement surmontées avant la fin du siècle. Elles se concentrent sur la possibilité de combler l'écart entre les cinq jours et les vingt-quatre semaines. L'utérus artificiel ne sera peut-être plus pour longtemps une simple fiction d'ingénierie mais une nouvelle aide à la procréation.

2. ENTRE CRAINTES ET ESPOIRS

586. Les utérus artificiels répondent, comme les inséminations artificielles et les fécondations in vitro, au désir d'enfant que la procréation naturelle ne permet pas de réaliser. Ils permettront de contourner l'interdiction des mères porteuses et satisferont la demande de parents qui ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer une grossesse.

Le risque de clonage reproductif doit, bien sûr, être envisagé mais il ne doit pas masquer le véritable bénéfice que pourront tirer les femmes de ce progrès. Il faut admettre que l'être humain ne se réduit pas à ses gènes et que les révolutions scientifiques en cours, aussi impressionnantes soient-elles, seront

⁹⁶⁶ L'Eglise catholique ne s'oppose d'ailleurs pas à la recherche en la matière, consciente du fait que certaines femmes pourraient éviter d'avorter et confier le fœtus à l'hôpital où la gestation sera poursuivie. Même si les autorités religieuses ne se sont pas encore publiquement exprimées à ce sujet, l'utérus artificiel pourrait aussi « relancer » l'idée d'une « immaculée techno-conception ».

⁹⁶⁷ Henri Atlan, *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005, p.113.

progressivement « digérées » par la société comme le furent les précédentes évolutions.

Gageons que, comme pour la pilule et l'IVG, les oppositions à l'utérus artificiel seront vives mais elles auront du mal à résister au droit revendiqué par les femmes de disposer de leur corps. En effet, s'il devient possible et moralement acceptable de procréer sans grossesse, au nom de quoi pourrait-on refuser aux femmes ce mode de gestation qui, en outre, n'empêchera pas la venue au monde d'enfants en parfaite santé ? En 1980, lorsque le premier « bébé éprouvette » est né, le sentiment général allait de l'étonnement à l'effroi. Aujourd'hui, soit trente cinq ans plus tard, la technique est acceptée et ne soulève pas de problème de conscience majeur. C'est pourquoi, en dépit des craintes, voire de l'épouvante, que pourrait susciter l'utérus artificiel, il est raisonnablement envisageable de penser que la société acceptera la substitution totale de la technique à la nature en matière de procréation.⁹⁶⁸

L'élément déterminant de la libération sociale des femmes est la contraception qui a permis aux femmes de mener une carrière professionnelle sans être handicapées par une ou plusieurs grossesses. Cette libération a donc bien eu lieu grâce à l'intrusion d'un élément biomédical dans un domaine jusqu'alors réservé à la vie privée et à sa régulation par les mœurs et le droit. L'utérus artificiel parachèvera cette libération en évitant les contraintes de la grossesse et en permettant des gestations plus tardives que la nature refuse parfois. Les femmes ne subiront plus les contraintes physiologiques liées à la procréation.

La question de l'éventuelle pression professionnelle d'un employeur sur une salariée devra être anticipée. Le premier préférant sans doute que la seconde fonde une famille sans quitter son poste.

3. LA MORALE ET LE SYMBOLE

587. Comme c'est déjà le cas de la paternité, la maternité ne sera pas donnée mais elle sera construite : il s'agit là de considérations qui prêtent déjà à caution, rien n'étant prouvé sur la nature réelle du lien créé pendant la gestation entre la mère et l'enfant car la fonction maternelle, attachée à la maternité, n'a rien de naturel ; elle est avant tout une construction sociale, « *définie et organisée par*

⁹⁶⁸ On passerait alors de la « mère-nature » à la « mère-machine ».

des normes, selon les besoins d'une population donnée à une époque donnée de son histoire »⁹⁶⁹. Les nouvelles normes restent à inventer.

Longtemps considéré comme une simple « couveuse », l'utérus maternel présente une certaine neutralité morale. « *En effet, l'ovule et le spermatozoïde portent en eux une partie du génome du futur embryon et sont donc partiellement responsables de son identité future. D'où l'acuité des questions morales qui entourent le don d'ovules ou de sperme et la rencontre des gamètes in vitro. Par contraste, l'utérus est souvent vu comme une condition nécessaire de la procréation, sans laquelle aucune grossesse ne serait possible, comme une condition « neutre » qui, du moins selon une croyance répandue jusqu'il y a peu, n'apporte que peu de chose à l'embryon et dont l'intervention ne pose donc guère de problème moral* »⁹⁷⁰.

588. Une étape a déjà été franchie avec la greffe d'utérus. En octobre 2014, en Suède, une femme, née sans utérus, âgée de 35 ans a donné naissance à un petit garçon. En 2013, elle avait reçu la greffe d'une donneuse de 61 ans, ménopausée depuis 7 ans. Au préalable, des ovules avaient été prélevés dans les ovaires de la jeune femme, puis fécondés in vitro. Huit autres femmes ont été greffées dans le même hôpital et quatre bébés sont déjà nés. A chaque fois, le greffon était celui de la mère de la femme greffée ou d'une amie qui n'était plus en âge de procréer. Cette technique est désormais opérationnelle mais elle suppose quand même de trouver une donneuse compatible, d'accepter de subir un traitement anti-rejet du greffon et de faire retirer l'utérus greffé après l'accouchement pour ne pas prolonger la prise de médicaments antirejet, obligatoires en présence d'un greffon.

Le 5 novembre 2015, l'ANSM⁹⁷¹ a accordé une autorisation pour un essai clinique à une équipe du CHU de Limoges⁹⁷². Cet essai permettra de réaliser, pour la première fois en France, une greffe d'utérus. Cela permettra aux femmes qui souffrent de stérilité utérine définitive (environ une femme sur cinq cents) d'y avoir recours.

L'équipe de l'hôpital de Limoges va prélever les utérus sur des femmes en état de mort cérébrale. Ces essais seront aussi faits à l'hôpital de Suresnes qui

⁹⁶⁹ Y. Knibiehler (dir.), *Maternité, affaire privée, affaire publique*, Bayard, 2001, cité par Catherine Halpern dans son article « Maternité en révolution », *Revue Sciences Humaines*, hors série n°4, novembre décembre 2005.

⁹⁷⁰ Monique Canto-Sperber et René Frydman, *Naissance et liberté, La procréation. Quelles limites ?*, Plon, 2008 p.110.

⁹⁷¹ l'Agence nationale de sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

⁹⁷² Lire le Monde du 6 novembre 2015 (pages Santé)

s'oriente vers des donneuses vivantes en phase de changement de sexe⁹⁷³. L'ablation sur une femme vivante nécessite une opération de neuf à dix heures. La contrainte pour la donneuse est donc aussi importante que pour une GPA.

À la différence de la procréation médicalement assistée qui concerne un problème de molécules et de gènes, la greffe d'utérus pallie un problème « mécanique ». Cet organe est, en effet, une « poche », un « contenant » sans mystère.

La grossesse étant un état hormonal « autosuffisant », un homme peut être enceint(e). Il y a déjà en Suède, une demande d'hommes pour la greffe d'utérus. C'est techniquement possible mais la société française ne sera vraisemblablement pas prête à l'accepter avant longtemps.

C'est sans doute pour éviter la GPA que la greffe d'utérus a été autorisée. Reste à savoir si cette alternative est plus « acceptable » pour les femmes. En termes de risques, pour l'enfant, pour la femme qui porte l'enfant et pour celle qui donne son utérus (si elle est vivante), la greffe pourrait se révéler « pire » que la GPA⁹⁷⁴.

589. La mise au point de l'utérus artificiel facilitera les projets parentaux. Reste à faire accepter socialement cette nouvelle technique de maîtrise de la fécondité dont les retombées sur les structures familiales et les formes de filiation seront à l'origine de la normalisation du mode de reproduction biologique en dehors du ventre maternel.

La contraception a permis une sexualité sans procréation ; la procréation médicalement assistée a dissocié la procréation de la sexualité ; l'utérus artificiel permettra la dissociation entre procréation et gestation. Le principe de base combine ceux des deux autres techniques puisque l'ectogenèse a pour finalité de faire naître un enfant en évitant la grossesse. Elle sera une technique de procréation assistée motivée par l'envie ou le besoin d'éviter une grossesse. Elle passera aussi par l'acceptation de nouvelles techniques procréatives qui ne singent pas la nature.

L'utérus artificiel pose, de façon hyperbolique, les questions que soulèvent la procréation médicalement assistée : jusqu'ou peut-on conduire

⁹⁷³ Il s'agira donc de garder l'utérus des femmes transsexuelles qui subiront une chirurgie de réattribution sexuelle.

⁹⁷⁴ C'est d'ailleurs l'avis partagé par les Professeurs Nisan et Nelly Achour-Frydman (pourtant farouchement opposée à la GPA jusqu'alors), spécialistes de la fertilité (visionner le débat -Le monde en face- entre le Professeur Nisan et le Professeur Achour-Frydman suivant le reportage « Tous enceintes ! » diffusés sur France 5, le 1^{er} décembre 2015).

« l'artificialisation » de la procréation ? Est-il nécessaire de maintenir une imitation de la nature ? (rappelons-nous, au moment de répondre à cette question, que la nature n'est pas toujours « clémente »). La volonté et le désir des futurs parents doivent-ils primer sur les limitations biologiques ? La procréation devenant possible sans sexualité, sans fécondation ni gestation naturelles, que signifie être parents ? Qu'en sera-t-il de l'enfant né grâce à ces méthodes ? Né d'un projet parental, pourquoi les liens qui l'unissent à ses parents seraient-ils différents de ceux d'un enfant qui serait passé du stade d'embryon à celui de fœtus dans le ventre d'une femme ?

590. Freud soutenait (sans le prouver) que la vie intra-utérine et la première enfance étaient en continuité, qu'il n'y avait pas de rupture entre la vie intra-utérine et la naissance. Il est vrai que les études du psychisme prénatal ont montré que le fœtus avait des capacités de perception⁹⁷⁵.

Cependant, ce n'est pas parce que le fœtus montre une réaction neurologique instinctive qu'il a une conscience de ce qui l'entoure. Tout au plus a-t-on montré que le stress de la mère augmente les battements du cœur du fœtus mais c'est uniquement parce que ce stress augmente la tension artérielle et la fréquence cardiaque de la mère. Il n'y aurait donc a priori aucun risque psychologique pour l'enfant né après une incubation dans un utérus artificiel.

Au moins évitera-t-il les risques, relativement fréquents, liés à la prise d'alcool et de tabac de sa mère.

4. LA QUESTION DE L'UTÉRUS ARTIFICIEL SOUS L'ANGLE DU DROIT

591. Jusqu'à présent, le législateur a fait « *de la procréation médicalement assistée un « remède » à la stérilité pathologique et non un mode alternatif de reproduction* »⁹⁷⁶. Les enjeux sociaux et juridiques de l'ectogenèse sont différents de ceux des autres techniques de procréation puisque ce procédé, qui permet à la femme de ne plus être « le ventre » nécessaire à l'enfantement, marquera une évolution vers une véritable égalité des sexes déjà commencée par la liberté d'accès à la contraception et à l'avortement⁹⁷⁷ et, au-delà de considérations purement égalitaires, elles permettront surtout aux femmes de se

⁹⁷⁵ Henri Atlan raconte avec ironie que la religion juive dit que les fœtus apprennent le Talmud en entier pendant la grossesse ! H. Atlan, R. Frydman, J. Gelis et K. L. Matignon, *La plus belle histoire de la naissance*, Édition Robert Laffont, 2013.

⁹⁷⁶ Marie-France Nicolas-Maguin, « Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile », *Droit et cultures*, 2006-1, p.123-132.

⁹⁷⁷ Marcela Iacub, *L'empire du ventre*, Fayard, 2004.

débarrasser de ce qui pour certaines reste une corvée. L'ectogenèse permet aussi de « repenser » la procréation en dehors de structures familiales par des procréations anonymes où les enfants seraient élevés dans des structures collectives (qui se rapprocheraient de celles des Kibboutz).

Plus généralement, il est nécessaire de comprendre le bouleversement induit par la médicalisation de la procréation sur la filiation de l'enfant à naître. Ce bouleversement varie en fonction de l'aide médicale apportée. Celle-ci commence par l'intervention minimale, la procréation en éprouvette d'un embryon issu des gamètes d'un couple hétérosexuel. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de grande révolution puisque la filiation juridique et la filiation biologique coïncident. En revanche, l'intervention maximale se passe de reproduction sexuée et aboutit au clonage d'un seul individu. La coexistence des procréations médicalisées et du droit de la filiation pose des difficultés car la filiation en droit français s'est essentiellement construite sur une reproduction sexuée. Or, il est aujourd'hui envisageable de concevoir un embryon sans relations sexuelles des géniteurs et il sera peut-être un jour possible de le faire à partir de la rencontre de gamètes artificielles.⁹⁷⁸

592. Abstraction faite de la filiation adoptive qui est une filiation non charnelle, la filiation, en droit français, a pour fondement le lien du sang, (même si son absence peut être comblée par une possession d'état d'une durée de cinq ans)⁹⁷⁹.

La filiation paternelle repose sur une transmission du patrimoine génétique. Le contentieux de cette filiation s'appuie d'ailleurs sur une éventuelle absence de lien biologique entre l'enfant et son père légal. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une insémination avec tiers donneur que l'on « efface » ce lien biologique au profit de la paternité sociale, le père désigné par la loi n'étant pas le père biologique mais celui à l'origine du projet parental.

Pour la filiation maternelle, le fondement biologique est double puisque la mère est à la fois génitrice et gestatrice. Elle porte et accouche de l'enfant. Comme pour la paternité, il peut être fait appel à un tiers. Dans cette hypothèse, un ovocyte, d'une autre femme, fécondé in vitro, peut être implanté dans l'utérus de

⁹⁷⁸ La presse scientifique s'est fait l'écho des différentes tentatives de production de cellules reproductives artificielles. Lire notamment l'article sur « Perspectives des cellules souches en médecine de la reproduction » rédigé dans le cadre des entretiens de Bichat du 14 septembre 2012 http://www.lesentretiensdebichat.com/Media/publications/medecine_170_172_wmk.pdf.

⁹⁷⁹ L'article 333 du Code civil (ordonnance du 4 juillet 2005) interdit toute contestation d'une filiation établie par un titre et une possession d'état conforme à ce titre d'une durée de cinq ans.

la mère qui n'est plus la mère biologique⁹⁸⁰. Puisque *mater semper certa est*, le droit français ignore la manipulation génétique et désigne comme mère la femme qui accouche. Pour l'instant, le droit français refuse de diviser le concept de maternité entre la volonté, la biologie, la gestation et l'accouchement.

La pratique des mères porteuses est ainsi inconcevable puisque peu importe les gènes ou l'intention. La femme qui a porté l'enfant ne peut pas légalement le remettre au couple commanditaire, parents d'intention et ce, même s'ils sont les géniteurs de l'enfant. Le conflit entre la désignation de la mère par l'accouchement et la volonté des parents (biologiques ou non) apparaît clairement. La gestation mécanisée permettrait de parvenir à construire l'unité de la maternité. La mère serait alors la mère génitrice (ou la mère sociale en cas de don) : filiation maternelle et filiation paternelle seraient ainsi égalisées.

L'arrivée de l'utérus artificiel dans l'arsenal procréatif ne poserait pas, au regard du droit, de problème insurmontable. Il suffirait de prévoir que la filiation s'établit selon les mêmes principes que ceux qui régissent déjà les procréations médicalement assistées pour lesquelles il y a une déconnexion entre la filiation juridique et la filiation biologique. La filiation s'appuie alors sur le projet parental dont est issu l'enfant, en d'autres termes sur la déclaration d'intention d'élever l'enfant sans considération des liens biologiques que l'on a avec lui.

Pourrait-on encadrer les participants à ce projet parental ? Deux parents, ou plus, hétérosexuels, homosexuels, en âge de procréer,... ? La réponse n'est pas juridique mais politique et dépendra d'un choix de société.

L'utérus artificiel donnera aussi au père les mêmes pouvoirs que ceux dont il dispose sur les embryons surnuméraires conçus en vue d'une fécondation in vitro. Ceux-ci appartiennent en effet autant au père qu'à la mère. Le corps de la femme n'étant plus sollicité, l'interruption de la grossesse en utérus artificiel ne pourra plus être décidée par la mère seule et ne devrait être possible qu'avec l'accord des deux parents. L'interruption volontaire de grossesse devrait d'ailleurs perdre l'essentiel de son sens puisque l'ectogenèse ferait de la naissance d'un enfant une affaire intégralement programmée excluant, pour cette

⁹⁸⁰ La presse s'est fait l'écho d'une nouvelle « variante » qui sera mise au point prochainement : de nouvelles recherches, autorisées par le gouvernement britannique le 27 juin 2013, aboutiront à l'intervention de deux femmes pour créer un ovule. Le procédé concerne les femmes qui ont des gènes susceptibles de transmettre des maladies graves à leur enfant (myopathie, surdité, diabète...). Une deuxième femme donnera un ovocyte. Dans chaque ovocyte se trouve un noyau dans lequel sont réunis tous les chromosomes transmettant une identité physique. Ce noyau sera retiré dans l'ovocyte de la donneuse et remplacé par celui de la mère. Ainsi, les caractéristiques physiques essentielles des parents seront gardées et les gènes malades qui ne sont pas dans le noyau seront ainsi retirés.

technique, toute gestation non désirée. L'interruption volontaire devrait même être interdite.

Les limites technologiques et économiques ont, sans cesse, été repoussées en matière de procréation. La législation est pour l'instant un peu frileuse. Des pas ont été faits mais le code civil reste sur ses positions en matière de filiation. Les questions se multiplient quant il s'agit de faire intervenir un tiers dans la conception même de l'enfant. La nouvelle cuisine procréative fait entrer dans la biologie de l'enfant ou dans sa gestation une autre personne que ses parents. La personne donneuse de gamètes n'existe pas en droit français. Pour l'enfant, elle est même censée n'avoir jamais existé. Le droit français refuse aussi aux femmes, pourtant volontaire et consentante de porter un enfant destiné à quelqu'un d'autre. La division en deux de la maternité biologique est pourtant bien établie. Une femme peut participer à la conception d'un embryon et être incapable de le porter alors qu'une femme peut porter un embryon qui lui est génétiquement étranger. Maintenant que le désir d'enfant est à portée d'avion, la loi française va devoir s'assouplir pour que les « petits arrangements procréatifs » aboutissent à l'émergence l'établissement d'une filiation claire et transparente où se mêleront parenté sociale et parenté biologique, liens de sang et parenté intentionnelle.

Section 2 - LES NOUVELLES CUISINES PROCRÉATIVES

593. En 1677, le Hollandais Van Leeuwenhoek découvre la présence de spermatozoïdes dans le sperme. Trois siècles plus tard, la science est capable de procéder seule à l'acte créateur en éprouvette et hors du corps humain.

En 1978, Louise Brown sera le premier bébé conçu en laboratoire. Trente ans plus tard, des millions d'enfants ont été ainsi conçus dans le monde, dont un peu plus de vingt mille chaque année en France.

Ces nouvelles méthodes de fécondation sont désormais passées dans les mœurs. Pour la première fois tous les ingrédients nécessaires à la procréation sont visibles et manipulables. Se posent de nouvelles questions dont les réponses étaient avant évidentes : Qui est le père ? Qui est la mère ? Combien y-a-t-il de parents ? Faut-il additionner ou soustraire les morceaux d'une parenté éparse ?

En 2005, en Grande Bretagne, est né Charlie, conçu par la volonté de trois sœurs (et du conjoint de l'une d'elle): ce petit garçon, véritable affaire de famille, est le fils légal d'Alex et de son mari. Il a été fécondé en éprouvette

avec le sperme de cet homme et l'ovocyte de la sœur jumelle d'Alex et porté par la sœur aînée d'Alex. Charlie a donc trois mères potentielles : sa mère légale, Alex, et ses tantes respectivement sa mère génétique et sa mère porteuse.

Le phénomène n'est pas isolé : Après une Roumaine, deux Américaines, une Britannique, une Française, une Turque, une Espagnole et une Indienne de 70 ans, ce fut le tour, en 2008, d'une autre Française d'accoucher, non pas d'un, mais de trois enfants à l'âge de 59 ans. Cette femme s'était précédemment rendue au Vietnam, où une jeune femme lui aurait vendu ses ovocytes. Trois embryons ont été implantés dans l'utérus de la future maman... Elle est ensuite revenue en France, où les médecins, mis devant le fait accompli, l'ont pris en charge pour une grossesse à risque⁹⁸¹.

Actuellement, le « record » français est détenu par une femme de 62 ans qui a donné naissance à un garçon, en 2001, alors que le « record » mondial revient à cette Indienne qui a donné naissance à des jumeaux à l'âge de 70 ans.

Un an plus tôt en Israël, Rachel Cohen obtint qu'un enfant soit conçu avec le sperme de son fils, un soldat tué cinq ans plus tôt. Elle a elle-même choisi la future mère. Ce « père », aura donc eu à son insu une descendance avec une femme qu'il n'aura, par hypothèse, jamais connue.

La science a permis de pallier les conséquences de l'impossibilité physiologique à se reproduire dans les pays développés. Si on ne peut plus compter sur soi, il est possible de compter sur les autres et sur les progrès techniques pour « fabriquer » et porter les enfants. Si l'on part du principe que ce qui est possible doit être un jour légalisé, l'enfant deviendra fatalement le produit d'une fabrication. Cela implique l'idée que le droit à l'enfant sera légitime dans la mesure où il sera (il l'est déjà bien souvent) techniquement possible.

Les progrès de la science font l'objet d'autant d'attentes et d'espoir que de craintes et de dérives. La technicisation de la procréation peut, certes, nous plonger dans le cauchemar d'Huxley mais, avant de sonner les sirènes de l'apocalypse, restons dans la réalité et parions qu'elle contribuera davantage à changer notre approche de la maternité qu'à changer de civilisation. Définir la maternité par l'accouchement est une position qui n'est plus tenable. Ce credo a été pensé et adopté par le législateur à un moment où il n'était même pas imaginable qu'un enfant puisse naître de la « participation » de trois mères :

⁹⁸¹ La presse française a aussi récemment parlé d'une allemande de 65 ans, déjà mère de 13 enfants, qui a recouru à de multiples inséminations artificielles avec dons de sperme et d'ovocytes. Elle a accouché prématurément, en mai 2015, de quadruplés.

celle qui porte, celle qui donne ses gènes et celle qui veut élever l'enfant. Ce véritable dogme s'est aussi insinué dans les esprits pour décréter que le sentiment maternel (pour certains, il s'agit même d'instinct) naît avec l'accouchement.

Enfin, les nouvelles techniques procréatives jettent un voile pour le moins opaque sur la place de la génétique dans la définition de la paternité, de la maternité, de la filiation et donc de la famille.

La loi bioéthique de 1994 a contribué à figer les structures naturelles de la parenté qui inspirent toujours le législateur : l'enfant ne peut avoir qu'un père et qu'une mère. Tant que la transmission biologique coïncide avec la filiation juridique, le droit est conforme à la réalité. Dès qu'une tierce personne se glisse dans l'aventure, le droit maquille la supercherie pour permettre aux parents le simulacre (§1) ou interdit la maternité à celle qui ne porte pas l'enfant (§2).

§ 1. LE DON D'ENGENDREMENT OU LA FICTION CHARNELLE

594. L'assistance médicale à la procréation avec donneur est scientifiquement permise depuis longtemps. À l'origine, les premières techniques de PMA⁹⁸² ont été développées pour permettre à des couples infertiles d'avoir des enfants. Par la suite, ces techniques ont été utilisées dans d'autres cas, notamment pour éviter la transmission de maladies génétiques.

C'est en 1884 que fut réalisée, aux États-Unis, la première insémination avec sperme de donneur. Les banques de sperme congelé voient le jour aux États-Unis en 1968 et en 1973 en France, avec la création des CECOS⁹⁸³. Ces centres organisaient le don de spermatozoïdes selon leurs règles éthiques d'anonymat et de gratuité. Le premier « bébé éprouvette » français naîtra en 1983. La même année est créé le CCNE⁹⁸⁴. Sa vocation est de suggérer des orientations visant à éclairer les professionnels de santé mais aussi les juristes dans l'élaboration des lois futures.

⁹⁸² AMP : Assistance médicale à la procréation, appelée PMA (procréation médicalement assistée) à sa création. Le sigle PMA sera utilisé dans ces travaux.

⁹⁸³ Centres d'Études et de Conservation des Œufs et du Spermé humain.

⁹⁸⁴ Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

A - L'ANONYMAT DU DON

595. L'assistance médicale à la procréation avec donneur a toujours reposé, en France, sur l'anonymat. Ce principe est affirmé par les lois dites « de bioéthique » du 29 juillet 1994, du 4 août 2004, du 7 juillet 2011 et du 6 août 2013. Les CECOS détiennent des informations identifiantes des donneurs (pour assurer un suivi médical) mais ne les transmettent ni aux parents ni aux enfants. Si le don de sperme se pratique depuis les débuts de la PMA, les dons d'ovocytes et d'embryons n'ont été réalisés que depuis les années 1980⁹⁸⁵.

596. Il y a 40 ans, tous les pays, sauf l'Allemagne⁹⁸⁶, ont prévu l'anonymat des dons. L'enfant apparaissait comme issu d'une procréation « traditionnelle ».

Depuis, de nombreux pays⁹⁸⁷ ont remis en question cet anonymat des dons qu'ils avaient préalablement adopté⁹⁸⁸ : la Suède en 1984, l'Autriche en 1992, l'Islande en 1996, la Suisse en 2001, la Norvège en 2003, les Pays-Bas et la Nouvelle-Zélande en 2004, le Royaume-Uni en 2005, la Finlande en 2006, la Belgique en 2007. Aux Etats-Unis, les parents choisissent entre un don anonyme ou un don non anonyme. L'Australie a également levé l'anonymat en 2011.

L'anonymat n'est pas le seul élément divergent en la matière. Certains pays autorisent toutes les formes de dons c'est-à-dire les dons de spermes, d'ovocytes et d'embryons mais aussi le don de gestation pour ceux qui admettent la gestation pour autrui. A l'inverse, d'autres pays n'autorisent que certains dons (la Suisse interdit les dons d'ovocytes) voire aucun comme l'Italie (l'Italie ne conçoit que l'insémination intra conjugale).

⁹⁸⁵ En France, en 2011, 23 127 enfants sont issus d'AMP ce qui représente 2,8% des naissances vivantes (contre 2,4% en 2008)- Source Agence de la Biomédecine (ABM).

⁹⁸⁶ Le législateur allemand ne distingue pas le statut de donneur et celui de parent par la filiation. L'enfant dispose d'un droit constitutionnel aux origines génétiques qui lui permet de se considérer lié au donneur par les droits et les devoirs de la filiation. Le droit allemand assure ainsi la primauté de la filiation biologique. L'homme du couple peut contester sa paternité sans même remettre en cause l'acte de PMA. Une constatation de paternité peut être demandée à l'encontre du donneur.

⁹⁸⁷ Lire *La révision des lois de bioéthique*, étude du Conseil d'Etat, 2009, La documentation française et I. Théry *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, Ed. EHESS, 2010, et le rapport 2010 de la Fondation Terranova « Accès à la parenté, assistance médicale à la procréation et adoption » déjà cité spec. p.48 et suiv. Rapport qui peut être téléchargé à partir du site de la fondation : <http://www.tnova.fr>.

⁹⁸⁸ L'Espagne et le Danemark ont affirmé le principe de l'anonymat. Cependant, si la loi n'autorise pas de révéler l'identité du donneur, elle permet aux enfants conçus par assistance médicale à la procréation d'obtenir, à partir de l'âge de la majorité, des renseignements généraux sur les donneurs (taille, poids, appartenance ethnique, profession, etc.). Au Danemark, la loi qui impose l'anonymat ne s'applique qu'aux actes réalisés par des médecins. Le principe de l'anonymat ne s'applique donc pas aux inséminations réalisées par des sages femmes.

Des différences notables concernent aussi l'utilisation des dons. A un extrême, on peut citer les Etats-Unis qui n'imposent aucune limite à l'utilisation des gamètes (un même donneur peut donc être le géniteur de plusieurs centaines d'enfants) ; à l'autre, la France dont la loi précise que le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de 10 enfants⁹⁸⁹.

597. Pourquoi refuser de lever l'anonymat en France ? Le système bioéthique français fondé sur le triptyque - anonymat, gratuité, et consentement - se présente comme un parangon de vertus capable de défendre la personne humaine, sa dignité et de lutter contre la marchandisation. Ces questions ne sont pas à écarter mais elles peuvent parfaitement être prises en compte dans le cadre d'une levée de l'anonymat et répondre à la demande des principaux intéressés que sont les enfants nés d'un don de gamètes.

Appliqué au don de gamètes, l'anonymat ne protège efficacement que l'objet social qu'est le projet parental. Il protège surtout les apparences mais reste sans effet sur les valeurs que la biomédecine devrait préserver : la parenté, la filiation et la possibilité d'une relation familiale qui ne serait pas réduite au biologique.

L'anonymat n'est pas un principe universel mais davantage une pratique héritée du don des éléments du corps humain. Cette pratique est devenue une obligation en raison d'un glissement éthique assimilant l'anonymat à la gratuité et au respect dû au corps humain. Cette obligation fonde les relations filiales sur le secret des circonstances de la conception et privilégie la construction d'un modèle familial fictif dans lequel la stérilité d'un membre du couple n'aurait pas existée. Elle permet à la famille ainsi créée de ressembler au modèle de représentation familiale traditionnelle plus attaché à l'importance de la filiation biologique et à la crainte de son éventuelle remise en question qu'à un modèle plus réaliste où cohabiteraient plusieurs méthodes d'établissement de filiation. Pour la sociologue Irène Théry, « *la levée de l'anonymat ce n'est pas courir*

⁹⁸⁹ Article L1244-4 du code de la santé publique. Le mot « délibérément » s'explique par le fait que la limitation légale ne date que de 1994. Une situation « à l'américaine » n'est donc pas exclue en France d'autant plus que jusqu'en 1976, certains centres rémunéraient les dons. En outre, un donneur ne peut, en principe, donner que dans un seul centre mais il n'existe pas de fichier central à tous les Cecos. Il n'est donc pas exclu qu'un même donneur puisse apporter « sa contribution » dans plusieurs centres. En 2010, après avoir suspecté les dépôts successifs de généreux donateurs, la fédération française des Cecos a demandé à chaque centre de communiquer à celui de Toulouse les dates de naissances des donneurs. Ce Centre doit donc les confronter aux autres données transmises mais ce système ne présente aucune fiabilité.

après les mœurs, c'est résoudre un problème de fond »⁹⁹⁰. Demander l'accès à ses origines ne revient pas à chercher un père que les enfants ont déjà. L'anonymat n'est d'ailleurs pas total puisque le CECOS inscrit l'identité du donneur dans son dossier qui est consultable par les médecins du Centre.

Les CECOS, adossés aux lois bioéthiques, se plient à un modèle de filiation calqué sur celui de la paternité légitime dans laquelle on s'arrange avec la vérité en cas de stérilité du conjoint, celui-ci passant pour le véritable géniteur de l'enfant. Si les parents n'informent pas l'enfant des circonstances de sa naissance il restera trompé sur la vérité de ses origines biologiques.

Certes, certains enfants adoptés ou d'autres nés d'un adultère sont dans la même situation mais le mensonge n'est pas « organisé » par la loi. Le législateur permet à la PMA de prendre l'apparence d'un remède à la stérilité sur un modèle du « *ni vu ni connu* »⁹⁹¹. Il ne manque plus que le retour des cigognes !

598. Lever l'anonymat revient à accepter cette nouvelle possibilité de concevoir des enfants dans laquelle, à l'intérieur du couple, l'un procréé et l'autre pas. Pour l'instant, c'est l'anonymat qui garantit au donneur qu'il n'aura pas d'autre rôle. L'anonymat nie toute valeur sociale à l'acte de don sous prétexte que l'engendrement qu'il permet ne donne au donneur ni droits ni devoirs à l'égard de l'enfant contrairement à l'engendrement « habituel ». On peut même soutenir que c'est parce qu'il n'a pas de droits ni de devoirs liés à la filiation que le donneur a un statut particulier qui ne peut pas, et ne pourra jamais, être assimilé au statut parental. Il est peut-être temps d'en faire autre chose qu'un simple « fournisseur ».

Le statut du parent par la filiation se trouverait conforté par la reconnaissance d'une place, même modeste, accordée au donneur totalement distincte de celle du parent. Parent et donneur ne seraient donc plus d'éventuels rivaux mais auraient des rôles et une place complémentaires. La transparence de la procréation réaffirmerait la force de la filiation juridique et symbolique, débarrassée de sa part d'ombre.

La famille repose essentiellement sur des rapports de droit et de filiation. La possibilité d'établir la vérité biologique de la filiation est désormais acquise. Cela ouvre le débat sur le choix des fondements de la parenté légale qui devrait

⁹⁹⁰ Irène Théry, « Pourquoi remplacer l'acte de naissance par un autre lors de l'adoption », *Le Figaro*, 14 avril 2014, p.18.

⁹⁹¹ L'expression est utilisée par Madame Théry dans son ouvrage *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, EHESS, coll. « Cas de figure », 2010. p.155.

relever, non du progrès technique et scientifique, mais de l'évolution des mœurs et des représentations de la famille.

B - VERS UNE OUVERTURE À TOUS

599. Les conditions d'accès à la PMA (pas de célibataires ni d'homosexuels)⁹⁹² révèle la volonté du législateur de faire « coller » l'image de « la famille PMA » à l'image de la famille traditionnelle c'est-à-dire biologique et donc issue d'un père et d'une mère. Or, si ce modèle traditionnel est toujours défendu, il fait désormais l'objet de critiques qui tendent, non à le supprimer mais à le compléter : modèle certes, mais non modèle unique. Le droit a d'ailleurs tenu compte de l'évolution du modèle conjugal puisque la loi du 7 juillet 2011 a supprimé le délai de deux ans de vie commune pour les couples candidats s'ils n'étaient pas mariés. La loi ne conditionne donc pas l'accès à la PMA aux liens qui unissent le couple (mariage, Pacs, concubinage), ne favorisant ainsi aucune forme de conjugalité. La PMA aurait donc pu être ouverte aux couples de même sexe sans changement de loi. Il aurait fallu pour cela revenir sur la « philosophie » de la PMA qui est censée traiter une infertilité pathologique et non une « infertilité sociale »⁹⁹³, même si le mot « sociale » pourrait pertinemment être remplacé par « physique ». Le législateur considère encore que le meilleur environnement pour un enfant est d'avoir un père et une mère et que le fait de ne pas pouvoir offrir cet environnement suffit à ne pas pouvoir procréer. Dans les pays anglo-saxons, la procréation est une liberté individuelle et s'opposer à l'accès à la PMA serait une atteinte à l'exercice de l'autonomie personnelle des individus.

600. La frilosité du législateur quant à l'ouverture de la PMA aux homosexuels s'explique peut-être par deux conséquences qu'une telle autorisation entraînerait.

⁹⁹² Article 311-19 du Code civil et art. L2141-1 à L.2141-12 du Code de santé publique. Le Conseil d'Etat, dans son rapport sur la révision des lois bioéthiques, a approuvé l'exclusion des femmes célibataires de la PMA au motif qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant » et qu'il n'est pas souhaitable de faire naître un enfant dans une famille sans présence paternelle. « La position du Conseil d'Etat sur la révision de la loi bioéthique », *JCP*, 2009, Art 251. Les lois hollandaises et belges permettent aux femmes seules de recourir aux PMA, certaines femmes françaises vont donc se faire inséminer aux Pays-Bas ou en Belgique, ce qui a donné l'appellation « enfants du Thalys » aux enfants nés de ces inséminations (ou bébés Talgo pour celles qui préfèrent se rendre en Espagne).

⁹⁹³ Terminologie employée dans le rapport d'information de Jean Léonetti au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010, AN n°2235 p.46.

- Le modèle du « ni vu ni connu » ne serait plus plausible car les conditions de naissance des enfants nés par PMA dans un couple homosexuel seraient nécessairement abordées avec l'enfant qui ne pourrait pas croire longtemps à une conception fantaisiste.

- La famille homoparentale deviendrait l'un des nombreux modèles familiaux de la société française. Le processus est pourtant engagé depuis la loi qui a autorisé le mariage entre personnes de même sexe mais si l'adoption leur est désormais permise ce n'est pas parce qu'elle a ouvert les esprits sur un autre mode d'établissement de la filiation mais bien parce que, à défaut, il aurait fallu créer un « mariage bis » pour les homosexuels.

L'homoparentalité jette un pavé dans la mare du secret qui peut encore entourer l'engendrement avec tiers donneur ou l'adoption. Les homosexuels n'ont jamais voulu faire croire aux enfants qu'ils en étaient tous les deux les géniteurs mais une partie de l'opinion aurait sûrement voulu que l'on ne puisse pas établir une filiation qui interdit le mensonge ; une filiation qui ne reposerait que sur l'engagement et la responsabilité parentale sans considération d'un « possible biologique ».

C - UNE FILIATION DE DUPES

601. Il est curieux de constater que les réformes du droit de la filiation n'ont pas tenu compte juridiquement de l'évolution des faits. Elles ont modifié considérablement le droit de la filiation en allant progressivement vers un statut unique de l'enfant mettant à égalité de droits ce qui, autrefois, relevait de différentes catégories (enfants adultérins, enfants naturels, enfants légitimes) sans tenir compte du phénomène nouveau (qui finit par ne plus être nouveau) de l'insémination avec tiers donneur. Après l'engendrement procréatif et l'adoption, il existe une nouvelle façon d'avoir des enfants, une troisième voie : l'engendrement avec tiers donneur. Il n'est pas à visée thérapeutique puisqu'il ne soigne pas la stérilité. Il permet juste de faire comme si elle n'existait pas. En cachant le donneur, on évite qu'il devienne un père. Pourtant, les Suédois et les Anglais « assument » le donneur et n'en font pas un père. Ils affirment que le lien biologique ne compte pas « pour rien » mais il ne crée pas la filiation juridique et sociale.

Le Doyen Carbonnier réfléchissant sur le droit de la famille dont il fut le fondateur en 1972, a rappelé que « *La quête du père (quelquefois, de la mère)*

est un récit du folklore universel. Mais c'est la quête, la recherche qui est le ressort, et il n'importe guère au récit d'avoir une conclusion juridique. Il est psychiquement heureux pour les individus et aussi pour la société que chacun puisse s'imaginer une autre généalogie – plus belle – que la sienne. Le danger apparaît lorsque l'État, les États prétendent forger des droits de rêve à partir du droit de rêver »⁹⁹⁴. Les gens de terrain (sociologues, psychologues, psychanalystes...) apprécieront ce propos.

Là, il n'est pas question de recherche de paternité. Le père est connu. En dehors de toute idée de filiation, il peut être important de connaître des informations sur des personnes qui ont eu un rôle dans la conception. Le « simple » don d'engendrement sans procréation ni adoption devrait être considéré en fonction de l'évolution de nos mœurs comme un modèle *sui generis*. Du coup, la recherche des origines serait une recherche de paternité biologique différente de la paternité sociale. Le régime de l'établissement de la filiation vis-à-vis du parent qui n'est pas le géniteur pourrait s'inspirer, sans le copier, de celui de la filiation adoptive. L'instant de la création du lien devra être précis. Pour une filiation charnelle, le lien est réputé établi dès la conception alors que l'adoption ne vaut que pour le futur.

Dans le cadre de l'IAD⁹⁹⁵, il serait souhaitable de faire remonter au moment du consentement à l'IAD, reçu devant le juge. Judiciariser la procédure permettrait également de mentionner le recours au tiers sur la copie intégrale de l'acte de naissance. Cette mention offrirait à l'enfant la possibilité de connaître son histoire *ante natale*.

602. L'opposition entre filiation génétique et filiation volontaire est sans issue. En privilégier une reviendrait à nier l'autre. Or, si l'on veut admettre l'importance à la fois de la volonté et de la biologie, il faut nécessairement prévoir un nouveau statut pour les relations biologiques présentes dans un don de gamètes, statut qui n'activerait pas de relations de parenté mais qui n'exclurait pas un « réseau familial » dans lequel se trouverait la fratrie des « frères et sœurs génétiques ». La connaissance de ce réseau – exclue dans les cas d'accouchement sous x ou de dons anonymes en PMA – éviterait la persistance du spectre de l'inceste involontaire.

À l'heure où nos sociétés modernes ne voient plus dans les différentes vies familiales (homosexualité, polygamie, concubinage, Pacs....) un problème ni

⁹⁹⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, précité.

⁹⁹⁵ Insémination artificielle avec tiers donneur.

une déviance mais plutôt un choix ou la volonté de suivre une orientation, il ne reste plus que l'inceste à être qualifié d'interdit social légitime. Pour pallier cette difficulté, la loi de certains pays, comme le Canada ou la Grande-Bretagne, assure l'information des enfants sur leur parenté génétique. La loi canadienne sur l'aide médicale à la procréation a fait l'objet d'une révision en 2007 et a prévu la création d'une agence chargée d'informer les adultes nés de dons de gamètes, et leurs descendants, « *du fait qu'elle a ou non en sa possession des renseignements qui indiquent qu'elles sont génétiquement parentes et, le cas échéant, de la nature du lien de parenté* »⁹⁹⁶. En France, le législateur persiste dans le déni et n'a pas demandé la création d'une commission de cette nature.

603. Le 21 octobre 2015, le rapporteur public du Conseil d'État ⁹⁹⁷ a demandé le rejet de la demande d'une femme qui souhaitait obtenir des renseignements sur son père biologique. Cette femme, conçue par insémination artificielle, est mariée avec un homme également né d'un don de gamètes. Craignant un risque potentiel d'une consanguinité en raison de l'impossibilité d'obtenir la moindre information sur son géniteur et celui de son mari elle a prétendu que la loi française violait l'article 8 de la CESDH sur "*le droit au respect de la vie privée et familiale*". Le rapporteur public a déclaré « Nous assumons le rôle modeste du juge » sur « ce sujet de société particulièrement délicat », tout en admettant que la loi française, qui protège encore l'anonymat du donneur de sperme, pourrait être retoquée à l'avenir par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'État pourrait donc attendre un arrêt de la CEDH (et la condamnation de la France) pour statuer sur la conventionalité d'une décision interne.

604. Le mode d'établissement de ce type de filiation s'intègre dans le paysage juridique « par assimilation ». Dès 1995, le Professeur Dekeuwer-Défossez écrivait que « *le consentement du donneur et des receveurs suffit, en effet, à créer de toutes pièces un état factice pour l'enfant* ». ⁹⁹⁸ Pourtant, avant même la mise en place de l'aide médicale à la procréation, il existait déjà une situation familiale dans laquelle les parents de l'enfant n'étaient pas ses géniteurs : celle de la filiation adoptive. L'établissement de la filiation avec une procréation assistée aurait donc pu être construite sur ce modèle déjà en cours.

⁹⁹⁶ Loi citée par Geneviève Delaisi de Parseval *Famille à tout prix*, 2008, Seuil, p. 201.

⁹⁹⁷ Information diffusée par la presse notamment AFP 22 octobre 2015, Les Echos du 22 octobre 2015 p.16.

⁹⁹⁸ F.Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », déjà cité.

L'IAD « ne s'est intégrée dans notre société que sur des bases peu solides, notamment parce qu'elle fait intervenir un principe, qui n'est pas en soi de nature éthique, pour remplir une fonction qui, dans notre société, incombe au droit : c'est-à-dire celle de définir les critères qui déterminent la filiation »⁹⁹⁹.

Le droit fixe le lien de filiation à partir du lien biologique quand il s'accompagne d'une reconnaissance ou du mariage des parents desquels il déduit la volonté d'assumer le rôle de parent. En revanche, la filiation adoptive ne se fonde que sur la volonté des parents instituée par jugement. Cette volonté n'est cependant pas déclarée dans l'acte de naissance de l'enfant adopté puisque celui-ci simule une procréation biologique (il ne mentionne pas l'adoption).

Charnelle ou adoptive, la filiation est instituée par l'autorité de l'Etat, elle n'est en aucun cas convenue entre des personnes. Elle n'est donc pas une affaire privée. Elle relève de l'organisation de la société. Or, dans le cadre de la procréation avec tiers donneur, la filiation repose sur le consentement, constaté par le juge¹⁰⁰⁰. Ce consentement émanant d'une personne privée fondera une filiation de type charnel qui ne correspond pas à la réalité des faits.

Il s'agit d'un cas, autorisé par la loi, où la volonté agit sur l'état des personnes.

605. Mais si la procréation peut, dans certains cas, relever de la médecine, la filiation ne devrait-elle pas toujours relever du droit ? La PMA permet d'organiser filiation et procréation dans l'enceinte médicale.

Pour rendre cette filiation incontestable, le code civil organise la contraception juridique du donneur en excluant, par son article 311-19¹⁰⁰¹, la possibilité de créer un lien de filiation avec lui. Cette contraception juridique s'impose puisque, par définition, le père n'est pas le géniteur. Elle est même le préalable sine qua non à l'établissement de la filiation à l'égard du « parent d'intention ».

Le donneur ne peut donc pas se prévaloir d'une quelconque paternité et le dernier alinéa de l'article 311-20 précise que la paternité de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant, voit sa paternité judiciairement déclarée. La filiation est donc stable.

Cependant, si au moment du divorce du couple receveur, la femme prétend que l'enfant n'est pas né de la PMA et qu'elle le prouve, le père biologique sera en

⁹⁹⁹ Simone Bateman-Novaes, *Les Passeurs de gamètes*, 1994, Presse universitaires de Nancy cité par Geneviève Delaisi de Parseval et Pierre Verdier, *Enfant de personne*, 1994, Odile Jacob, p. 250.

¹⁰⁰⁰ Dans le cas d'une PMA avec recours à un donneur, le consentement est recueilli par un juge ou un notaire, tenu d'informer le couple sur les conséquences de la PMA quant à la filiation de l'enfant. L'accueil d'embryon suppose, quant à lui, une décision judiciaire.

¹⁰⁰¹ Code civil, article 311-19.

mesure de contester la paternité du père officiel qui devra alors se contenter d'un droit de visite auprès de l'enfant qu'il aura peut-être élevé.

Il est également possible d'envisager que le père puisse contester sa paternité au motif que le consentement à la PMA lui aurait été « extorqué » par sa conjointe. Le vice du consentement entacherait la filiation.

C'est bien le fait que l'on cache les véritables circonstances de la naissance de l'enfant qui fragilise sa filiation. Le juge ne peut être qu'impuissant face au secret de la vérité que seuls les parents et le centre de PMA détiennent.

D - L'EUROPE ET LA PMA

606. Le modèle traditionnel familial a été diversement bouleversé en Europe. Les choix de sociétés et les valeurs qui y sont défendues ont influencé l'acceptation et l'encadrement des aides à la procréation. La France est l'un des pays qui limitent le plus strictement l'aide médicale à la procréation en la réservant aux couples hétérosexuels (l'Allemagne, l'Italie, le Portugal et la Suisse ont adopté une position similaire). Parmi les quatorze pays qui ont reconnu le mariage homosexuel¹⁰⁰², treize pays ont ouvert l'adoption à tous les couples mariés. La Slovénie s'y est pour l'instant refusée.

Dix pays européens autorisent les personnes de même sexe à recourir à la procréation médicalement assistée (Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Islande, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède).

607. La position de chaque Etat est révélatrice de la signification qu'il entend donner à la PMA : manifestation de la solidarité sociale à l'égard d'un couple stérile ou acceptation du droit au désir d'un individu ou d'un couple d'avoir un enfant. Les Etats européens fixent librement les conditions d'accès à la PMA mais cette liberté n'est pas sans limites. La Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs condamné le Royaume-Uni qui avait refusé une insémination artificielle de la compagne d'un prisonnier¹⁰⁰³. Elle s'est alors

¹⁰⁰² Les Pays-Bas en 2001, la Belgique en 2003, l'Espagne en 2005, la Suède et la Norvège en 2009, le Portugal et l'Islande en 2010, le Danemark en 2012 et la France en 2013, le Royaume-Uni, qui autorisait déjà l'adoption par un couple homosexuel, en 2014 (Angleterre et Pays de Galles en 2013, Ecosse en 2014), le Luxembourg et l'Irlande en 2015. Par ailleurs, la Slovénie a voté en mars 2015 la légalisation du mariage homosexuel mais la loi n'est pas encore promulguée tandis que la Finlande l'a votée en novembre 2014 pour une application attendue en 2016.

¹⁰⁰³ CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, déjà cité.

prononcée en faveur de la PMA, même en l'absence de la preuve médicale d'infertilité, même en l'absence de communauté de vie car si « *l'État a l'obligation positive de garantir la protection effective des enfants [...], toutefois cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu* » (§ 76). La Cour affirmera à cette occasion que le choix de devenir un parent génétique est « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu » (§ 81).

Cette position de principe en faveur de la PMA fut confirmée dans d'autres circonstances par la CEDH¹⁰⁰⁴ : « *la Cour considère que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale* ». Reste à savoir si les intéressés ont subi « *l'ingérence dans l'exercice par eux de leur droit de recourir à des techniques de procréation artificielle* » (§88). Apprécier la conventionalité des dispositions législatives autrichiennes interdisant aux intéressés de recourir à une technique de PMA supposait avant tout la détermination, par la Grande Chambre, de « *l'ampleur de la marge d'appréciation* » dont chaque État est susceptible de jouir en ce domaine (§ 94). Car, ainsi que la Cour le souligne plus loin dans son raisonnement, « *la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition* » (§ 106).

La prudence de l'argument montrait bien que la Cour européenne n'avait pas l'intention de prendre une position nette et tranchée sur la PMA puisqu'elle refuse de « *substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de régler les questions que pose la procréation artificielle* » (§ 92) et justifie cette attitude par le fait que « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le "contenu précis des exigences de la morale" mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à*

¹⁰⁰⁴ CEDH, Grande Chambre, 3 novembre 2011, *S. H. et autres c/ Autriche*, déjà cité.

y répondre » (§ 92). La grande chambre relève aussi que l'Autriche *"n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour s'y soumettre à des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation artificielle non autorisées en Autriche"* (§114). Une manière diplomate de dire que les requérants auraient peut-être mieux utilisé leur temps à traverser les frontières pour bénéficier d'une PMA plutôt que de chercher à imposer à leur pays de donner une suite favorable à leur demande.

Comme il n'y a pas encore de *consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large* » (§ 94).

Pourtant, la Grande Chambre a observé que *« les États contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation in vitro, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen »* (§ 96). Mais à peine ce consensus est-il constaté que ses contours deviennent flous car *« le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'État »* (§ 96). En d'autres termes, pour être retenu, le consensus doit non seulement exister mais exister depuis longtemps.

Finalement, toute violation de l'article 8 sera écartée (§ 116) au motif que *« ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation in vitro posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente »* (§ 115). La Cour ne se prononcera pas sur le principe même de la PMA, attendant vraisemblablement le « consensus européen » quitte, non à soutenir ou à soutenir et encourager les évolutions sociétales, mais à se contenter d'en acter les effets (en faisant perdre ainsi au consensus tout intérêt).

608. En France, deux instances, le défenseur des droits, Jacques Toubon, et le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCEhf), se sont prononcées, le 1^{er} juillet 2015, en faveur d'un accès élargi à la procréation médicalement assistée. Le premier s'est exprimé à l'occasion d'une audition au

Sénat¹⁰⁰⁵ ; le second a rendu un avis¹⁰⁰⁶ à la suite d'une autosaisine. Leurs arguments sont sensiblement les mêmes. Après avoir constaté que les conditions actuelles de l'accès à la PMA créent une inégalité entre les femmes selon leur orientation sexuelle ou leur situation conjugale, ils préconisent l'ouverture de la PMA à toutes les femmes.

Les progrès scientifiques, la mondialisation et l'économie de marché¹⁰⁰⁷ ont fait des nouvelles techniques de procréation un service comme un autre¹⁰⁰⁸. Les cliniques proposent désormais des services à la carte : don de gamètes, insémination, implantation... jusqu'à la proposition la plus onéreuse : la gestation pour autrui (GPA) qui amène de nouveaux intervenants (agence, mère porteuse à dédommager, avocat). Le low cost arrive aussi dans ce domaine et la GPA à moindre coût est disponible par exemple en Russie, en Ukraine ou en Inde. Cette dernière technique, interdite en France, est néanmoins utilisée par des couples français désireux de fonder une famille.

§ 2. LA GESTATION POUR AUTRUI

609. Les couples désirant un enfant mais dont la femme ne peut pas, ou ne veut pas, mener à bien une grossesse peuvent désormais se tourner vers un nouveau mode de procréation : la gestation pour autrui (GPA). La GPA est aussi le seul moyen pour de nombreux couples d'hommes de pouvoir, un jour, devenir parents biologiques.

La technique consiste à transférer dans l'utérus d'une autre femme, communément appelée «mère porteuse»¹⁰⁰⁹, un embryon obtenu par fécondation *in vitro* (FIV).

¹⁰⁰⁵ Le communiqué de presse peut être consulté sur le site : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/presse/communiqués-de-presse/pma-et-gpa-le-defenseur-auditionne-par-la-mission-d-information-du-senat>.

¹⁰⁰⁶ Le communiqué de presse peut être consulté sur le site : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-et/actualites-53/article/l-acces-a-la-pma-pour-toutes-les>.

¹⁰⁰⁷ En France, « *les médecins spécialisés dans l'infertilité réalisent entre 130.000 et 140.000 gestes (ponction, FIV, insémination, transfert d'embryon...).* Pour l'assurance-maladie, la facture se situe entre 260 et 280 millions d'euros). [...], le marché américain des services à l'infertilité atteint plus de 3,5 milliards de dollars (quatre fois plus qu'il y a vingt ans) » Terra eco, juin 2015 p.41 et suiv.

¹⁰⁰⁸ Un service, source potentielle d'inégalités sociales eu égard au coût d'une PMA ou d'une GPA à l'étranger.

¹⁰⁰⁹ L'expression « mère porteuse » n'est pas très élégante puisqu'elle réduit la femme à un incubateur. Elle n'est pas juste, non plus, car le statut de « mère » est lié à l'établissement de la filiation. Or, dans

La première GPA a eu lieu aux États-Unis en 1970 : la «mère porteuse» avait été inséminée avec le sperme du père d'intention. Mais depuis l'apparition de la fécondation in vitro, il est possible de transférer dans l'utérus de la «mère porteuse» un embryon issu des gamètes des deux parents et donc de transmettre le patrimoine génétique. Il est également possible de recourir aux ovocytes d'une tierce personne si la mère ne peut les fournir ou quand les futurs parents sont des hommes seuls ou des couples d'hommes.

Il y a ainsi deux catégories de GPA : dans la première, l'embryon implanté est conçu avec les gamètes du couple d'intention. Dans la seconde, l'embryon transféré est conçu avec l'ovocyte d'une autre femme et un spermatozoïde du père ou d'un autre homme. La gestatrice n'est jamais la mère génétique de l'enfant. La question du secret des origines, qui ne concerne que le biologique, ne se pose même pas.

610. La gestation pour autrui est interdite en France. L'interdiction repose sur le fait qu'un corps humain ne peut être loué ou vendu et qu'un enfant ne saurait faire l'objet d'une cession par contrat. Le débat sur la marchandisation n'est pas sans fondement mais il occulte la possibilité du don d'engendrement. Peut-on d'ailleurs vraiment parler de marchandisation dans le cadre d'une GPA (qui répondrait à un standard éthique minimum) ? Monsieur François Paul soutient dans sa thèse¹⁰¹⁰ que les choses hors du commerce appartiennent quand même à quelqu'un qui en fait ce qui lui plaît mais qui ne peut la céder et l'aliéner. En d'autres termes, la chose ne peut pas passer d'un patrimoine à un autre. Retenir cet argument pour l'enfant serait en faire une chose qui passerait de la gestatrice à un couple. Le retenir pour le corps de la femme supposerait que ses capacités gestationnelles sont détachables et passent d'un patrimoine à un autre. L'article 1128 du code civil ne vise que des choses alors que la gestation est un fait¹⁰¹¹. La femme qui accepte de porter l'enfant met à la disposition d'un couple sa capacité gestationnelle. Elle n'aliène rien.

Rien n'empêche de considérer, sans arrière-pensée, l'altruisme de la mère porteuse¹⁰¹² et la « maternité partagée »¹⁰¹³ comme une possibilité humainement acceptable.

le cas d'une gestation pour autrui, la filiation est établie à l'égard d'une autre que celle qui a porté l'enfant.

¹⁰¹⁰ François Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, L.G.D.J., 2002, p.7

¹⁰¹¹ *Ibid* p. 127

¹⁰¹² Lire l'article de Jacques Milliez « N'ayons pas peur des mères porteuses », *libération*, 3 mars 2010

Le Code civil prévoit dans son article 16-1 que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Le corps n'est donc pas « une chose » qui peut donner lieu à exploitation quelles que puissent en être les finalités. Ce principe, qui vise expressément à éviter l'asservissement des donneurs à la volonté d'autrui, est l'objet d'un consensus moral dans les sociétés occidentales mais il ne règle pas le cas où la mère porteuse agit volontairement en dehors de toute considération financière.

Il n'est pas inconcevable de dissocier l'utérus du corps de la femme comme l'atteste le recensement de plusieurs cas de femmes enceintes déclarées cliniquement mortes et maintenues en vie jusqu'à la naissance de l'enfant¹⁰¹⁴.

De plus, ne pourrait-on pas considérer le fait de prêter son utérus comme un acte relevant de la liberté individuelle ? D'autant que cet acte n'entraîne pas de dommages graves et irréversibles pour la mère porteuse. Après tout, n'y a-t-il pas plus de risques à contraindre son corps à boire trop d'alcool ou à pratiquer les sports de l'extrême, activités qui ne sont pas interdites par le législateur ?

611. Loin des passions, deux écrivains ont fait l'éloge de cette liberté « *La mère porteuse ne lèse personne. Elle ne porte pas atteinte aux biens, ne vole pas, ne mutile pas ni ne détruit des vies, ni ne ruine l'économie ou menace la paix publique. Elle n'use pas d'arme, n'affame ni ne persécute. La mère porteuse ne se lèse même pas elle-même. Porter un enfant ne soustrait pas un organe, ne retranche rien au corps de celle qui le porte(...). La grossesse choisie, volontaire est une conquête des femmes. La dénier aux mères porteuses revient à limiter cette liberté, à la conditionner, porte ouverte à toutes les restrictions abusives(...). La loi ne doit pas seulement penser à criminaliser. Sa mission est aussi de protéger. Alors pour l'amour de l'humanité – et non du ciel ou de la morale-, laissons les gens vivre en paix ce qu'ils ont à vivre. Tout ce qui alourdit le plateau de souffrance est à proscrire, tout ce qui allège est légitime et à encourager. Et n'excluons pas que dans ce pacte mutuellement consenti, il puisse entrer de la fraternité, une denrée rare ».*¹⁰¹⁵

¹⁰¹³ François Olivennes et Geneviève Delaisi de Parseval, « Les mères porteuses, une parenté moderne », Libération, 25 septembre 2008

¹⁰¹⁴ Notamment au Japon ; cas cité par Frida Simonstein, Artificial reproduction Technologies et ectogenesis, Eubios Journal of Asian and International Bioethics, n°15, janvier 2005, p.14. Dans de tels cas, l'auteur précise, non sans habileté que « further [...] the idea that the won is the organ that incubates babies and which just happens to be inside a woman's body » que l'on peut traduire par « font avancer [...] l'idée que l'utérus est l'organe qui permet d'incuber les bébés et qui se trouve être, par hasard, à l'intérieur du corps de la femme ». Lire aussi l'article de François Musseau publié dans Libération, le 17 décembre 1999, Rubrique Monde, « En Espagne, une morte va donner la vie ».

¹⁰¹⁵ Pierrette Fleutiaux et Anne-Marie Garat « Laissons en paix les mères », Libération, 9 juin 2009

612. S'il faut entendre la mise en garde contre l'utilisation, voire l'exploitation, de la femme contrainte de « louer » son utérus pour vivre, il faut aussi envisager le libre choix de porter pour rendre service ou même moyennant finances ou dédommagement dans le cadre d'une « prestation de services » ou d'un prêt à usage. L'hospitalité offerte à un fœtus devrait pouvoir être regardée avec bienveillance et sans arrières pensées mercantiles. Encore faudrait-il dissocier grossesse et filiation et admettre qu'une femme puisse porter l'enfant d'autrui.

Si l'on compare la procréation médicalement assistée avec donneur et la gestation pour autrui, rien ne justifie que de ces deux types de dissociation de maternité, l'un soit autorisé et l'autre non. C'est d'ailleurs le raisonnement adopté par d'autres pays¹⁰¹⁶.

Le cas des mères porteuses¹⁰¹⁷ est différent des autres aides à la procréation car il s'agit d'une hypothèse où les réserves médicales sont quasi inexistantes. La

¹⁰¹⁶ En Belgique, la GPA est ignorée par la loi. Aucune règle ne l'interdisant, elle est pratiquée sans cadre juridique. La filiation est établie entre l'enfant et les parents d'intention par le recours au régime de l'adoption. Les juges sont informés des conditions de la naissance.

- L'adoption par les parents d'intention fonde aussi la filiation au Danemark où la GPA est autorisée si elle est gratuite.

-Le législateur grec (loi 2002 et 2005) appelle la GPA « maternité intercalée ». Il place un problème utérin qui empêcherait de mener une grossesse à terme au même niveau qu'un problème de gamètes. Il a été institué une « présomption de maternité » selon laquelle la mère d'intention, qui a déclaré devant le juge vouloir l'enfant, est présumée en être la mère.

-Au Royaume-Uni et en Australie, la GPA, jamais rémunérée (mais dédommée), est ouverte aux couples non mariés, hétérosexuels ou homosexuels.

-En Israël, un comité d'éthique valide le projet en aval. La gestatrice, et la donneuse d'ovocytes, s'il y en a une, doivent être célibataire, veuve ou divorcée. À défaut, l'enfant serait considéré comme adultérin.

-La loi fédérale au Canada n'interdit que la gestation pour autrui à titre onéreux, ainsi que toute activité d'intermédiaire. Elle autorise donc implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit. Si les gamètes proviennent des parents intentionnels, le nom de la gestatrice figure sur l'acte de naissance de l'enfant. L'enfant est cependant, rattaché à ses parents de la même façon que s'il avait été conçu « naturellement ». Si les ovocytes proviennent d'une donneuse, les noms de la gestatrice et de la donneuse sont inscrits dans l'acte de naissance et les parents sont déclarés comme tels par un jugement d'adoption.

-Il n'y a pas d'uniformité aux Etats-Unis. La GPA est connue dans les 50 États. La GPA est un délit dans 3 États. Les accords de GPA ne sont pas applicables dans 12 États. L'application des accords de GPA reste incertaine dans 20 États. Ces accords sont appliqués dans 15 États et interdits dans 12 autres. La filiation se fonde sur « un jugement de parenté » rendu après le 4^{ème} mois de grossesse ou sur une adoption.

On peut consulter, à ce sujet, l'ouvrage « Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international », sous la direction du Professeur B. Feuillet-Ligier, Bruylant, 2008.

¹⁰¹⁷ Rappelons que la mère porteuse n'est pas une nouveauté. La Bible en raconte plusieurs exemples. Lorsque Sarah est convaincue de sa stérilité, elle offre sa servante à son mari (dont elle était la demi-sœur puisqu'ils auraient eu le même père (Térah)) pour qu'il passe quelques nuits avec elle selon

réflexion n'est donc que normative et n'a pour but que de fixer des limites au désir d'enfant. L'organisation mondiale de la santé considère que la gestation pour autrui est une pratique qui relève de la procréation médicalement assistée. La gestation n'est que l'étape suivant une fécondation *in vitro* et un transfert d'embryon, ce qui peut aussi se déduire de l'article L 2141-1 du code de la santé publique qui précise que « *l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine* ».

613. La loi bioéthique de 1994 qui déclare nulle « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* » se justifie par la nécessité d'assurer la cohérence du système juridique français : puisque l'enfant ne peut avoir qu'une mère, celle-ci est forcément celle qui a accouché¹⁰¹⁸ et puisque sa mère le laisse à d'autres parents, elle l'abandonne. Or considérer que l'enfant est abandonné signifie que l'accouchement créerait seul le lien juridique. Le droit se contenterait d'enregistrer un fait. Pourtant, lorsqu'une femme décide d'accoucher dans l'anonymat, l'enfant n'est pas abandonné par sa mère, puisqu'aucun lien de filiation n'a été établi¹⁰¹⁹. L'absence de l'établissement du lien de filiation n'est pas un abandon. Il ne faut pas oublier que le père est là et que la reconnaissance paternelle suffit à considérer que

une coutume dans l'Orient ancien. « *...va donc vers mon esclave ; peut être, par elle, aurai-je un enfant* » (*Genèse*, XVI, 1-2). Abraham, favorable à la « proposition », l'accepte, et la servante Agar porta l'enfant d'Abraham. Elle devra, selon l'expression coutumière, accoucher sur les genoux de sa maîtresse, et l'enfant sera réputé être celui de Sarah. Les techniques scientifiques actuelles en moins, il s'agit bien d'une gestation pour autrui. Mais Agar n'entendait pas respecter les conditions initialement prévues et revendiqua un nouveau statut. Dieu lui-même dut intervenir pour soumettre Agar aux conditions du contrat tacite liant les protagonistes. Sarah exigera d'Abraham qu'il chasse Ismaël après la naissance d'Isaac (le fils d'Abraham et de Sarah, tous les deux presque centenaires à sa naissance). Agar, la mère biologique, qui n'est ni mère d'intention, ni mère légale, ni mère coutumière, sera chassée avec son fils. Deux générations plus tard, Jacob, épris de Rachel, doit d'abord épouser sa sœur aînée, Léa. Il se mariera ensuite, et simultanément, avec la cadette. Les deux sœurs se livreront une concurrence acharnée mais les armes seront inégales, l'épouse choisie, Rachel, étant stérile alors que sa sœur, épouse imposée, se montrera particulièrement féconde. La plus jeune se tournera vers la méthode qui avait déjà fait ses preuves pour Sarah: « *voici ma servante Bilha, va vers elle, qu'elle enfante sur mes genoux et ainsi par elle, j'aurai moi aussi des enfants* » (*Genèse*, XXX, 1-3). La compétition entre les deux sœurs, avec leurs deux servantes, donnera les douze fils de Jacob, ancêtres des douze tribus d'Israël.

¹⁰¹⁸ Cf. *supra* « Qui est la mère ? » (partie II, Titre I, Chapitre 2 section 2).

¹⁰¹⁹ Les parents de la femme qui a accouché ne peuvent d'ailleurs pas recueillir l'enfant car, puisque la filiation n'est pas établie, ils ne sont pas ses grands-parents. Cass., 8 juillet 2009, affaire précitée.

l'enfant n'est pas abandonné. L'enfant n'est pas procréé pour être privé de mère puisque celle qui veut être désignée comme telle est précisément à l'origine du projet d'engendrement

La filiation maternelle n'est pas un acte biologique de l'accouchement mais l'indication de son nom dans l'acte de naissance, la reconnaissance (essentiellement prénatale), la possession d'état, ou l'adoption. La femme qui accouche a le droit de faire établir la filiation de l'enfant qu'elle a fait naître. Elle peut exercer ce droit ou renoncer à le faire mais elle ne peut pas le céder. Il n'y a pas davantage cession de l'enfant puisque l'on ne peut céder que ce que l'on possède. Dans la pratique, c'est incontestable, l'enfant est remis à une autre personne qui souhaite exercer le droit de faire établir sa filiation.

614. Loin de ces considérations juridiques, l'enfant pourrait se sentir abandonné et ne pas supporter la séparation avec celle avec laquelle il aura peut-être établi une relation intra-utérine. Ces craintes sont légitimes mais ne sont pas étayées par des études qui prouveraient les risques psychiques réels pour l'enfant né d'une GPA. L'Académie de médecine considère que *« les risques psychiques pour les enfants ainsi nés ne semblent pas plus grands que dans les autres formes de procréation médicalement assistée, tels le don d'ovocyte ou le don d'embryon. Comme tous les enfants conçus par AMP, ils seraient mieux équilibrés que ceux conçus naturellement, car plus entourés par leurs parents, sollicitude qui, à l'inverse, peut être préjudiciable à l'enfant du fait d'un « surinvestissement ». En outre, pour certains, ces enfants auraient l'avantage sur les enfants adoptés, d'une part d'être à la fois les enfants génétiques et affectifs du couple d'intention, en l'absence de tout don d'ovocyte bien entendu, d'autre part d'être très fortement désirés dès leur conception, souvent accompagnés au cours de la grossesse par les parents d'intention et très bien accueillis dès leur naissance »*¹⁰²⁰.

615. La gestation pour autrui fait désormais l'objet d'un débat dépassionné qui doit nécessairement tenir compte de l'existence même des enfants qui en sont issus sur le sol français. Profondément fermés à cette pratique considérée contraire à l'ordre public international, les tribunaux français l'ont d'abord rejetée sans nuances en refusant de reconnaître, et a fortiori de transcrire à l'état

¹⁰²⁰Académie nationale de médecine, Roger Henrion et Claudine Bergoignan-Esper, « La gestation pour autrui », Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 2009, 193, n° 3, 583-618, séance du 10 mars 2009, <http://www.academie-medecine.fr/publication100035980/>.

civil, la filiation des enfants nés d'une GPA¹⁰²¹ à l'égard de leurs parents d'intention même quand ils étaient, l'un et/ou l'autre, parents biologiques.

616. La question des effets sur le territoire national des enfants nés d'une GPA a pris une nouvelle tournure depuis les arrêts du 3 juillet 2015¹⁰²². Ces décisions sont cependant purement « techniques » et ne proposent ni de réflexion sur l'équilibre qu'il est nécessaire de trouver entre l'intérêt des enfants nés d'une GPA et le respect de notre conception de l'ordre public international (A) ni de piste d'exploration de nouvelles voies pour la reconnaissance de la filiation des enfants nés dans ces conditions (B).

A. LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT ET LA NON CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

617. La jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour européenne des droits de l'homme auraient pu permettre de fixer les contours du cadre juridique dans lequel pourrait être reconnue la GPA régulièrement conclue et pratiquée à l'étranger. Cependant, la portée des derniers arrêts de la cour de Strasbourg est trop limitée pour remettre en cause le principe de la prohibition de la GPA en droit français et les arrêts rendus postérieurement par la Cour de cassation se sont bornés à une lecture étroite de l'article 47 du code civil.

La gestation pour autrui oblige à concilier plusieurs principes. D'un côté, le principe du respect de la dignité humaine, de l'interdiction de la marchandisation du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. De l'autre, des principes internationaux, conventionnels tels que l'intérêt

¹⁰²¹ Les tribunaux ont estimé, en 1988, que la gestation pour autrui est une « atteinte portée au principe posé par l'article 1128 du Code civil de l'indisponibilité des choses qui sont hors du commerce, ce qui est à l'évidence le cas du corps humain » (TGI Paris, 11 octobre 1988, D., 1988, p. 275). Un an plus tard, la Cour de cassation reprend des termes similaires et estime que les conventions de GPA visent « tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des forces reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil » (Cass. civ. 1e 13 décembre 1989, JCP, 1990, II, 21526, D. 1990, 273, rapport Massip ; JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux). En 1991, l'Assemblée plénière, condamna la gestation pour autrui en censurant un arrêt qui avait prononcé l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse, par l'épouse du père, considérant que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (Cass. Civ. Ass. plén., 31 mai 1991, déjà cité).

¹⁰²² Cass., ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 619 (14-21323) et n°620 (15-50002). LPA, 17 juillet 2015, comm G. Hilger, p.9 ; JCP G 2015, 965, A. Gouttenoire.

supérieur de l'enfant qui s'oppose à ce que l'enfant soit privé d'un lien juridique avec son parent alors que la réalité biologique de ce lien est établie, la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne (qui profite aussi aux enfants nés de GPA) et le droit de mener une vie familiale normale.

618. La Cour européenne ¹⁰²³ n'a tenté aucune conciliation de ces principes. Elle ne se prononce pas sur la prohibition de la GPA par le droit français. L'ordre public international français pourra donc encore s'opposer à la réception de cette méthode de procréation en France. Elle décide simplement que si la filiation en jeu correspond à la vérité biologique, cet ordre public sera « atténué » pour que cette filiation puisse être valablement établie en France. La portée limitée de ces décisions ne permet pas de tirer de conclusions sur le sort qui sera réservé, dans l'avenir, à la filiation maternelle et à la filiation paternelle si celle-ci n'est pas biologique. Rappelons que deux recours avaient été déposés, l'un au nom des époux Mennesson et Labassee, sur le fondement de l'atteinte au droit à leur vie familiale, le second au nom des enfants pour l'atteinte au droit à l'identité de l'enfant. Sur le premier point, la CEDH a très clairement débouté les parents en constatant que le respect au droit de mener une vie familiale normale n'est pas violé parce que la situation, c'est-à-dire le refus de la transcription, ne les empêchaient pas, en tout cas ils ne l'avaient pas démontré, de mener une vie normale en France. Les entraves quotidiennes qu'ils subissent ne portent pas atteinte à ce droit. En revanche, en ce qui concerne les enfants, la France est condamnée pour violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. La CEDH constate une contradiction dans le fait que « *la France, sans ignorer que [les enfants] ont été identifié(s) ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique* » et estime que « *pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.* » (§ 96). Elle en conclut que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation affectent les droits des enfants, en particulier le droit au respect de la vie privée, « *qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation* » (§ 99).

Cette décision n'est pas comme une loi dont tous les articles seraient directement applicables en France. Il y a une marge d'interprétation et une marge de libre choix de la France pour mettre en œuvre et respecter cette

¹⁰²³ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France et Labassée c/ France*, déjà cités.

condamnation. La CEDH ne s'est pas directement prononcée sur l'interdiction de la GPA au regard de la Convention. La question ne lui a d'ailleurs pas été posée. Elle prend acte de la diversité des législations en Europe et admet « *le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique* » (§ 79) avant de préciser que les États ont « *une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.* » (§79). Cette liberté se limite à la nécessité de « *prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation.* » (§ 80).

La CEDH a donc considéré que la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français pour interdire ou autoriser la GPA ne devait pas prévaloir sur l'établissement, en droit français, de la filiation paternelle biologique de l'enfant au regard de son intérêt personnel. Elle « *ne bannit pas le principe de la prohibition de la GPA, que chaque Etat peut édicter dans sa marge d'appréciation, de sorte que l'opposition de l'ordre public international persiste toujours à faire obstacle à la réception inconditionnelle d'une situation internationale de GPA qu'elle procède d'un jugement étranger ou de l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cet ordre public «s'atténue* » seulement en présence d'une parenté biologique paternelle »¹⁰²⁴.

619. La portée de cette décision en France est parfaitement lisible au regard du dernier arrêt rendu, sur ce sujet, par la Cour de cassation¹⁰²⁵ le 3 juillet 2015. Les deux affaires qui lui étaient soumises concernaient des enfants nés par GPA en Russie, de pères biologiques français. Le 15 avril 2014, la cour d'appel de Rennes (pourvoi n° 14-21.323) avait rejeté la demande de transcription de l'acte de naissance au motif de la fraude indépendamment de toutes références à l'intérêt de l'enfant mais l'avait acceptée pour le second, le 16 décembre 2014 (pourvoi n° 15-50.002). L'arrêt de la CEDH a fait pivoter la réaction de la cour d'appel. Tenant compte de la décision européenne, la cour d'appel admet la transcription parce qu'elle n'y voit aucune contrariété au droit français, les éléments mentionnés dans l'acte de naissance étranger étant conformes à la

¹⁰²⁴ Lire « l'Avis de Monsieur le Procureur Général Jean-Claude Marin », Assemblée plénière de la Cour de cassation du 19 juin 2015, spéc. p.49 sur www.courdecassation.fr

¹⁰²⁵ Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, arrêts déjà cités.

vérité biologique. Le père et la mère biologiques sont bien ceux mentionnés dans l'acte donc il n'y a pas contradiction avec l'art 47 du code civil qui est celui visé pour admettre que l'acte étranger fait foi sur le territoire national .

Jusque là, la France avait refusé d'inscrire ces enfants à l'état civil y compris à l'égard du père biologique. La Cour de cassation en 2014 avait peut-être mis le feu au poudre car autant on peut s'interroger sur la transcription elle-même c'est-à-dire sur la reconnaissance de la validité de l'acte étranger et de sa publicité en France, autant l'établissement sur le territoire français par le père biologique français de sa propre filiation n'aurait dû soulever aucune difficulté. D'ailleurs sur le territoire, le ministère public ne peut pas contester une reconnaissance de paternité qui est fondée sur la vérité biologique et cette solution de la Cour de cassation avait montré une interprétation pour le moins curieuse de la loi française sur ce point. L'article 47 du code civil permet de donner foi aux actes d'état civil étrangers sous réserve du respect de l'ordre public français. Or, précisément, le droit français considérait que la GPA heurtait ses valeurs nationales et le juge a refusé ses conséquences. La Cour de cassation avait été peu nuancée en retenant non seulement que l'acte étranger ne pouvait pas être transcrit parce qu'il était établi en fraude à la loi mais, en plus, que la reconnaissance paternelle sur le territoire national était nulle parce que faite en fraude à la loi. Ce dernier point laisse dubitatif car la loi ne donne pas au ministère public la possibilité de contester une reconnaissance conforme à la vérité biologique, fût-elle faite en fraude à la loi française. D'ailleurs y avait-il une fraude ? Que faire si une famille américaine qui a eu recours à la GPA vient s'installer en France ? Personne ne songerait à remettre en cause la filiation des enfants. Il est vrai que dans les cas soumis à la Cour de cassation, l'ordre juridique français avait une vocation naturelle à s'appliquer en composant avec le fait que les couples sont « allés procréer à l'étranger ». Ils sont allés chercher ailleurs ce qu'ils ne pouvaient pas trouver en France mais dans un monde marqué par la mobilité, la question de la vocation à s'appliquer de l'ordre juridique français doit se poser parce qu'elle n'est après tout pas si évidente que cela. Si des époux français séjournent longtemps dans un pays qui autorise la GPA, technique dont ils bénéficient, et qu'ils reviennent après plusieurs années ici, n'auraient-ils pas créé un lien suffisant avec leur territoire d'accueil pour justifier la reconnaissance de la filiation ? La fluidité de la mobilité des individus affaiblit la capacité normative d'un Etat.

Les arguments contre la GPA sont audibles, voire convaincants, en France. Mais au sein même de l'Union Européenne, il y a eu des choix législatifs différents

tout aussi respectables. Pourquoi ne pas s'interroger sur les conditions qui pourraient subordonner la mobilité des situations juridiques de manière à garantir l'intégration des familles dans lesquelles s'est constituée la situation (par exemple, les conditions d'une GPA conforme à un « standard éthique »).

La Grèce a modifié les conditions d'accès à la GPA en supprimant la condition de résidence qui peut désormais être temporaire. Cela signifie qu'un couple de français peut se rendre brièvement en Grèce et recourir à une mère porteuse, voir un état civil établi là-bas et revenir vivre en France. Les situations vont se multiplier et il va bien falloir s'adapter à la réalité internationale.

620. Le 3 juillet 2015, la Cour de cassation a bien pris en compte la condamnation récente de la France. Elle constate que « *les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance* »¹⁰²⁶.

Cette décision reconnaît-elle implicitement la GPA en France ? Ne permet-elle pas à cette pratique interdite d'entrer par la fenêtre alors que le droit français lui ferme la porte ? Non. Elle ne règle que la transcription de la filiation du parent génétique de l'enfant. La question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention n'a pas été soulevée ni évoquée. Autrement dit, en ce qui concerne les couples qui ont eut un enfant par GPA et ont obtenu un acte de filiation portant exclusivement le nom des parents d'intention, la solution n'est pas acquise puisqu'au regard de l'article 47 du code civil, si les faits déclarés dans l'acte de naissance ne correspondent pas à la réalité alors l'état civil dont question ne fait pas foi et ne peut être transcrit. Les parents d'intention ne sont pas reconnus et n'ont donc aucun droit vis-à-vis de l'enfant. La Cour de cassation aura vraisemblablement à se prononcer ultérieurement sur les demandes d'adoption qui sont le corollaire de la situation.

¹⁰²⁶ Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA (03.07.15) téléchargeable sur le site de la Cour de cassation <https://www.courdecassation.fr>

L'incertitude demeure aussi quant à l'issue d'une demande de transcription d'un état civil faisant état d'un seul parent, le géniteur.

La portée de ces deux arrêts dépend étroitement de leur contexte et ne correspond qu'à une hypothèse spécifique de gestation pour autrui et si ce revirement jurisprudentiel est le bienvenu, il ne marque pas la fin du flou et des incertitudes sur la situation des enfants et des parents et il ne remet en aucun cas en cause la prohibition de la GPA en France. Il ouvre une petite brèche dans la prohibition de la GPA en France puisqu'il reconnaît des effets juridiques (établissement de la filiation paternelle) à une situation formellement interdite.

Quand on parle de reconnaissance de filiation on se retrouve face à deux mauvaises solutions : soit on viole la loi française, soit on laisse les enfants sans filiation en France. Pour plus de sérénité, il faudrait envisager de nouvelles règles spécifiques réservées au statut des enfants nés d'une GPA.

B - UNE LÉGISLATION SPÉCIFIQUE

621. Pour sécuriser le statut de ces enfants en droit français, le législateur peut emprunter plusieurs voies :

- la légalisation de la GPA réalisée dans certaines conditions, solution peut-être trop audacieuse aujourd'hui,
- l'ouverture du droit de la filiation aux parents d'intention.

La légalisation de la GPA ne signifierait pas que celle-ci soit autorisée en France mais que les enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger dans des conditions strictement encadrées puissent voir établir leur filiation en France. Une convention internationale sur le modèle de la convention de la Haye sur l'adoption internationale de 1993 pourrait fixer un compromis pour que tout pays qui autorise la GPA la soumette à un certains nombres de conditions. S'il s'y soumet, les autres Etats s'engageraient à reconnaître la filiation des enfants issus de la GPA. Cette hypothèse présente toutefois l'inconvénient de ne pas s'occuper de la filiation de l'enfant né d'une GPA dans un pays peu respectueux des conditions exigées par la France et de faire ainsi peser sur l'enfant le comportement de ses parents au moment de sa conception.

Une solution plus radicale (et peut-être prématurée) est proposée dans le rapport « Filiation origines parentalité: Le Droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle »¹⁰²⁷. « *Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention. Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne* »¹⁰²⁸.

622. La réflexion doit aussi porter sur la nature du lien de filiation et sur modalités d'établissement et pourrait aboutir à l'établissement d'une filiation fondée sur la volonté. Les parents d'intention pourraient être tout aussi qualifiés, responsables et légitimes pour être parents que ceux que le droit français reconnaît sur une simple base biologique.

Aussi n'est-il pas incongru d'envisager l'établissement d'un lien de filiation fondée sur l'engagement à devenir parent. Cet engagement pourrait se matérialiser, pour les deux parents, dans le consentement donné à la convention de GPA et dans une déclaration anticipée de filiation auprès d'un juge ou d'un notaire.

¹⁰²⁷ Rapport dirigé par I. Théry et A.-M. Leroyer déjà cité.

¹⁰²⁸ *Ibid* p. 198.

CONCLUSION

623. Arrivés au terme de ce parcours, nous devons nous faire une raison : le droit de la famille n'existe plus. La liberté individuelle l'emporte sur la protection collective et les droits de chaque membre de la famille recouvrent et écrasent le droit de la famille. Espérons, bien modestement, que ce constat se révèle aussi intéressant pour les questions qu'il soulève que pour les réponses qu'il pourrait apporter.

La famille a connu une véritable révolution mais une révolution inachevée. Est-ce un bien ? Est-ce un mal ? Chacun répondra en fonction de son histoire personnelle. Les réactions à ce bouleversement ne peuvent pas être homogènes puisqu'elles reflètent le champ subjectif des expériences familiales. En effet, comment aborder la famille en dehors d'un propre vécu du couple, de la sexualité, du mariage et de la famille ou de celui de proches ? Ce vécu est évalué et étayé par des points de vue philosophiques, spirituels, moraux, parfois religieux propres à chacun.

L'idéal familial défini d'abord par l'Église puis par le Code civil n'a plus de résonance dans la société contemporaine. Peu cèdent encore au « syndrome du rétroviseur » et peinent à faire partager leur nostalgie du passé. Non, ce n'était pas mieux avant. L'ambition, l'espoir ou la crainte du retour au *statu quo ante* est inutile. La famille du XXI^{ème} siècle a fait peau neuve et n'a plus grand-chose en commun avec la famille traditionnelle, à commencer par la finalité recherchée. Pendant des siècles, le rôle essentiel de la famille était lié à la transmission patrimoniale et culturelle entre générations. Aujourd'hui, la famille doit favoriser le développement individuel et la réalisation personnelle de chacun de ses membres. « Tous unis mais chacun pour soi » pourrait être la devise de la famille contemporaine.

624. La famille est de moins en moins une institution normée, aux formes et aux codes prédéfinis, d'autant qu'elle doit composer avec le droit individuel à « une vie familiale normale » que consacre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, où situer la « normalité » quand tout ou presque devient possible en termes de combinaisons familiales ? Ce large champ des possibles signifie justement que la norme ressemble davantage à ce que

chacun décide pour sa vie familiale qu'à une norme établie par le législateur. Ce dernier est plutôt amené à reconnaître les différents modes de vie que choisissent les individus et à tenter d'organiser les relations familiales. L'influence des droits fondamentaux qui sont par nature des droits individuels dans la vie familiale confirme bien que la famille est davantage le lieu d'épanouissement individuel qu'une entité tournée vers un intérêt commun.

La place laissée au libre choix des individus concourt à brouiller les repères traditionnels et à personnaliser chaque parcours.

625. Pour commencer, les normes d'âge se sont allégées. L'âge est un critère moins pertinent dans le passage d'une étape. Les tranches d'âge au cours desquelles on forme un couple, on se marie et on a des enfants sont de plus en plus ductiles. La mise en couple, le logement autonome, la maternité se déroulent aujourd'hui au gré des opportunités.

Le passage d'une étape à l'autre n'est pas automatique. Ce n'est pas parce que l'on est célibataire que l'on va chercher à vivre en couple et se marier avant d'avoir « beaucoup d'enfants ». Les étapes se multiplient et sont réversibles. Les ruptures conjugales permettent de retourner à une situation déjà vécue (célibat ou nouvelle union). L'allongement de l'espérance de vie est peut-être l'une des causes de cette multiplication des expériences. La liberté de faire et défaire les relations dans la recherche permanente si ce n'est du bonheur au moins d'une satisfaction et d'un équilibre personnels explique aussi la répétition des étapes. Celles-ci sont d'ailleurs de moins en moins institutionnalisées en ce qui concerne le couple puisque le mariage ne marque pas toujours la vie de couple et le divorce n'en marque plus la fin.

Les relations entre générations sont aussi bouleversées. Pour la première fois depuis des siècles, une génération n'adopte plus nécessairement les modèles parentaux puisqu'elle peut expérimenter différents types de famille. Les parents ont d'ailleurs parfois du mal à se positionner face à la nouvelle famille de leurs enfants et peuvent se montrer hésitants quant à l'attitude à avoir face aux différents compagnons successifs eux-mêmes parfois déjà parents.

A cela, s'ajoute le fait que la génération de ceux qui ont vécu leur jeunesse dans une société valorisant les personnes âgées, se sent dépassée et sans doute en décalage face à l'évolution technologique et technique qui a rendu beaucoup de compétences et de savoirs obsolètes. Les grands-parents d'aujourd'hui doivent

donc trouver de nouveaux repères dans la famille que ceux de leurs propres grands-parents.

La place de chacun est moins fonction d'un statut que de la proximité affective. Le phénomène est accentué par le fait qu'il y a de plus en plus une confusion des rôles traditionnellement attribués dans la famille. Les femmes et les hommes organisent conjointement la domesticité et l'éducation des enfants. Le couple est indépendant de la parenté qui reste l'élément stable de la famille. Les remous conjugaux n'ont pas d'incidence sur le lien entre le parent et l'enfant. En d'autres termes, la relation entre parent et enfant est strictement individuelle et reste la même (même nature, même statut) quelle que soit la vie familiale de chacun d'eux.

626. Le droit, « *la plus puissante école de l'imagination* »¹⁰²⁹, a dû s'adapter aux nouvelles réalités familiales mais aussi à l'évolution des mœurs, des technologies, de l'économie, de la politique familiale, de la science ; bref, de la société toute entière. Il a su tenir compte de l'égalité entre les époux, entre les enfants, entre les modèles de famille, de la banalisation du concubinage, de l'explosion des familles recomposées, de la reconnaissance institutionnelle des couples homosexuels et des familles homoparentales, des nouvelles techniques médicales de procréation.

L'évolution ne va pas s'arrêter en cours de route.

Pour ce qui concerne la conjugalité, les règles de droit ne sont plus considérées comme des directives obligatoires et des préceptes normatifs incontestés. Le droit a dû s'adapter pour organiser les relations de couple telles qu'elles s'imposent à lui.

Une réforme du droit du couple est peu probable dans les prochaines années, les couples hétérosexuels ou homosexuels ayant le choix entre l'union libre, le pacs ou le mariage.

627. En revanche, il ne serait pas incongru d'envisager une protection de la vie commune de deux personnes qui ne forment pas un couple. Pourquoi subordonner la protection patrimoniale de celui qui partage la vie d'un autre à l'obligation d'avoir (ou d'avoir eu) des relations sexuelles ?

On admet communément que la famille a plusieurs fonctions : celle de la procréation, la fonction affective et de protection, la fonction économique, la fonction de socialisation, la fonction de gestion et de transmission de patrimoine. Seule la première de ces fonctions suppose des relations sexuelles,

¹⁰²⁹ J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu* (1935), Grasset, 2010, acte II, scène V.

ne serait-ce qu'une fois. Pourquoi ne pas prévoir une convention *sui generis* qui permettrait à deux amis, deux frères ou deux cousines de protéger leur relation ? L'absence de relations sexuelles écarterait le risque d'inceste et autoriserait la convention entre ascendants, descendants, alliés et collatéraux. Les effets seraient calqués sur ceux du pacs¹⁰³⁰, à l'exception de la communauté de lit : une vie commune, une aide réciproque et une assistance matérielle, une solidarité à l'égard des tiers, des effets sociaux (possibilité d'être l'ayant-droit du partenaire), effets fiscaux (déclaration d'impôt commune et abattements en matière successorale). Observons que cette proposition n'a rien de fantaisiste puisqu'elle encadrerait simplement la vie familiale, non sexuelle, de deux personnes.

Compte tenu du nombre de divorces ou de séparations, un mode de vie familiale « alternatif » pourrait séduire. La sexualité et les sentiments relèvent du domaine privé et de l'intimité. Il est envisageable et respectable de choisir de l'exclure de la vie en commun sans l'exclure de sa vie personnelle. La sexualité engendre parfois équivoques et amalgames. Elle ne met pas toujours de raison dans les relations de couple. Elle cause beaucoup de séparations alors pourquoi ne pas laisser la source du conflit ou le défaut d'épanouissement personnel (peu importe le nom qu'on lui donne) en dehors de la structure familiale ? La sexualité est parfois un caillou dans la chaussure du couple, il est possible de l'en sortir, ou plutôt de ne pas le laisser entrer.

Les enfants élevés dans une ambiance déssexualisée auraient peut-être plus de chances de vivre dans une structure stable. L'amitié, l'affection, le respect que tout individu peut avoir à l'égard d'un autre sont des éléments de stabilité aussi pérennes que le sentiment amoureux nécessairement affublé de la sexualité.

628. La convention de vie en commun pourrait notamment régler :

- le partage des biens personnels et communs en cas de décès ou de séparation
- la contribution aux charges communes

¹⁰³⁰ L'article 515-1 du Code civil définit le pacs comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexes différents ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». La notion de vie commune n'étant pas clairement définie par la loi, le pacs aurait pu convenir à des personnes liées par l'affection, l'amitié ou même l'intérêt sans qu'il ne soit question de rapports sexuels mais le Conseil constitutionnel a donné au pacs une orientation clairement sexuelle en décidant que « *la vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêt et ne se limite pas à une cohabitation entre deux personnes* » mais qu'elle suppose « *une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage* ». Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, considérant 26.

- l'administration et la gestion de la résidence commune
- le sort des biens propres et indivis au moment du décès de l'un des deux contractants. En l'état actuel des choses, le conjoint épousé depuis deux jours peut hériter de son conjoint décédé avec les avantages fiscaux qu'accordent le mariage ou le pacs. Celui ou celle qui a partagé l'existence de quelqu'un sans avoir eu de vie de couple se voit refuser ces avantages. L'État considère (même si le raccourci est flagrant) que l'intention d'avoir des relations sexuelles avec quelqu'un justifie ou interdit le bénéfice d'abattements et de droits de succession avantageux¹⁰³¹ et la possibilité de transmettre son patrimoine sans laisser plus de la moitié de la succession au Trésor public.

Pour des considérations fiscales et pour éviter toute confusion affective et patrimoniale, cette convention ne pourrait pas être signée par des personnes dont l'une au moins est mariée ou liée par un pacs.

629. L'État, financièrement perdant, ne fera vraisemblablement pas preuve d'un grand enthousiasme à l'égard de cette convention, d'autant que, pour l'instant, il n'y a pas de demande sociale pour une reconnaissance civile de l'amitié ou du désir de vivre sous le même toit sans partager le même lit.

La CEDH construit sa jurisprudence sur une vision assez large de la vie familiale et privée. L'article 8 de la CESDH consacre le droit individuel à mener une vie familiale qui ne peut être restreinte à la famille légitime traditionnelle. La Cour de Strasbourg considère « qu'une vie familiale projetée peut entrer dans le cadre de l'article 8 même en l'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits »¹⁰³². Il n'est pas exclu, qu'un jour ou l'autre, quelqu'un saisisse la CDEH pour faire valoir que la vie à deux sans sexe est une « vie familiale normale ».

630. Après tout, chacun a le droit de mener sa vie sexuelle comme il l'entend tant qu'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers ou à la société. La liberté sexuelle est donc un élément de l'épanouissement personnel, de la liberté individuelle et du droit à la vie privée. A ce titre, elle impose aux Etats de ne pas s'immiscer dans l'intimité et les rapports privés. Elle se heurte pourtant à l'obligation de fidélité, héritée du droit canonique, énoncée à l'article 212 du

¹⁰³¹ Rappelons que les successions sont exonérées de droits entre conjoints ou partenaires de pacs. Les droits de succession à un tiers sont de 60% et l'abattement ne s'élève qu'à 1594 €.

¹⁰³² CEDH, *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, précité.

Code civil qui prévoit que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance* ».

Il n'y a pas toujours de relation causale entre la règle et le comportement et l'interdiction de « convoiter la femme de son voisin » n'a jamais mis fin à l'adultère en milieu chrétien même si cela a certainement marqué la morale sexuelle. Il n'est donc pas certain que l'interdiction ait un réel effet coercitif sur l'attitude des conjoints. Chacun a certes librement consenti à se marier mais la capacité de prendre des décisions qui engagent, en principe, toute une vie n'est pas automatiquement assortie de la capacité de les tenir. Ce devoir de fidélité perdure pourtant même au-delà de la vie commune. En effet, en cas de séparation, ni la demande de divorce, ni la séparation de corps, ni même le jugement de divorce susceptible d'être frappé d'appel, ni celui d'appel en cas de pourvoi en cassation ne mettent fin à ce devoir. L'obligation de fidélité, qui, de fait, impose une abstinence sexuelle aux ex-conjoints pendant plusieurs mois, voire plusieurs années, ne cesse que lorsque le divorce est définitivement prononcé.

Cette obligation de ne pas faire constitue une atteinte évidente à la liberté sexuelle. Cette liberté suppose le libre choix de l'orientation sexuelle et fait de la volonté individuelle le seul déterminant de la licéité de pratiques sexuelles. Rappelons que la CEDH affirme dans l'affaire K.A. et A.D.¹⁰³³ le droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité. Elle considère que le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle». Cette décision ne concernait pas l'obligation de fidélité mais les relations sadomasochistes. On peut cependant se demander si l'obligation de fidélité, véritable convention d'exclusivité sexuelle, ne porte pas atteinte à la liberté sexuelle, au libre choix d'entretenir des relations sexuelles et au droit de disposer librement de son corps.

631. Les prochaines évolutions du droit concernant la famille seront la traduction juridique des nouvelles techniques de procréation et d'une nouvelle conception de la parenté. Elles donneront un écho aux propositions et recommandations consignées dans l'ambitieux rapport « Filiation, origines,

¹⁰³³ CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, déjà cité.

parentalités - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilités générationnelles »¹⁰³⁴.

Après l'émancipation des femmes, l'évolution des mœurs, la contraception et les progrès scientifiques qui ont bouleversé la réalité biologique de la maternité, est-il encore sérieux de considérer que la mère d'un enfant est nécessairement celle qui l'a accouché ? Il est probable qu'elle le soit mais il est possible qu'elle ne le soit pas. Pourquoi camper sur le vieil adage *Mater semper certa est*¹⁰³⁵ ? Parce que cela a toujours été comme ça ? La société n'a-t-elle pas subi quant à ses savoirs et à son organisation sociale quelques modifications, voire quelques évolutions susceptibles de mettre à la question ces absolutismes d'antan ?

Parce qu'elle porte l'enfant et qu'elle accouche, la mère certifie l'origine de sa progéniture. Le droit peut donc la désigner et l'instituer comme mère. Cette conception sacrificielle de la maternité fait de l'accouchement un rite de passage obligé pour devenir mère. Cette désignation marquerait (ou récompenserait) l'attachement qui existerait naturellement entre l'enfant et celle qui l'a porté tout au long de la grossesse. Un lien biologique indestructible existerait donc entre l'enfant et sa mère. Soit ! Mais est-ce à dire que quiconque n'accouche pas ne serait pas fondé et légitime à être parent ? Les hommes et les parents adoptifs ont sûrement une idée sur le sujet.

632. Les nouvelles techniques de procréation permettent la greffe d'utérus (l'enfant est donc porté dans un autre utérus que celui « d'origine » de la mère) ainsi que l'insémination d'une autre femme que celle à l'origine biologique de l'embryon. Cet embryon peut même être porteur de deux ADN féminins¹⁰³⁶. La maternité au sens physiologique du terme n'est donc plus une évidence et l'accouchement ne désigne que la femme qui a porté l'enfant.

L'utérus artificiel n'est pas encore au point mais il le sera dans un avenir peut-être pas si lointain. L'enfant ne sortira plus d'un ventre mais d'une machine¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Rapport rédigé sous la direction de Mme Théry et Mme Leroyer à la demande de la ministre déléguée chargée de la famille, cité à plusieurs reprises dans ce travail.

¹⁰³⁵ Traduit mot à mot, l'adage signifie que la mère est certaine. A l'époque du droit romain, la filiation se faisait par le père et la procréation médicalement assistée n'était même pas envisageable.

¹⁰³⁶ Une manipulation *in vitro* permet, pour éviter une transmission de maladie génétique de la mère à l'enfant, de concevoir des bébés dont l'ADN provient de deux femmes et d'un homme. Une femme, non porteuse de maladies génétiques, donne un ovule duquel le noyau contenant l'ADN est retiré pour remplacer celui qui est dans l'ovule utilisé pour la fécondation.

¹⁰³⁷ C'est déjà un peu le cas des grands prématurés.

Il aura tout de même des parents qui seront ceux qui auront formé un projet parental (le projet fera l'objet d'un consentement préalable leur interdisant toute action en contestation de filiation (comme c'est le cas pour une insémination avec tiers donneur)).

Enfin, si la maternité de substitution reste interdite sur le sol français, elle existe ailleurs et est à l'origine de la naissance d'enfants qui vivent en France. Le droit français refuse de désigner la mère d'intention comme la mère juridique de ces enfants. Quand un enfant naît aux Etats-Unis, par exemple, la mère n'est pas celle qui accouche mais celle qui a désiré l'enfant et construit le projet parental. Les actes de naissance sont donc délivrés au nom des parents d'intention qu'ils soient ou non les parents biologiques. Arrivés en France, les enfants sont officiellement les enfants de leur père alors que le sort de la mère est plus hasardeux. Ne faudrait-il pas accueillir la filiation établie à l'étranger si celle-ci est conforme à la réalité affective et sociale ? Rappelons que la réalité biologique de la filiation n'empêche pas l'accouchement sous X qui occulte complètement la gestatrice, ni la possibilité de considérer que le tiers donneur n'a aucune existence juridique dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, ne faisant aucun cas, au passage, du droit d'accès aux origines¹⁰³⁸.

633. Le pluralisme familial est une réalité relativement bien acceptée. Il est né d'une démocratisation des liens familiaux. L'égalité des sexes, les naissances hors mariage, les recompositions familiales, la parentalité... sont aujourd'hui peu contestées. Le droit épouse progressivement les nouvelles familles au sein desquelles se nouent de nouvelles relations qui se pérennisent davantage sur l'affection que sur la notion d'obligation. L'adaptation du droit à la réalité familiale se fera plus ou moins vite mais elle se fera, parfois sous la pression des conventions internationales, spécialement de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui excluent la possibilité de faire passer le souci de cohésion familiale avant les droits individuels.

¹⁰³⁸ La proposition du rapport Théry-Leroy de concevoir la copie intégrale de l'acte de naissance comme « le conservatoire de l'identité civile des personnes » qui relaterait les informations liées aux origines biologiques et la « véritable biographie civile de l'enfant » pourrait au moins répondre au droit d'accès aux origines personnelles. Aujourd'hui, l'extrait d'acte de naissance ne distingue pas la filiation de la naissance. Les enfants adoptés et ceux nés d'un don (de gamètes) sont inscrits, selon un modèle pseudo-procréatif, comme les enfants biologiques de leur parents.

634. Le couple est maintenant reconnu dans sa pluralité. Il est temps de reconnaître le caractère pluraliste de la filiation. Cette pluralité ne concerne pas la filiation en tant que lien institutionnel de parenté d'où découlent droits et devoirs des parents mais les modalités de création de ce lien. Il n'y a plus une seule méthode pour devenir parent - procréation charnelle, avec ou sans assistance, avec ou sans tiers donneur (s), adoption - il n'y a donc aucune raison de conditionner l'établissement de la filiation à la possibilité de la faire coïncider (ou la faire ressembler le plus possible) avec une modalité d'établissement unique. Une grande cohérence naîtrait d'un « *nouveau droit de la filiation qui distinguerait les trois dimensions – biologique, juridique et sociale – jusqu'alors confondues. Un droit de la filiation qui ne considère pas les parents adoptifs et ceux ayant eu recours à l'AMP avec tiers donneur comme de moins « vrais » parents que les autres. Une telle évolution permettrait, dans les situations de plus en plus nombreuses où parenté et procréation sont déliées, de faire davantage place au projet parental, à l'engagement et à la responsabilité* »¹⁰³⁹.

¹⁰³⁹ Propos de Martine Gross, In M. Gross, Cl. Neirinck, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Questions de droits et de société*, La documentation française, 2014, p.118.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX - MANUELS

AUDIT Bernard

Droit international privé, Economica, 7^{ème} éd., 2013.

BERGEL Jean - Louis

Théorie générale du droit, 4^{ème} éd., Dalloz, 2003 [5^{ème} éd. mars 2012].

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie

Droit civil, 19^{ème} édition, Sirey, 2015.

CARBONNIER Jean

Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple, Thémis, Droit privé, PUF, 21^{ème} éd., 2002. [Collection Quadrige 2004]

Droit et passion du droit sous la Vème République, [1996], Flammarion, 2008.

Essais sur les lois, [nouvelle édition LGDJ 2013] Defrénois, 2^{ème} éd., 1998.

Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, [2001], 10^{ème} éd., LG.D.J., 2013.

COLOMBET C.

La famille, PUF, 6^{ème} éd., 1999.

CORNU Gérard

Vocabulaire juridique, 10^{ème} éd., PUF, 2014.

Droit civil, t. 2 ; La famille, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006.

FENOUILLET Dominique

Droit de la famille, 3^{ème} éd., Dalloz, 2013.

JAUFFRET-SPINOSI Camille

Les grands systèmes de Droit contemporains, 11^{ème} éd., Dalloz, 2002. [12^{ème} éd. 2015 avec Marie Goré et René David]

MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues.

La famille, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent

Droit international privé, Domat droit privé, Montchrétien, 11ème éd., 2014.

MURAT Pierre

Droit de la famille, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2013.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

DROIT

ALI ABDALLAH Ahmed

Le statut juridique de Mayotte: Concilier droit interne et droit international : réconcilier la France et les Comores, L'Harmattan, 2014.

BATIFFOL Henri

Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, réédition de 2002.

BOILEUX J.M.

Commentaires sur le Code civil, revu par M.F.F. Poncelet, 3^{ème} édition, Tome 1er, Joubert éditions, 1835.

BUCHER Andreas

La dimension sociale du droit international privé, Cours général, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.

BURDEAU Georges

Les libertés publiques, LGDJ, 4^{ème} éd., 1972.

CABALLERO Francis

Le droit du sexe, LGDJ, 2010.

COHEN-JONATHAN Gérard

La Convention européenne des droits de l'homme, PUF. Aix Marseille, 1989.

DELMAS- MARTY Mireille

Pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, Dalloz, 2006.
Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme, PUF, 1989.

EMANUELLI Claude

Droit international privé québécois, 3^{ème} éd. Wilson & Lafleur, 2011.

EWALD François

Naissance du Code civil, Flammarion, 1989 [2^{ème} éd., 2004].

FABRE-MAGNAN Muriel

La gestation pour autrui, Fictions et réalité, Fayard, 2013.

FELLOUS Gérard

Les droits de l'homme : une universalité menacée, La Documentation française, 2010.

FENET Pierre-Antoine

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Marchand du Breuil, Paris, 1827.

FULCHIRON Hugues

Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, LGDJ, 1993.

GALLUS Nicole

Le rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge de la filiation, Bruxelles, Larcier, 2009.

GARCIA Kiteri

Le droit civil européen : Nouveau concept, nouvelle matière, Ed. Larcier, 2008.

GARÉ Thierry

Les grands-parents dans le droit de la famille, éd. CNRS, 1998.

GAUDEMET Jean

Le droit privé romain, A. Colin (coll.U2), 1974.

GUTMANN Daniel

Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000.

HALPERIN Jean-Louis

Le Code civil, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2003.

IACUB Marcella

L'empire du ventre- pour autre histoire de la maternité, Fayard, 2004.

Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique, EPEL, 2002.

LABAYLE Henri

Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme, LGDJ, 1999.

LABBÉE Xavier

Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?, Presses universitaires Septentrion, 1996.

LAGARDE Paul

Recherche sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ, 1959.

MARTENS Paul

Théorie du droit et pensée juridique contemporaine, Larcier, 2003.

LEBRETON Gilles

Libertés publiques et droits de l'homme, Dalloz-Sirey, 8^{ème} éd., 2008.

LOCRÉ Jean-Guillaume

La législation civile, commerciale et criminelle de La France, ou Commentaire et compléments des Codes français, t.IV Treuttel et Würtz, 1827.

MACKELDAY Ferdinand.

Manuel de droit romain, Ad. Wahlen et Cie, 1837.

MALEVILLE (de) Jacques

Du divorce et de la séparation de corps, Goujon, Paris, 1801.

MARGUENAUD Jean-Pierre.

CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, La documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2001.

La Cour européenne des droits de l'homme, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.

PORTALIS Jean-Etienne-Marie

Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801, Éditions Confluences, Collection : Voix de la Cité, 2004.

ROULAND Norbert

Aux confins du droit, Sciences humaines, Editions Odile Jacob, 1991.

RÉVILLARD Mariel

Droit international privé et communautaire: pratique notariale, 8^{ème} éd. Deffrénois, 2014.

SAVATIER René

Le droit, l'amour et la liberté, ch. II et V, L.G.D.J., 1963.

SUDRE Frédéric et al.

Grands arrêts CEDH, 7 éd., PUF, 2015.

SZRAMKIEWICZ Romuald.

Histoire du droit français de la famille, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

TALPIS Jeffrey A.

L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois, Editions Thémis, 2009.

TISSIER Delphine

La protection du corps humain, l'Harmattan, 2013.

VASSEUR-LAMBRY Fanny

La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme, l'Harmattan, 2000.

OUVRAGES COLLECTIFS

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves

Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^{ème} édition, 2006.

BENOIT-ROHMER Florence et KLEBES Heinrich

Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen, éd. Conseil de l'Europe, 2005.

BERGE Jean-Sylvestre et NIBOYET Marie-Laure

La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, Bruylant, 2004.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, JEAMMET Philippe, ROULAND Norbert. DONVAL Albert

Inventons la famille !, Bayard, 2001.

FENOUILLET Dominique et VAREILLES-SOMMIERES (de) Pascal

La contractualisation de la famille, Introduction, Economica, 2002.

GROSS Martine et NEIRINCK Claire

Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Questions de droits et de société, La documentation française, 2014.

OST François et VAN de KERCHOVE Michel

De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

RIVÉRO Jean et MOUTOUH Hugues

Les libertés publiques, t.1, Thémis P.U.F., 9ème éd., 2003.

COLLOQUES

DE PAGE Philippe et DE VALKENEER Roland

L'union libre, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse

« Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », dans Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996.

LEFEBVRE Brigitte et MOORE Benoit

Les enjeux actuels du droit de la famille Regards croisés belge et québécois » - colloque - Revue juridique Thémis, 2010.

NEIRINCK Claire (dir.),

Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

SUDRE Frédéric

La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, in F. Sudre (dir.), « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 38.

THÈSES

DEBET Anne

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, 2002.

MARCHADIER Fabien

Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Coll. Institut Droits de l'Homme, Bruylant, 2007.

NIBOYET Frédérique

L'ordre public matrimonial, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008.

BRANLARD Jean-Paul

Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique, LGDJ, 1993.

GLANDIER LESCURE Nathalie

L'inceste en Droit français contemporain, PU Aix Marseille, 2006.

INCOLLINCO-MONA Henriette

La normativité et le droit de la famille, Thèse Toulon, 2000.

PAUL François

Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, L.G.D.J., 2002

RAPPORTS – ÉTUDES - DOSSIERS

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise

Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, la documentation française, janvier 1999

FONDATION TERRA NOVA

Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag, Présidentes du groupe de travail.

Rapport sur la bioéthique 2010 - Commission « Accès à la parenté – assistance médicale à la procréation et adoption -Pour une révision progressiste de la loi bioéthique » :
<http://genevieve.delaisi.free.fr/pages/TNova-bioethique.pdf>.

LÉONETTI Jean

Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, documentation française, octobre 2009.

THÉRY Irène

Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, la documentation française, 1998

THÉRY Irène et LEROYER Anne-Marie

Filiation origines parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Éditions Odile Jacob, 2014.

CONSEIL D'ÉTAT

Étude du Conseil d'État

La révision des lois de bioéthique, étude du Conseil d'Etat, La documentation française, 2009.

FAVA Marie, QUEMENEUR Paula et BOICHE Alexandre

Recouvrement des pensions alimentaires dans l'Union (dossier) AJ fam. 2011.

HISTOIRE

BERTIÈRE Simone

Mazarin, le maître du jeu, Editions de Fallois, 2007.

BIRÉ Edmond

Journal d'un bourgeois de Paris pendant la Terreur, Perrin, 1895.

BOLOGNE Jean-Claude

Histoire du mariage en Occident, Paris, Hachette Littératures, 1995.

BURGUIÈRE André

Histoire de la famille. I Mondes lointains, mondes anciens, Paris, 1986.

CHELINI Jean

Histoire religieuse de l'Occident médiéval, Paris, Hachette, 1991.

CHENG Anne

Histoire de la pensée chinoise, Seuil essais, 1997.

DUBY Georges.

Le Chevalier, la Femme et le Prêtre, Hachette, 1981.

JABLONKA Yvan

Ni père, ni mère. Histoire des enfants de l'Assistance publique (1874-1939), Seuil, 2006.

JEANNIN DA COSTA Sabine

L'histoire du mariage: entre raison et fortune, la place de l'amour ?, Ed. La Martinière, 2001.

LEMIRE Laurent

Le siècle d'Einstein, Perrin, 2008.

MEYER-STABLEY Bertrand

Les dames de l'Élysée - Celles d'hier et de demain, Librairie Académique Perrin, 1995.

MOUNIER Roland

Les Institutions de la France sous la monarchie absolue (1598-1789), PUF, 1990.

O'MALEY John

Le concile de Trente : ce qui s'est vraiment passé, Editions Lessius, 2013.

ORIEUX Jean

Talleyrand, Flammarion, 1970.

Talleyrand ou le sphinx incompris, Flammarion, 1992.

RENÉE Amédée

Les nièces de Mazarin, [1856] Editions France Empire, 2012.

RICHARD Michel

La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime, Hachette, 1967.

OUVRAGES COLLECTIFS

CONRAD Lawrence, NEVE Michaël, NUTTON Viviane, PORTER Roy et WEAR Andrew

The Western Medical Tradition, Cambridge University Press, 1995.

DÉLUMEAU Jean et ROCHE Daniel (Dirs.)

Histoire des pères et de la paternité, 2^{ème}, Larousse, 2000.

GARAUD Marcel et SZRAMKIEWICZ Romuald

La révolution française et la famille, P.U.F., 1978.

LE NAOUR Jean-Yves et VALENTI Catherine
Histoire de l'avortement, XIXe-XXe siècles, Seuil, 2003.

MELCHIOR-BONNET Sabine et SALLES Catherine
Histoire du mariage, Ed. de La Martinière, 2001.

MERIAUX R., BERTHE L.-N. et DE LANGRE M.
Robespierre et Carnot - Discours inédits. Maximilien Robespierre : Les droits et l'état des bâtards. Lazare Carnot : Le pouvoir de l'habitude. Discours de Robespierre publiés par, Académie des sciences, Lettres et Arts d'Arras, 1971.

SOCIOLOGIE et ANTHROPOLOGIE

ATLAN Henri
L'utérus artificiel, Seuil, 2005.

ATLAN Henri, FRYDMAN René , GELIS Jacques et MATIGNON Karine Lou
La plus belle histoire de la naissance, Édition Robert Laffont, 2013.

ATTALI Jacques (en collaboration avec Stéphanie Bonvicini),
Amours - Histoires des relations entre les hommes et les femmes », Fayard, 2007.

ATTANE Isabelle
Au pays des enfants rares, Fayard, 2011.

BETTELHEIM Bruno
The children of the Dream. Communal Child Rearing and American Education, London: Collier-Macmillan, 1969.

BOUDON Raymond
Le sens des valeurs, P.U.F., 1999.

BOZON Michel
Sociologie de la sexualité, Nathan Université, 2002.

BRECHON Pierre et TCHERNIA Jean -François
La France à travers ses valeurs », Armand Colin, Coll.Hors collection, 2002.

CANTO-SPERBER Monique et FRYDMAN René
Naissance et liberté, La procréation. Quelles limites ?, Plon, 2008.

COMMAILLE Jacques, STROBEL Pierre et VILLAC Michel
La politique de la famille, collection Repères, la Découverte, Paris, 2002

DE POTTER Virginie
L'enfant dans la famille recomposée, éd. Bruxelles :Fondation du roi Baudoin, 2008.

DELAISI DE PARSEVAL Geneviève
Famille à tout prix, Seuil, 2008.

DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et VERDIER Pierre
Enfant de personne, Odile Jacob, 1994

DELLUC Gilles
Le sexe au temps des Cro-Magnons, Ed. Pilote 24, 2006.

- DESCOUTURES Virginie, DIGOIX Marie, FASSIN Éric, RAULT Wilfried,**
Mariages et homosexualités dans le monde : L'arrangement des normes familiales, Autrement, 2008.
- DIOP Abdoulaye-Bara**
La famille wolof : tradition et changement, Editions Karthala, 1985.
- EVANS-PRITCHARD Edward Evan**
Les Nuers, Gallimard, 1968.
- FOURNIER Véronique**
Le Bazar bioéthique. Quand les histoires de vie bouleversent la morale publique", Robert Laffont, 2010.
- GARNIER Éric**
L'homoparentalité en France, la bataille des nouvelles familles, Éditions Thierry Marchaisse, 2012.
- GODELIER Maurice**
Au fondement des sociétés humaines : Ce que nous apprend l'anthropologie, Albin Michel, 2010.
Métamorphoses de la parenté, Fayard, 2004.
- GOODY Jack**
La famille en Europe, Seuil, 2001.
- GUTMANN Raphaël**
Entre castes et classes, les communistes indiens face à la politisation des basses castes , Ed. de l'Harmattan, 2010.
- HEFEZ Serge**
Le nouvel ordre sexuel, Editions Kéro, 2012.
- HUA Cai**
Une société sans père ni mari. Les Na de Chine, PUF, 1997.
- IACUB Marcella**
L'empire du ventre, Fayard, 2004.
- LÉVI-STRAUSS Claude**
Histoire de la famille. I Mondes lointains, mondes anciens, Paris, 1986.
L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne, Coll. du XXème siècle, Seuil, 2011.
Les Structures élémentaires de la parenté. Paris, PUF, 1949 (rééd., 1967).
Le Regard éloigné, Plon, 1983.
- MANIER Bénédicte**
Quand les femmes auront disparu : l'élimination des filles en Inde et en Asie, 2008, La Découverte, 2008.
- MEHL Dominique.**
Les lois de l'enfantement. Procréation et politique en France, 1982-2011, Presses de Science Po, 2011
- OGIEN Ruwen.**
La vie, la mort, l'Etat. Le débat bioéthique, Grasset, 2009.

.PLARD Mary

Paternités imposées », Ed. Les Liens qui Libèrent, 2013.

.PULMAN Bertrand

Mille et une façons de faire des enfants, Calmann Lévy, 2010.

.QUÉRÉ France

La Famille, Editions la Table Ronde, Coll. Le petit vermillon, 2007.

.RIVIÈRE Claude

Introduction à l'anthropologie, 3^{ème} édition, Les Fondamentaux, Hachette, 2013.

.ROUDINESCO Elisabeth.

La famille en désordre, Fayard, 2002.

TERNAUX Catherine

La polygamie, pourquoi pas ?, Grasset, 2012.

THÉRY Irène

Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don, « Cas de figure », EHESS, 2010.

TOURNAY Virginie

Sociologie des institutions, PUF, 2011.

WEBER Florence

Le sang, le nom et le quotidien : une sociologie de la parenté pratique, Éd. Aux lieux d'être, 2005.

RAPPORTS

BOUCHARD Gérard et TAYLOR Charles

Fonder l'avenir. Le temps de la réconciliation. Rapport, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.

LITTÉRATURE et PHILOSOPHIE

BADINTER Élisabeth

L'amour en plus, Flammarion, 1980.

BAZIN Hervé.,

Le Matrimoine, Seuil, 1991.

BEAUVOIR (de) S,

Le Deuxième sexe I et II , Gallimard, 1949.

La force de l'âge, Gallimard, Paris, 1960.

Lettres à Nelson Algren, Gallimard 1997.

Lettres à Sartre, Tome 2, Gallimard 1990.

BRUCKNER Pascal.

Le mariage d'amour a-t-il échoué ?, Grasset, 2010.

CHESTERTON G.K.

Le monde comme il ne va pas (What's Wrong With the World, 1910), éd. L'âge d'homme, traduction 1994.

COMTE-SPONVILLE André.

Valeurs et Vérités Etudes cyniques, P.U.F., 1994

DIDEROT et D'ALEMBERT

L'Encyclopédie, [1751-1772], Pléiade, Gallimard.

ÉCO Umberto et CARRIÈRE Jean-Claude

N'espérez pas vous débarrasser des livres, Grasset, 2009.

EUGENIDES Jeffrey

Middlesex, Seuil, 2004.

FERRY Luc. et RENAUT Alain

Philosophie politique, 3^{ème} partie, « Des droits de l'homme à l'idée républicaine », P.U.F., 2007.

FOUCAULT Michel

Herculine Barbin, dite Alexina B, Gallimard, 1978.

FREUD Sigmund

Résultats, idées, problèmes I, 1890-1920, PUF, 1984.

GIRAUDOUX Jean

La guerre de Troie n'aura pas lieu (1935), Grasset, 2010,

HARTOY (d') Maurice

Dumas fils inconnu, Ed. Louis Conard, 1964.

HUXLEY Aldous

Le Meilleur des mondes, Plon, collection Feux croisés, 2013.

MAUPASSANT (de) Guy

Une vie, Hachette poche, publication originale 1883.

MAURIAC François

Thérèse Desqueyroux, disponible chez Grasset (coll. Les cahiers rouges), 1927.

OGIEN Ruwen, et TAPPOLET Christine

Les concepts de l'éthique, Faut-il être conséquentialiste ?, Hermann, 2008

PUJADE-RENAUD Claude

Dans l'ombre de la lumière, Actes Sud, 2013.

ROUSSEAU Jean-Jacques

Emile ou de l'éducation, [1762] Éditions Garnier-Flammarion, 2009.

SERRES Michel

La petite Poucette, Éditions le pommier, 2012.

VAILLANT Maryse (dir) et MORRIS Ariane

Encyclopédie de la vie de famille: les pys en parlent, Éditions de la Martinière, 2004.

VOLTAIRE

Dictionnaire philosophique, 1764, [Éditions Garnier-Flammarion 2010].

WINTER Kathleen

Annabel, Christian Bourgeois, 2013.

DIVERS

ANGLEVIEL Frédéric (dir.)

Les outre-mers français, Actualités et Etudes, Volume 1 – année 2012, Ed. L'Harmattan, 2012.

ARON Raymond

Etudes politiques, Gallimard, 1972.

BAUDOT D.,

L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage: la discussion après le Concile Vatican II, Università Gregoriana Roma, 1987.

BUTLER Judith.

Trouble dans le genre, La Découverte, 2005

CAPLOW Théodore

Deux contre un. Les coalitions dans les triades, éditions ESF, 1984.

DELIEGE Robert

Les castes en Inde aujourd'hui », Presse universitaires du septentrion, 2006.

FORESTER Viviane

Une étrange dictature, Fayard, 2000.

KAMARDINE Mansour

J'assume, Ed. Orphie, Coll. Autour du Monde, 2009.

LAMBERT Edouard

Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, Bibliothèque Dalloz 2005, réimpression de l'édition de 1921.

LOYSEL Antoine

Institutes coutumières, Maxime 130, Editions de Paris, 1846.

PIMPANEAU Jacques.

Chine : culture et tradition, Piquier, 1989.

PIQUART Julien

Ni homme ni femme, enquête sur intersexuation, Editions la Musardine, 2009.

POLIAKOV Léon

Le couple interdit, entretiens sur le racisme, Mouton, 1980.

VAILLANT Maryse

Encyclopédie de la vie de famille: les psys en parlent, Editions de la Martinière, 2004.

VERNET Daniel

L'Amérique messianique, Seuil, 2004.

CATALOGUE

Féminin masculin en Méditerranée», Coédition MuCEM / Editions Textuel, 2013.

RAPPORT

DAUPHIN Sandrine

« Bien-être de l'enfant, primat du maternage et égalité des sexes », Femmes-hommes : penser l'égalité, La documentation française, 2012.

SITES INTERNET CONSULTÉS

SITES INTERNET

<http://www.adoptioenefa.org>
<http://www.agence-biomedecine.fr>
<http://www.asmp.fr/presentation/institution.htm>
<http://www.ccne-ethique.fr>
<http://www.cdpcf.u-strasbg.fr/APallmgn.htm>
<http://www.cngof.asso.fr>
<http://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/rapport-mineurs-2010-def.pdf>
<http://www.cncdh.fr>
<http://conventions.coe.int>
<https://www.courdecassation.fr>
<http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/11/15/2011BCSC1588.htm#SCJTITLEBookMark3714>
<http://www.cridon-ne.org>
<http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/presse/communiqués-de-presse/pma-et-gpa-le-defenseur-auditionne-par-la-mission-dinformation-du-senat>
http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_127_fr.pdf
<http://www.echr.coe.int>
<http://eur-lex.europa.eu>
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5287_fr.htm
<http://www.europarl.europa.eu>
http://www.gisti.org/IMG/pdf/dp_459_c1-2013-ca_3-7-1.pdf
<http://gouvernement.fr/gouvernement/statut-civil-de-droit-local-applicable-a-mayotte>
<http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-et/actualites-53/article/l-acces-a-la-pma-pour-toutes-les>
<http://www.hominides.com/html/references/sexe-prehistoire-paleolithique-art.php>
<http://www.hrw.org/fr/news/2011/12/05/afrique-du-sud-les-droits-de-la-communaut-lgbt-ne-sont-pas-suffisamment-respect-s>
<http://www.hrw.org/fr/news/2011/09/07/tunisie-le-gouvernement-l-ve-ses-restrictions-concernant-la-convention-internationale>
<http://www.insee.fr>
<http://www.intersexualite.org>
<http://www.juricaf.org/arret/CANADA-COURSUPREME-20050331-2005CSC15>
<http://www.justice.gouv.fr>
<http://www.kbs-frb.be>
<http://www.lachambre.be>
<http://www.legifrance.gouv.fr>
<http://www.leginfo.ca.gov>
<http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/C-18.7/TexteComplet.html..>
<http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2004-10241/>
<http://ec.europa.eu>
<http://www.senat.fr/lc/lc223/lc2232.html>
<http://www.sts67.org>
<http://www.tnova.fr>
<http://treaties.un.org>
<http://scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html>
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm>
<http://www.vatican.va>
<http://www.vpb.admin.ch>

ARTICLES

CHRONIQUES

COMMUNICATIONS

CONTRIBUTIONS

ARTICLES, CHRONIQUES, COMMUNICATIONS, CONTRIBUTIONS

ALLAND D.

- « Ouverture : les mœurs sont-elles solubles dans le droit », *Droits : Revue française de théorie juridique*, 1994, Droit et mœurs, p. 3-9.

ATTANE I.

- « Les défis de la Chine : plus de filles, moins de personnes âgées », *Populations et sociétés* n° 416, INED, octobre 2005.

ATTIAS-DONFUT Cl.

- « Les grands-parents en Europe : de nouveaux soutiens de famille », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 55.

BAECHLER J.

- « Le concept d'identité », In *rev.Commentaire*, n°133,2011, p.93.

BEAUDOIN Ch.

- « La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ fam.* 2013. 366.

BIDAUD-GARON Ch.

- « Le mariage sans sexe... », *Dr. fam.* 2013. Dossier 18.

BLUM C.

- « Une controverse nataliste en France au XVIIIe siècle : la polygamie », *Population*, 53e année, n°1-2, 1998 pp. 93-112.

BOHANNAN L.

- « Hamlet chez les TIV », (trad. Jean Verrier) in *Revue des Sciences Humaines, Presse universitaires de Lille*, n°240, 1995, p.164.

BOICHÉ A.

- « Entrée en vigueur du règlement CE n° 4/2009 sur les obligations alimentaires *AJ fam.* 2011,n°5 p.236 et suiv.
- « Aspects de droit international privé », *AJF* 2013, p. 362.

BORILLO D.

- « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi » *Jurisprudence revue corrigée* 2011, p .263 à 274.

BOSSE-PLATIERE H.

- « L'avenir du droit de la famille : quelques conjectures », *Informations sociales* 8/2005 (n°128), p.38-51 et spéc. p.39.
- « Le pacte civil de solidarité à égalité avec le mariage ? » Note sous CE, 28 juin 2002, *JCP* 2003, I, n°101, p. 16.

BOULANGER D.

- « Aspect de droit international notarial du mariage pour tous » Journée d'information, Florilège automne 2013 consultable sur le site du Cridon Nord-Est <http://www.cridon-ne.org>

BOULANGER F.

- « L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance, *JCP. G.* n° 49, 30 novembre 2009, n° 504, pp. 14-17.

BOULENOUAR AZZEMOU M.

- « Recueil légal (Kafala) et droit(s) positif(s) » dans *La réception des institutions algériennes en droit français : la kafala* » : Dr. Fam., 2009, n°1, article n°3.

BOURGUIGNON O.

- « La dimension fraternelle », *Le journal des psychologues*, 2000, n° 183

BRAIBANT G.

- « Droit d'accès et droit à l'information », *Mélanges Charlier* 1931, p. 703 et A. Holleaux, "Les lois de la troisième génération des droits de l'homme: ébauche d'étude comparative", *R.F.A.P.* n° 15, 1930, p. 527.

BRUNELLE Ch.

- «La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans *La Charte des droits de la personne : Pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, page 372.

CADIER A.

- « Personne recherche personne »: a-t-on le droit de rester caché ? », dans M.-P. Poilpot, *Naissance et secret : le droit à ses origines*, Ramonville Saint-Agne, Erès/Fondation pour l'enfance, 1999, page 90.

CARBONNIER J.

- « L'avenir d'un passé », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 5, spéc. p. 10.
- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *Etude Ripert*, t.1, LGDJ, 1950, p. 325 et suiv.

CATTO M.-X.

- « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire *Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°3, juin 2013, p.111.

CHARPENTIER S.

- « Maintien des liens entre frères et sœurs : réflexions sur le nouvel article 371-5 du Code civil », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1998, p. 19-36.

CHÉNEDÉ F.

- « Les Grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers », *AJ Fam* Mars 2011, p. 156.
- « Adoption sur adoption ne vaut : un beau-parent, mais pas deux », *AJ Fam.* 2011, p.100.

CHEYNET DE BEAUPRÉ A.

- « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5.

CORNU G.

- « La famille unilinéaire », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, D. 1985. 137.

CRETNEY S.M.

- « Les familles recomposées en droit anglais », dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, LGDJ, 1995, p 151.

DECAUX E.

- « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatoire », pp. 81-119, in *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg (29, 30 et 31 mai 1997)*, Paris, société française pour le droit international, 1998. p. 83.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

- « Les sept voiles de la mariée », *RJPF*, 2008, 7-8/10.
- « Le droit de la famille en quête de sens », *Revue Projet* 3/2011 (n° 322), p. 33-40.
- « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ*, 1995, p.249.

DESAUX G.

- « Familles bouleversées, familles recomposées », *Sciences humaines, Hors série n° 7, Déc. 94/janv. 95*, p.6.

DIONISI-PEYRUSSE A.

- « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant concubin homosexuel et au "tourisme procréatif" » *D*, 2012, p. 1241.

DREYFUS-NETTER F.

- « Atteintes à la filiation », *Juris- Classeur, Fasc. 450*, 2002.

DORTIER J.-F.

- « Y a-t-il un instinct maternel ? », *revue Sciences Humaines, n°134, janvier 2003*.

DOUCET M.

- « Vers un nouveau statut parental », *AJ Famille, novembre 2012*, 543.

DUBARRY J.

- « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité », *RJPF* 2015-2/15.

ENRICH MAS M.

- « Article 12 », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, L. E. Pettiti, p. 446.

FAVIER Y.

- « Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir », p.11 ; *AJ Fam.* n°9, septembre 2009.

FENOUILLET D.

- « Le lien conjugal » ; *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p.58.
- « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de règle de droit », *Dr. Famille*, 2003, chron. 29.
- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » *Le droit privé à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487

FULCHIRON H.

- « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D*. 2013. Chron. 100.

FINE A.

- « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales contemporaines », in *La pluriparentalité*, 2001, sous la direction de D. Le Gall et Y. Bettahar, Paris, PUF, pp. 69 à 93

FOYER J.

- « *Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde* », Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde », 2005, Dalloz-Sirey, p.286

FREY M.

- « Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris (1846-1847) », In: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 33e année, N. 4, 1978. pp. 803-804.

FULCHIRON H.

- « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p. 464.
- « *Fraus omnia corrumpit* » *D.* 2014, 1162.
- « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine... », *JCP G* 3 déc. 2012, n°49, doct.1317.
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G.*, 2001, Act., p. 1033.

GAILLARD J.-P.

- « Le couple contemporain : entre institution et connexion », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux* 1/2009 (n° 42), p. 13-25.

GANNAGÉ L.

- « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, 318.

GARÉ T.

- « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant », Mélanges Huet-Weiller, 1994, LGDJ, p. 181.

GOBERT M.

- « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D.C.*, 1991, p. 489 et suiv.
- « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister » *JCP*, 1990, I, 3475, n°19.

GRANET-LAMBRECHTS F.

- « Les évolutions du droit de la famille », In. *Comment va la famille*, Cahier Français, 2012, n°371, p.50.
- « La législation allemande relative aux soins parentaux », consultable sur : <http://www.cd-pf.u-strasbg.fr/APallmgn.htm>
- « Quelles réforme en droit de la filiation ? », *Dr. fam.*, 1999, chron. 15 p.11.

GROSS M.

- « La responsabilité et l'engagement », *Archives de sciences sociales des religions*, 2012/2013, mis en ligne le 25 janvier 2013, <http://assr.revues.org/24227>.

GUITARD E.-H.

- « La durée de la vie dans l'Empire romain : M. T. Boccassini, *Confronto delia durata media di vita...* » *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1957, vol. 45, n° 154, pp. 144-145.

GOUTTENOIRE A ; et LAMARCHE M.

- « Mon grand-père veut épouser ma mère... la Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. fam.*, 2005, n° 11, novembre, commentaires, n° 234, p. 20.
- « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après ». Commentaire article par article, *Dr. fam.* 2009, n° 11, pp. 11-56.

HAMMJE P.

- « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*. 2011, pp. 291-338.

HALPERN C.

- « Maternité en révolution », *Revue Sciences Humaines*, hors série n°4, novembre décembre 2005.

HAUSER J

- « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe [et autres sujets] », *JCP N* 2013. 1164.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la Tortue d'Achille », *JCP G*, 2012, 1185.
- « un enfant en multipropriété ? », *RTD civ.*, 2011, p.337.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », In *Mélanges en l'honneur de François Terré, l'Avenir du droit*, Dalloz, PUF, Juris-classeur Dalloz, 1999, p. 441.
- « De l'adoption parentélaire à l'adoption blanche », *RTD civ.* 1998 p.893.
- « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille » In *internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, 1996, LGDJ, p.121 et s.

HENNETTE-VAUCHEZ St.

- « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, mai 2014. <http://revdh.revues.org/653>

HERVIEU N.

- « Bilan contrasté pour la périlleuse conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 23 avril 2012.

HILGER G.

- « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière » ; *LPA*, 17 juillet 2015, comm. G. Hilger, p.9.

HILT P.

- « Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins le respect ». *Revue d'actualités juridiques, L'Europe des Libertés*, n° 225, p.2-8.

HOLLEAUX A.

- « Les lois de la troisième génération des droits de l'homme: ébauche d'étude comparative », *R.F.A.P.* n° 15, 1930, p. 527.

HERITIER F.,

- « Famille - Les sociétés humaines et la famille », *Encyclopædia Universalis*.

HURSTEL F.

- « Penser la paternité contemporaine », 2004, *Revue La Pensée* n° 327, p.50

JACQUOT M.

- « Intersexuation, identité sexuelle et famille : du défaut d'assignation au défaut d'affiliation », *revue Recherches familiales* 1/ 2014 (n° 11), p. 75-84.

JAHEL S.

- « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *RIDC* Vol. 56 N°4, 2004. pp. 787-796.

JONES H.

- « Mariage et union libre dans la Rome antique », dans De Page Philippe, De Valkeneer Roland, L'union libre, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992.

KARMIS D.

- « Le « dissensus » québécois : l'affaire du Kirpan sous la loupe » dans l'Annuaire du Québec 2007 « Le Québec en panne ou en marche ? », publié par l'Institut du nouveau monde, éditions Fidès, p.138 à 145.

KESSLER G.

- « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2005, comm.16, notamment p. 15.

KOERFER P.,

- « Législation et pratiques européennes », *Le Journal des psychologues* 9/ 2011 (n° 292), p. 30-34.

KRAUS C.

- « Démédicaliser les corps, politiser les identités: convergences des luttes féministes et intersexués », *Nouvelles questions féministes (N.Q.F.)*, éditions Antipodes, édito, Vol. 27 n° 1, 2008, p.5.

KRENC F.

- « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004/57 p 111.

KYMLICKA Will.

- « La charia en Ontario - Est-ce la faute au multiculturalisme ? » dans le journal canadien, *Le Devoir*, du 10 septembre 2005.

LABROUSSE É.

- « Les mariages bigarrés, Unions mixtes en France au XVIIIe siècle », dans Poliakov Léon (dir.), *Le couple interdit, entretiens sur le racisme*, Paris, Mouton, 1980, page 161

LAGARDE P.

- « Droit international privé », in *European private law, Current status and perspectives*, 2011, edited by Reiner Schulze, Hans Schulte-Nölke p.249.

LARDEUX G.

- « Rome III est mort. Vive Rome III! », *D.* 2011, p. 1835.

LEBAILLY M.

- «Différences culturelles et risques géopolitiques: Esquisses de réflexion à partir de l'exemple coréen», *Les cahiers Irice*, 2010/2 n°6, p. 119.

LEBEL A.

- « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ fam.* 2013, p.122.

LEBORGNE A.

- « Pour la CEDH, l'empêchement à mariage entre beaux-parents et beaux-enfants porte atteinte au droit du mariage" - *Revue juridique personnes & famille*, 2005, n° 12, décembre, mariage, p. 18

LECKEY R.

- « Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi » : la reconnaissance des mères lesbiennes », *Droit et société* 2014/1 (n° 86), p. 115-132.

LECOURT E.

- « Comment la question de la perversion peut introduire à l'étude de la dimension sexuelle du fonctionnement psychique en situation groupale », *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2004/2 no 43, p. 113

LHERMOULD J.-Ph.

- « Les structures familiales en droit social communautaire », *Informations sociales*, Paris, CNAF, n°129, janv. 2006.

LEROYER A.-M.

- « La loi no 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, au présent et futur », *D.* 2013. 1697. Dossier Mariage : la réforme !, *AJ fam.* 2013. 332 s.

LEVINET M.

- « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage et conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz Sirey, 2009, pp. 55-80, spéc. p. 66.
- « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2004 (n° 57), p. 207-221.

LIENHARD C.

- « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », *AJ fam.* 2002. 128

LOMBOIS C.

- « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. p.323.

MARCHADIER F.

- « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », *D.* 2013, 152.

MALAURIE Ph.

- « Mensonge sur la virginité et nullité du mariage », *JCP. G.* n° 26, 25 juin 2008, act. 440.

MARGUENAUD J.-P.

- « Le droit civil français sous influence de la convention européenne des droits de l'homme » *RTDCiv* 1996 ; 505.

MASSIP J.

- « Le transsexualisme en tant que cause de la dissolution du mariage » - *LPA*, 2002, n° 85, 29 avril, p. 16.
- « La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs », *Def.* 1997, art. 36 616, p. 897-905.

MEULDERS-KLEIN M.-T.

- . « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992 pp.767 et s.
- .« Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et Société* 23/24, 1993, pp. 163-197, spéc. p. 164.
- .« Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique », dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-Conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p.287.

MILLARD E.

- « Famille et droit. Retour sur un malentendu », *Informations sociales*, 1999, 73/74 p.64.
- « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 381-412.

MILOT J.-R.

- « La polygamie au nom de la religion au Canada: l'islam est-il en cause ? » publié dans la revue *Cahiers de recherche sociologique*, no 46, septembre 2008, pp. 123-133. Montréal : Département de sociologie, UQAM. Liber, Éditeur. Un numéro intitulé : L'islam, l'Empire et la République.

MORIN Ch.

- « Le droit civil québécois: un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », 2005, *Droit de la famille (LexisNexis JurisClasseur)*, étude n° 12.

MORON-PUECH B.

- « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 » », *Rvdh revue en ligne*, mars 2015.

MULLIEZ J.

- « Père tonnant (de l'Ancien régime) Père aimant (de la révolution) », Dans « Des parents ! A quoi ça sert ? », *Revue Erès*, 2001, p. 9 à 23.

MURAT P.

- « Les époux sont dans de beaux draps » » *Dr. fam.*, 2008, repères 7.
- « Filiation et vie familiale » Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH (dir. F. Sudre), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22-23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, coll. « Droit et justice » : n°38, p. 161.
- « La loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, ou comment resurgit la question des droits de l'enfant », *Droit Famille*, Mars 1997, p. 4-7.

NEIRINCK Cl.

- « De la parenté à la parentalité », in *De la parenté à la parentalité*. 2001, Erès, p. 15 et suiv.
- « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013. Dossier 2.

NIBOYET M.-L.

- « Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes », *RIDC*, Vol. 58 N°1, 2006. pp. 27-46.

NICOLAS-MAGUIN M.-F.

- « Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile », *Droit et cultures*, 2006-1, p.123-132.

PERRIN S.

- « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* n°6, juin 2010, étude 16.

PINTO M.

- « L'écriture de la Déclaration universelle: Les lacunes et les compromis » in *La Déclaration Universelle des droits de l'homme. Avenir d'un idéal commun*, Paris, La documentation française, 1999, p. 183-186.

RABU G.

- « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique* 3/2008 (t. XXII, 3), p. 335-356.

RAULT W.

- « Entre droit et symbole, les usages sociaux du pacte civil de solidarité », *Revue française de sociologie* 2007/3 vol. 48, p.562.

REIGNÉ Ph.

- « Etat civil et transidentité. Etat des lieux et perspectives d'évolution, in Equality and Justice, Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century, Forum, 2011, p. 205.
- « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G.*, n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp. 1887.

RENCHON J.-L.

- « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », dans A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, pp. 269-332.

REVILLARD M.

- « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois* 15-30 août 2012, art. 40564, p. 743 et s.
- « Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *LPA*, 2011, n° 133, p. 3 et suiv.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Defrénois* 2013, p. 743.

REXAND-POURIAS N.

- « Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale », *JCP* 2003. I. 100.

RIEG A.

- « L'harmonisation du droit de la famille, Mythe ou réalité », *Mélanges Von Overbeck*, 1990, Fribourg, Editions universitaires p.486 et suiv.

ROBERGE H.

- « Premières réflexions sur les effets sociaux du mariage », *AJ fam.* 2013. 358.

ROCHFELD J.

- « Droits-fonctions versus droits subjectifs : *RTD civ.* 2002, p. 377 et s.

RODET M.

- « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'études africaines*, 187-188 | 2007.

ROUSSEL L.

- « La cohabitation juvénile en France ». In: *Population*, 33e année, n°1, 1978 pp. 15-42.
- « Tendances de désintégration dans la famille », in *La Famille, un défi face à l'avenir*, B. Schnyder ed. Fribourg, Editions Universitaires, 1982, pp.29-41.

RUBELLIN-DEVICHI J.

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP, G*, 1994, I, 3739.

RUDE-ANTOINE E.

- « Prévenir et lutter contre les mariages forcés : les mesures législatives et les actions politiques en Europe », dans « Le couple sous contrainte », *revue Dialogue* n°187, 2010 p. 99-110.
- « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, 71 | 1997, p 39-56.

SACHERI C.A.

- « La famille, institution juridique ? », Les Cahiers de droit, vol. 7, n° 2, 1965-1966, p. 166-177.

SEGALEN M.

- « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », In Cahier Français n° 371, 2012, La documentation française. p.3.

SERRES M.

- « La saine famille », Revue Etudes, 2013/2 tome 148, p 161.

SINDRES D.

- « Brèves réflexions autour de l'article 202-1, alinéa 2 du projet de loi « ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe », *LPA* n° 24, 1er février 2013, p.6.

SUDRE Frédéric

- « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p.24 et suiv.

TAORMINA G.

- « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », Recueil Dalloz, 2006, p.1071.

THERY I.

- « Le genre : identité des personnes ou modalité des relations sociales ? », Revue française de pédagogie, n°171, avril-mai-juin 2010, p.103 à 117.
- « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, p. 159-211.
- « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation », *Dr. fam.* 2013. Dossier 17.

VALLON S.

- « Qu'est-ce qu'une famille ? », *VST - Vie sociale et traitements* 1/ 2006 (no 89), p. 154.

VALORY S.

- « Le pacs donne-t-il naissance à un devoir de fidélité ? », *RJPF* 2003, p. 22.

VERDIER P.

- « A la recherche de ses racines », Revue Informations sociales, n°131, 2006, p. 60.

VERRET E.

- « Les enfants des Kibboutz », Revue française de psychologie, 1971, n°16, page 32.

VERSINI D.

- « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant, » In Rapport annuel pour 2006, la documentation française, 2006.

VIRALLY M.

- « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, dans *Problèmes de droit des gens* », Mélanges offerts à Henri Rolin, A. Pedone, 1965, pp. 488-505, spéc. p. 493.

WOEHLING J.

- « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill*, 325; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Réflexion sur la portée et les limites de l'accommodement raisonnable en matière religieuse*, 2005, note 4 p.15.

ZAJTAY I.

- « La Permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *R.I.D.C.* 1966, V.18, n°2, pp.353-363.

COLLECTIFS

AVIEZER O., VAN UZENDOORN M., SAGI A. and SCHUENGEL C.

- « Children of the Dream » Revisited: 70 Years of Collective Early Child Care in Israeli Kibbutzim, *Psychological Bulletin*, Vol 116:1, 1994, pp. 99-116.

BOSSE-PLATIERE, BOURGAULT-COUDEVILLE et DIGARD

- « Les relations de l'enfant avec d'autres personnes que ses père et mère », *Dr. et patr.* 2000. 71

DEVERS A. et FARGE M.

- « Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G.*, n° 26, 25 Juin 2012, 778

ELISSEEFF D. et CARTIER M.

- « Les Na : une structure familiale en marge » In: *Perspectives chinoises.* N°45, 1998. pp. 58.

FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch.

- « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *D.* 2014, n°31, p. 1773.

GAILLARD M., BOUGARD F., FELLER L., LE JAN R.

- « Dots et douaires dans le haut Moyen Âge », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 2004, vol. 82, n° 4, pp. 1065-1067.

GOUTTENOIRE-CORNUT A. et MURAT P.

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003. Chron. 1.

GRANET-LAMBRECHTS F. et HAUSER J.

- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, chr. p. 17.

IACUB M. et MANIGLIER P.

- « Les enfants de la ménopause », in *Famille en scènes, Autrement*, 2003, p. 104-105.

LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D.,

- « Panorama Droit des couples », *D.* 2013. P. 1089.

MILLION A. et DE RICHEMONT H.

- « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », *Les rapports du sénat*, n°421, juin 2008, p. 28-29.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M.

- « De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000.44, p. 2.

POILLOT-PERUZETTO S. et MARMISSE A.

- « Le droit international privé communautaire de la famille », *R.A.E.* 2001-2002, p.460.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

TGI

- TGI Paris, 11 octobre 1988, D., 1988, p. 275.
- TGI, Caen, 28 mai 2001, Dr Fam. 2002, comm. 42, note H. Lecuyer ; *LPA*, 2002, n° 85, 29 avril, note Jacques Massip, p. 16.
- TGI Lille, le 5 juin 2002, D., 2003, 515, note X. Labbee ; *RTD Civ.* 2003, p. 870, obs. Hauser ; Dr. famille 2003, n° 57, note B. Beignier ; S. Valory, « Le pacs donne-t-il naissance à un devoir de fidélité ? », *RJPF* 2003, p. 22.
- TGI, Bordeaux, 27 juillet 2004 : jurisData n° 2004-246467 ; *JCP G* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; D. 2004, p.2392, note E. Agostini, confirmé par la Cour d'Appel Bordeaux, 6^{ème} ch., 19 avril 2005 : JurisData n°2005-270040 ; Dr. Famille 2005, comm.124, note M. Azavant.
- TGI, Lille, 1er avril 2008, *JCP* n° 26, 25 juin 2008, p. 35, note G. Raoul-Corneil ; *AJ fam.* n° 7-8, juillet-août 2008, p. 300, note F. Chénéde.
- TGI Angers, 8 octobre 2009, ord. réf., n° 09/00568, D. 2010. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts, *A.J. Fam.* 2009, 455, Obs. Chénéde. Voir aussi F. Boulanger, « L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance, *JCP. G.* n° 49, 30 novembre 2009, n° 504, pp. 14-17.
- T.G.I. Angers, 26 avril 2010, n° 10/00171, Dalloz actualité, 21 mai 2010, note Le Douaron.
- TGI Paris, 22 février 2013, RG 12/35092, *AJ Famille*, avril 2013, note Inès Gallmeister.
- TGI, Chambéry, du 11 octobre 2013, n° 13/0163 : Juris-Data n° 2013-022324.
- TGI, Lille, 17 octobre 2013 ; JurisData n°2013-027517 ; Dr.Fam. 2014. Comm 4, obs. Neirinck.
- TGI Versailles, 29 avril. 2014, RG n° 13/00168, Dalloz actualité du 9 mai 2014 obs. T. Coustet ; *AJ fam.* 2014.244, obs. F. Chénéde.
- TGI, Tours, 2^{ème} ch., 20 août 2015 ; Dalloz. Actualité, 16 octobre 2015, note Thomas Coustet.

COUR D'APPEL

- Riom, 9 novembre 1978, jcp., 1979.II.19107, note G. Almairac.
- Pau, 19 février 1991, D. 1991, J, note Véronique Larribau-Terneyre, p. 380 et s., spéc. p.382.
- Versailles, 3 octobre 1996, D, 1998, somm.30, obs. Granet.
- Paris, 6 novembre 1997, D., 1998, 112, note Malaurie.
- Rennes, 24 janvier 2000, Juris-Data n°2000-110223 : *JCP G* 2000, IV, 2338 ; D. 2002. 2020, obs. F.
- Granet; *RTD Civ.* 2000. 819, obs. J. Hauser.
- Nîmes, 7 juin 2000, *RTD Civ*, 2001, n° 2, avril-juin, note Jean Hauser, p. 335.
- Rennes, 6^e ch., 2 septembre 2002, R.G. n° 00/05022

- Paris, 7 mai 2003, 1ère espèce, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 144, note A. Gouttenoire ; *RTD Civ.*, 2003, p. 494, obs. J. Hauser.
- Versailles, 8 juillet 2005 ; D. 2006.772 ; *AJ fam.* 2005 p 322 obs. Guez ; *RTD Civ.*, 2006, p. 93, obs. Hauser.
- Nîmes, 21 mars 2007, *Juris-Data* n° 2007-332022; *Droit Famille* 2007, comm. n°189, note L. Mauger-Vielpeau.
- Lyon, 29 janvier 2008, RG no 07/02819.
- Douai, 17 novembre 2008, *JCP*, 2009, II, note Ph. Malaurie ; Murat « Les époux sont dans de beaux draps » » *Dr. fam.*, 2008, repères 7 ; *RTD Civ.*, 2009, 98, obs. Hauser ; Dekeuver-Defossez, « les sept voiles de la mariée », *RJPF*, 2008, 7-8/10
- Angers, 1ère ch.B, 26 janvier 2011, n° 10/01339 ; *AJ Fam Mars* 2011, « Les Grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers, Note F. Chénede, p. 156
- Paris, 27 janvier 2011, RG n°10/02614.
- Versailles, ch. 1, Sect.1, 22 mars 2012, n° 11/03116, LPA 3 août 2012, note Alice Philippot, p.16
- Metz, 9 oct. 2012, n°12/00945.
- Limoges, 29 oct. 2012, n°11/01020 : *JurisData* n°2012-024283.
- Aix-en-Provence, 19 mars 2013, n° 2013/154. *Jurisdata* n°2013-007119 030235.
- Chambéry, 3e ch., 22 octobre 2013, n° 13/02258 : *Juris-Data* n° 2013-022910, *Dr. fam.* 2013, n° 12, comm. 158, note J.-R. Binet ; D. 2013, *AJ*, p. 2464, *JCP* 2013, 1159, act. Alain Devers, *JCP* 2013, 1233, act. F. Boulanger.
- Douai, Ch. 07 Sect. 02, 19 décembre 2013 — n° 13/00009. *Jurisdata* n°2013-030235.
- Pau, 16 déc. 2013, n°13/00907 : *JurisData* n° 2013-032537 ; *Dr. fam.*, mai 2014, n°5, *Comm.* Florence Brus.
- Limoges, ch. civ., 2 mars 2015, n° 14/01060 : *JurisData* n° 2015-004094.

COUR DE CASSATION

- Cass. civ. 30 mai 1838, *Bouvier Juris. Générale V° Mariage*, n°82 *Sirey* 1838, 1, 492.
- Cass. civ 1^{ère}, *Lautour*, 25 mai 1948 ; *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5ème édition, 2006, n° 19, p. 168, *RCDIP* 1949, p. 89, note *Batiffol* ; D. 1948, p. 357, note P. L.-P. ; S. 1949, 1, p. 21, note *Niboyet* ; *JCP G* 1948, II, 4532, note *Vasseur* ; *GAFDIP*, n°19.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963, *Appieto*, *Bull. civ. I*, n°506 ; *JCP* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964. 286 obs. *Desbois D.* 1964, note G. Raymond.
- Cass. crim., 10 juin 1975, *Bull. crim. no 161* ; D. 1975.679, note A. Tunc.
- Cass. civ. 1^{ère} ch., 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c/ Dame Bouzama*, *Bull. civ.*, 1980, I, p.3, *RCDIP* 1980, p331, note *Batiffol*.
- Cass. civ 1^{ère}, 21 juillet 1987, 85-15.521.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1988, *Baaziz*, *Rev. crit. D.I.P.* 275, note *Lequette*.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1er mars 1988, *Senoussi*, *R.* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann, *D.* 1988. 486, note J. Massip ;

- Cass. civ. 1^{ère}. 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 112; D. 1989. 477 note Hauser ; Gaz. Pal. 1990. 1. 131 note Massip ; D. 1989, J. p.477, note J. Hauser.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, JCP, 1990, II, 21526, D. 1990, 273, rapport Massip ; JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux.
- Cass. civ.1^{ère}, 21 mai 1990 ; JCP,1990,II,21588, rap. Massip, concl. Flipo ; *RTD Civ*, 1991,289, obs. Hauser ; M. Gobert, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister » *JCP*, 1990, I, 3475, n°19.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *Akla*, R. 1991. 594, 1^{ère} esp., note P. Courbe, D. 1990. som. 263, obs. B. Audit ; 26 juin 1990, R. 1991. 594, 2^e esp., note P. Courbe.
- Cass. crim., 30 mai 1991, B.,n°232, p.591 ; JCP, 1991,II, 21720, note Mémeteau, Dr. pénal. 1991, 255, obs. Véron ; Gaz. Pal., 1992, 1, 17 ; Rev. sc. crim. 1992, 74, obs. Levasseur.
- Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. n° 4, D. 1991, Jurisp. p. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; J.C.P.G. 1991, II, n° 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. Terré ; *RTD Civ*. 1991, p. 517, obs. D. Huet –Weiller et p. 489, note M. Gobert ; JCP, 1991, I, 3547, Chr. J. Rubellin-Devichi, Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert.
- Cass. civ., Ass. plén., 31 juillet 1991, Bull. civ., n°4, M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D.Civ.*, 1991, p. 489 et suiv. ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D.Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, note Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs.J.-L. Aubert ; *RTD civ*. 1991, p. 517, obs. D. Huet –Weiller et p. 489, note M. Gobert ; *J.C.P.*, 1991, I, 3547, chr. J. Rubellin-Devichi)
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1992, *Nori*, R.1993. 269, note P. Courbe, *JCP* 1993. 22138, note J. Déprez, D. 1993. 476, note K. Saidi, *Defr.*1993. 35484, note J. Massip ;
- Cass. Ass. plén., 11 déc.1992, n° 91-11.900, JCP 1993. II. 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1993, 1.180 ; *RTD civ.*1993.325, obs. J. Hauser.
- Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril. 1994, n 92-16.884 : JurisData n°1994-001158.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1er juin 1994, *El-Madani*, R. 1995. 105, 2^e esp., note J. Déprez, D.1995. I. 263, note J. Massip, *Defr.* 1995. art. 36024, note J. Massip.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, *Asfi*, R. 1995. 104, 1^{ère} esp., note J. Déprez ; 13 déc. 1994., *Yjyou*, J. 1995. 343, 1^{ère} esp., note Ph. Kahn.
- Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Kari*, R. 1995. 569, note J. Déprez, J. 1995. 343, 2^{ème} esp., note Ph. Kahn.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1995, D. 1996 som. 170, obs. B. Audit, *G.P.* 1996. 2. panor. 166, *Defr.* 1996. 36354, obs. J. Massip.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1995, *Fazouane*, Bull. civ. I, n° 469, p. 32.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, D. 1997. 400, note M.-L. Niboyet ; JDI 1998 p.110 note Kahn.
- Cass. soc. 17 décembre 1997, *Vilela c/ Madame Weil*, D. 1998, p 111, conclusions Weber, note Auber.
- Cass. civ. 2^{ème}, le 19 novembre 1998, Note J. Massip Def. 1999, art. 36 998, p. 684-685, n° 33.
- Cass. civ 1^{ère}, 3 février 1999, D. 1999, p. 267, rapport X. Savatier et note J-P Langlade-O'Sughrue ; Defrenois 1999, p. 680, obs J. Massip et p 738, note D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip ; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M.C. Monsallier-Saint-Mieu.

- Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *Douibi*, RCDIP, 2001. p.709, note critique L. Gannagé ; *D.* 2001. 3378, note critique M.-L. Niboyet ; *LPA*, 2002. 11, note P. Courbe.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *AJ fam.* 2002 p.26, obs. S. Deis ; *JCP* 2001 IV n°2894 ; *D.* 2002 JP p.1097, note F. Boulanger ; *LPA* du 28 février 2002 n°43 p.21, note J. Massip.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004. *Bull.*, I, n° 2, p. 2, in : *Le Dalloz*, 12 février 2004, n° 6, *Jurisprudence*, p. 362-367 ; *JCP*, 2004,I, 109, obs. Rubellin-Devichi; Fenouillet, "L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de règle de droit », *Dr. fam.*, 2003, chron. 29.
- Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004, arrêt n°519 pourvoi n° 03-11.238 ; *D.* 2004, J, p.3175 ; *LPA* 2005, n° 112, p.17, note S. Pimont ; *AJ Famille*, janvier 2005, p.23, note F. Bicheron.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n° 03-20.235 : *JurisData* n°2005-027490.
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20613, *Bull.* I, n°211 et 212, p. 179 et 180 ; *D.* 2005 p.1909, note Egea; *D.* 2006 p.1487, note Courbe; *JCP* 2005 II. 10015, concl. C. Petit, note Chabert.
- Cass., civ 1^{ère}, 14 février 2006 : *Bull. civ.* I, n° 73 ; *D.* 2006, 1029, note Kessler ; *Dr. famille* 2006, comm. n° 107, note Murat.
- Cass.,civ 1^{ère}, 28 février 2006,*Bull.* I, n° 113, p.105. *Recueil Dalloz*, 2006, n° 34, page 2379 note Solange Mirabail, *RTDCiv*, avril-juin 2006, n° 2, chroniques-13, p. 285-286.
- Cass. civ 1^{ère}, 7 avril 2006, *AJFam.*, 2006, p.p. 250-251, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.*, 2006, p.p. 292-293, note Jean Hauser ; *RJPF*, 2006, 6/38, analyse M.-C. Le Boursicot ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2097, comm. M.-C. Le Boursicot ; *Dr. fam.*, 2006, comm. 124, note Pierre Murat.
- Cass. 20 juin 2006, *Bulletin* 2006 I N° 312 p. 270 ; *Dr. Fam* 2006, comm. N°155, note V. Larribeau-Terneyre ; *A.J. famille*, 2006,p.324, obs.F. Chenede ; *RJPF* 2006, n° 9/49, obs. S. Valory.
- Cass. civ.1^{ère}, 13 mars 2007,B.,n°113,p.98 ; Defresnois,2007,781,obs Massip ; *D.*, 2007,935, obs. Gallmeister, ; *Dr. Famille*, 2007,76, note Azavant.
- Cass. civ. 2^{ème} civ., 12 juillet 2007 N° de pourvoi: 06-16869, *Dr. Fam.*, 2007, comm 171.
- Cass.civ.1^{ère}, 11 juin 2008, arrêt n° 07-11.425 *D.* 2009. Pan. 1924, obs. Gouttenoire et Bonfils.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet. 2008 : *JurisData* n°2008-044817.
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv.2009, n°08-11.035, *D.* 2009.*AJ* 372, obs. Egéa ; *D.* 2009.Pan. 1918, obs. Gouttenoire et Bonfils; *AJ fam.* 2009. 128, obs. Brusorio-Aillaud; *Dr. fam.* 2009, no 41, obs. Murat.
- Cass., civ 1^{ère}, 8 juillet 2009, 08-20.153; *LPA* du 1er et 2 juin 2009, note F. Dekeuwer-Defosse; *JCP G.*, n° 31-35, 27 juillet 2009, *Jurisp.*, n° 152, note Yann Favier, "Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir", p.11 ; *AJ Fam.* n° 9, septembre 2009, *Jurisp.*, note François Chénéde, "Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X", p.350-351 ; *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2009, comm. n° 108, note Pierre Murat "Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite", p.28-29, et n° 114, note Ingrid Maria "Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie", p.35-36 ; *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, sept-oct 2009, *Actualités*, p. 972 à 975, note Thierry Tauran ; *Revue juridique Personnes et famille*, n° 9, septembre 2009, note Marie-Christine Le Boursicot "Pas de grands-parents sans parents", p.25 à 27 ; *D.* n° 29, 3 sept. 2009, *Actualité jurisprudentielle*, p. 1973-1974, note C. Le Douaron,"Accouchement sous X, adoption et défaut de qualité pour agir", et *Revue Procédures*, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 321 , note Méлина Douchy-Oudot "Enfant né sous X : intervention volontaire des grands-parents biologiques", p. 27-28.
- Cass. civ 1^{ère}, 27 mai 2010, arrêt n°09-65.838

- Cass. civ.1^{ère}, 8 juillet 2010, n°08-21 740, Dalloz actualité, 13 juillet 2010, obs. Gallmeister, *RTD civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser.
- Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108, *D.* 2010. 2365, obs. M. Léna, 2011. 35, obs. P. Brun et 124, *chron. L. Lazerges-Cousquer ; AJ pénal* 2011. 27, étude C. Ambroise-Castérot ; *RTD Civ.* 2011. 132, obs. P. Jourdain.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, *Epoux Menesson c. Ministère public, RCDIP* 2011, 722 (1^{er} esp.), note P. Hammje, *D.* 2011, 1522 (1^{ère} esp.), note D. Berthiau et L. Brunet et 2012, pan. 320, obs. J.-C. G., *AJ Famille*, 2011-5, note F. Chénéde et B. Haftel, La Cour de cassation a confirmé sa position sur ce sujet par deux arrêts en date du 13 septembre 2013 : Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013 (n°12-30138 et 12-18315) *D.* 2013, Act., 2170, *D.* 2013, 2377, avis C. Petit, *D.* 2013, 2384, note M. Fabre-Magnan, *JCP* 2013, 985, note A. Mirkovic.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n°116.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26066, n°1389, *LPA*, 7 février 2014, p. 9, note J.-M. Hisquin ; *D.* 2013, *AJ*, p. 1913, *JCP* 2014, 96, note M. Lamarche.
- Cass. civ.1^{ère}, 28 mai 2014, n° pourvoi : 12-29.803.
- Cass, civ.1^{ère}, 28 janvier 2015 n°13-50.059. *AJF* 2015, 172, obs. A. Boiché ; *Dr. fam.* 2015, *Comm.* 63, A. Devers et M. Farge ; J. Dubarry, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité », *RJPF* 2015-2/15 ; H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p. 464 ; L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, 318 ; *D.* 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2015, *comm.* 6, J. Guillaumé et S. Godechot-Patris ; *RTD Civ.* 2015, p. 359, obs. J. Hauser ; *RLDC*2015-6/38, A.-A. Hyde ; *LPA* 2015, n° 42, p. 6, V. Legrand ; *D.* 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; J.-G. Mahinga, *LPA* 2015, n° 37, p. 6 ; *JDI* 2015, *comm.* 8, B. Mathieu *RTD Civ.* 2015, p. 91, P. Puig ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2015, n° 83, p. 37, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *Defrénois* 2015, n° 8, p. 450, M. Revillard ; *RTD Civ.* 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *JDI* 2015, *comm.* 7, Th. Vignal.
- Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 619 (14-21323) et n°620 (15-50002) ; *LPA*, 17 juillet 2015, *comm.* G. Hilger, p.9. ; *JCP G* 2015, 965, A. Gouttenoire.

CONSEIL D'ÉTAT

- C.E., ass., 8 décembre 1978, req. n° 10097, 10677 et 10979, *GISTI et autres*, rec. lebon, pp. 493-507, *concl. dondoux ; AJDA*, 1979, pp. 38-39, *chron. générale de jurisprudence administrative française*, obs. J. Dutheillet de Lamothe et y. Robineau.
- CE., 23 novembre 1984, *M. Roujansky et autres*, Recueil Lebon, p. 383, Lachaume, *Annuaire français de droit international*, volume 31, 1985. p. 943.
- CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n°286798, *AJDA* 2008 p. 2013 note Philippe Crestia.
- CE, Ass., 28 juin 2002, *M. Villemain*, n°220361 ; *AJDA*, *chron.* F. Donnat et D. Casas, p. 586 ; Hubert Bosse-Platière, « Le pacte civil de solidarité à égalité avec le mariage ? » Note sous CE, 28 juin 2002, *JCP* 2003, I, n°101, p. 16.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, Série A n°24; *GACEDH*, n°7.
- CEDH, 1er mars 1979, *Van Oosterwijck c/ Belgique* - Requête 7654/76, rapport de la Commission du 13 mars 1979, Rapport européen sur les droits de l'homme (E.H.R.R.) 3 (1981) 557, 581-591 p.52.
- CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c/ Belgique*, série A, n° 31, Frédéric SUDRE et al. *Grands arrêts CEDH*, Paris, PUF, 2005, p. 370 ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland.
- CDEH, 13 octobre 1979, *Hamer c/ Royaume-Uni*, requête n°7114/75. D.R. 24 p.5.
- CEDH, 7 juillet 1986, *Janis Khan c/ Royaume-Uni*, req. n° 11579/85 ; *Déc.et Rapp.* 48, pp. 256-257.
- CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A. n°106, *J.D.I.*, 1987, 796, chron. P. Rolland.
- CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston et al. c/ Irlande*, Série A.n°112 ; *AFDI*, 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère ; *J.D.I.*, 1987, 812, obs. P. Rolland; *C.D.E.* 1988, p 467 et 474, note G. Cohen-Jonathan, *GACEDH*, n°41, p. 555.
- CEDH, Ass. plé., 18 décembre 1987, *F. c/Suisse*, Req. n° 11329/85 ; *C.D.E.* 1988, note G. Cohen-Jonathan, p. 475 ; *J.D.I.*, 1988, p 892, note P. Rolland et P. Tavernier.
- CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France* ; série A n° 232-C;D. 1992, *Somm. Comm.*, p. 325, obs. Renucci et I.R. 129, *JCP. G.* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *JCP. G.* 1993. I. 3654, n°19, obs. F. Sudre ; *D.* 1993, 101, J.-P. Marguénaud ; *RTD. civ.* 1992, 540, obs. J.Hauser et Huet-Weiller; *RTDH* 1993, 483, obs. O. Pettiti ; *D.* 1992, chron. p.323 de C. Lombois.
- CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, Série A 251-B; *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, p. 483.
- CEDH, du 22 novembre 1995, *CR et SW c/ Royaume-Uni* ; *RTD Civ.* 1996, p.512, chron. J.-P. Marguenaud.
- CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, série A, n°280-B: *JCP. G.* 1995. I.3823, n° 31, chron. F. Sudre; *R.T.D.H.* 1995.53, note P. Georgin; *RTD Civ.*1994, p .563, obs. J.Hauser.
- CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande* , série A no 290; *JCP.*, G 1995, I, 3823, no 32, obs. F. Sudre.
- CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, A.297-C : *JCP. G.* 1995. I. 3823, n° 42, obs.F. Sudre.200
- CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, Série A, no 303-C.
- CEDH, 24 octobre 1996, *Guillot contre France*, *JCP G* 1997, I, 4000, obs. F. Sudre.
- Arrêt du 22 avril 1997, *X.Y.Z. c/ Royaume-Uni*, *JCP G*, 1998, I, 107, n°36, obs. F. Sudre ; *D.* 1997, jurispr. p. 583, note Sylvain Grataloup ; *D.* 1997, somm. p. 362, obs. Nathalie Fricero ; *Defrénois* 1998, art. 36753, p. 311, n° 7, obs. Jacques Massip. 163
- 10 juillet 1997, *Di Lazzarro c/Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, *DR 90-A*, p. 134 ; *Rtdh*, 56/2003, note M-T Meulders-Klein, p. 1198.

- CEDH, 1er févr. 2000, *Mazurek c/ France*, req. n° 34406/97 ; Dr. fam. 2000, n° 2, p. 20, obs. de Lamy ; JCP 2000, II, n° 10286, note Gouttenoire-Cornu et Sudre ; D. 2000, Jur. p. 332, note Thierry ; Dr. et patrimoine, mai 2000, p. 56, note Stoffel-Munch ; Defrénois 2000, art. 37179, obs. Massip ; LPA, 10 mai 2000, p. 11, note Hocquet-Berg, et 5 juill. 2000, p. 18, obs. Massip ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. Marguénaud, et p. 601, obs. Patarin ; RJPF 2000/3, p. 50, note Casey).208
- CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France* ; RTDH, 2002, p.223,obs. L. Sermet, J.C.P., II, 10578, 2001, p. 1573, note F. Sudre.
- CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c/ Italie* ; JCP G 2002, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre ; RTD civ. 2001, p. 986, obs. J.-P. Marguénaud ; RTDH 2002, p. 463, note J.-P. Costa ; RCDIP 2004, p. 106, note L.-L. Christians.
- CEDH, Grande chambre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions, 2002-VI, p. 79 ; Dr. fam. 2002, comm. n° 133, obs. A. Gouttenoire.
- CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, RTD Civ 2002, 866, Obs. J-P Marguenaud, RTD Civ, 2002, 795, obs. J. Hauser, JCP, G, 2002, I, 157, n° 13, chron. F. Sudre ; Arrêt Odièvre c/ France, Cour EDH, 13 févr. 2003 : JCP. G. 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; Dr. fam. 2003, comm. n° 58, note P. Murat ; R.T.D.civ. 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; Dr. fam. 2003, chron. 14, obs. H. Gaumont-Prat ; JCP. G. 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; R.T.D. civ. 2003, p. 276, obs. J. Hauser;R.J.P.F. 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; D. 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; RTDH 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet
- CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, JCP G 2002, II, 10074, pp. 885-890, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; JCP G 2002, I, 153, chron. Droit international et européen, n° 3, p. 1347, obs. A. Marmisse ; RTD civ. 2002, chron. Sources européennes, pp. 389-393, obs. J.-P. Marguénaud ; RD sanit. soc. 2002, pp. 347-348, obs. F. Monéger.
- CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/Royaume-Uni*, D, 20033, note Chevent-Leclere ; Dr.famille, 2002, comm.10, note Gouttenoire-Cornut ; RTDCiv, 2002,782, obs. Hauser, 862, obs. Marguenaud ; Defresnois, 2003, 1077, obs. Massip ;JCP,2003,I, 101, chron. Rubellin-Devichi.
- CEDH, 5 novembre 2002, *Yousef c/ Pays-Bas*, n° 33711/96: Rec. CEDH 2002, VIII.
- CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*; D. 2003. 2278, obs. L. Burgorgue-Larsen ; J.C.P. 2003, G., I, 160, p 1573, n°16, obs F. Sudre.
- CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et a. c/Turquie*; n°44774/98 Michel Levinet « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », Revue française de droit constitutionnel 1/2004 (n° 57), p. 207-221 ;JCP,2003,I,160,n°15, chron. Sudre.
- CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France* : JCP. G. 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; JCP. G. 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; RTD Civ. 2003, p. 276, obs. J. Hauser; R.J.P.F. 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; D. 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; RTDH 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet ; LPA, 2003, n° 116, 11 juin, jurisprudence, p. 11, note Odile Roy.
- CEDH, 17 février 2005, *Ka Ad c/ Belgique*, req. n° 42758/98 ; JCP 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; RTD Civ. 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; D. 2005, chron.2973, M. Fabre-Magnan; RDP, 2006,805, chron. Levinet.
- 13 septembre 2005, *B.L. c/ Royaume-Uni*, req. n° 36536/02 ; Dr. fam, 2005, comm. n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; JC. G. 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; D.2006, pan. p. 1418, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.
- CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01.
- CEDH, 13 oct. 2006, *Jäggi c/ Suisse*, § 25, RTD civ. 2006, 727, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD. civ. 2007, p. 99, obs. J. Hauser.

- CEDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, R.D.S.S. 2007, 810, note D. Roman ; *RTD Civ.* 2007, p.295 ; B. Mathieu, « Non violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP, G*, 2007, II, 10097 ; *GACEDH*, p. 26.200
- CEDH, 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*; *Rev. sc. crim. Dr. pén. Comp.*, 2008, 160, chron. J.-P. Marguénaud ; *JCP, G*, 2008, I, 110, obs. F. Sudre.
- CEDH, 13 décembre 2007, *Emonet et autres c/ Suisse*, n° 39051/03.
- CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c/ France*, req. n°43546/02 ; *JCP. G.* 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *R.J.P.F.* 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA*, 2008, n° 28, p. 9, comm. F.Chaltiel ; *RTD. civ.* 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, 2008, n° 145, p. 15, note F. Dekeuwer-Défossez.+196
- CEDH, gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, aff. n° 13378/05.
- CEDH, 17 juillet 2008, *X c. Croatie*, n° 11223/04, *JCP famille* septembre 2008 n°9, veille par *M. Bruggeman*
- CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/. Autriche*, n° 30141/04, rejet de la demande de renvoi devant la Grande Chambre le 22 novembre 2010, rendant définitif l'arrêt du 24 juin. Arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 22 juin 2010 : *JCP. G.* 2010, 1013, obs. H. Fulchiron ; *RTD Civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2010, n° 10, Comm. n° 143, note E. Lagarde ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, *Etude* n° 10, n° 1, obs. A. Gouttenoire. 163+193
- CEDH, 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, requête 57813/00. Nicolas Hervieu, « Recul de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 6 novembre 2011 ; Commentaire Xavier BIOY, chronique « Santé et bioéthique » de la Revue « Constitutions » (Daloz), juillet 2010.
- CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, Requête no 25951/07; A. Gouttenoire et F. Sudre, « La conventionalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP G* 2012-19, p 589, note F. Sudre et A. Gouttenoire ; A. Dionisi-Peyrusse, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant concubin homosexuel et au " tourisme procréatif" » *D*, 2012, p. 1241.
- CEDH, 4 oct 2012, *Harroudj c/ France*, req. n°43631/09; *Dr. fam.*, 2012 Comm 167 obs. M Farge ; F. Chaltiel « la vie familiale devant la CEDH », *L.P.A*, 16 avril 2013, p.8
- CEDH 26 juin 2014 *Menesson c/France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, req. no 65941/11 , *D.* 2014, p. 1797, note J.F. Chénéidé, p. 1806, note L. D'Avrout, p. 1811, note A. Boujeka, *JCP* 201, 877, note A. Gouttenoire; H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regards prospectifs sur les arrêts Labassée et Menesson de la CEDH du 26 juin 2014", *D.* 2014, p. 1773 ; *Dr. Famille* 2014, com. 128, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2014, doct. 832, n°10 obs. Sudre ; *JCP G* 2014, act. 827, obs. B. Pastre-Belda.
- CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c/ Turquie*, n 14793/08 ; Benjamin Moron-Puech, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *Rev dh*, mars 2015 ; *Daloz Actualités*, Transsexualisme : la conversion sexuelle est un droit de l'homme, Thomas Coustet, 19 mars 2015.

COUR de JUSTICE des COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE, 28 octobre 1975, *Ruttilli c/ Ministre de l'Intérieur*. Affaire 36/75, Rec. p. 1219 : *RTDE*, 1976, pp. 141- 144, G. Lyon-Caen ; cah. Dr. eur. 1976, pp. 58-67, C. Tomuschat ; *RMC*, 1976, pp 201- 223, D. Simon ; *RCDIP*, 1976, pp. 301-318, L. Dubouis.
- CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, Rec. 1989, p. 2609.
- CJCE, 17 février 1997, *Grant c/ south-West trains Ltd*, req. n° 43631/09 Affaire C-249/96, Rec. p.621 ; *RTDH*, 1999, p.399 note Lenoir.
- CJCE, 27 février 1997, *Van den Boogaard c/ Paula Laumen*, aff. C-220/95, Rec. I, p.1147, *RCDIP*, 1998, p. 466, note G. Droz.
- CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk c/. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Aff. C184/99, point 31 Rec. p. I-6193 ; Europe, novembre 2001, p. 5, comm. 316, Y. Gautier ; Rev. dr. UE, 2001, n° 4, pp. 1008-1010, A. Alemanno.
- CJCE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-122/99 P et C-125/99, Rec. P. I-04319 ; D.,2001, p. 3380, note A. Devers et C. Nourissat.
- CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello c/ Belgique*, Arrêt C-148/02, D. 2004. p.1476-1479 note M. Audit, *JDI* 2004. P.582-584, note M. Luby, *AJDA*, 2004, p. 320-321, J.-M. Bêlorgey ; *R.C.D.I.P.* 2004, p. 192-202, P. Lagarde ; *RTD Civ.* 2004, p.62-63, J. Hauser.173
- CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c/ National Health Service Pension Agency and Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. p. I-00541; A.J.D.A., 2004, p. 321, J.-M. Bêlorgey ; D. 2004, jur., p. 979-983, Ph.Icard ; Europe, 2004, comm., n° 75, p. 19 ; *RTD Civ.*, 2004, p. 266-267, obs Hauser ; *RTDciv.* 2004, p.373-375, J.-P. Marguénaud et J. Raynard.
- CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski c/ Tampereen Kaupunki*, affaire C-116/06 .
- CJCE, 1er avril 2008, *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Affaire C-267/06 *JCP G* 2008, II, 10143, note A. Devers et F. Viangalli ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 92 Obs. A. Devers ; *Dr. soc.*,2008, p. 712-716, J.-P. Lhernould ; *AJDA*, 2008, p. 872-873 ; Europe, 2008, comm. n°150, p. 13, L. Driguez ; D. 2008, p. 1873-1876, C. Weisse-Marchal ; *JCP, soc.*, 2008, n°1416, p. 39-41, J. Cavallini.
- CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *RCDIP*,2009, 80 note P. Lagarde ;. *Dr. fam.* 2009 comm. 50, pp. 46-48, note F. Viangalli ; D. 2009, pp. 845-848, F. Boulanger.
- CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, aff. C-168/08, J.O. n° C 220/11, du 12 sept. 2009 : *RTDE*, 2010, pp. 769-774, note P. Lagarde ; *AJ fam.* 2009, n° 9, p.348, obs. A. Boiché.

COUR de JUSTICE de l'UNION EUROPÉENNE

- CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci et a c/ Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11. *RTDE*, 2012. 23, étude S. Platon ; *ibid.* 398, obs. F. Benoit-Rohmer ; *AJDA* 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *D.* 2012. 390, chron. O. Boskovic.
- CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi*, n° C-34/09, D. 2011. 1325, note S. Corneloup ; *JCP* 2011, act.318,obs. F. Picod ; Europe, 2011, comm. 149, obs. A. Rigaux.
- CJUE, 18 mars 2014, *CD. c/ S.T.*, Aff. C-167/12 et *Z. c/ A Government Department and the Board of Management of a Community School* Aff. C-363/12 ; Lire l'article de Stéphanie Hennette Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, mai 2014. <http://revdh.revues.org/653>.

AUTRES JURISPRUDENCES

COUR SUPRÊME DE CALIFORNIE

- 20 mai 1993, *Johnson c/ Calvert*, No. S023721., 851 P.2d 776 5 Cal. 4th 84 (1993) citée dans l'Etude de législation comparée n°182 – janvier 2008 – <http://.senat.fr>.

COUR SUPRÊME DU CANADA

- 8 décembre 1994, *Dagenais c/ Société Radio-Canada*, 3 R.C.S. 835, 877;
- 31 mars 2005, *Gosselin (Tuteur de) c/ Québec (Procureur général)*, C.S.C. 15. n°29298.

INDEX

A

Accommodement raisonnable 191-193,196-198

Adoption 19,34,37,126-132,135-136,273-275, 519-52

Adoption et beau-parentalité 466-470

Adoption et PMA 132

Adultère 17,

Afrique du Sud 161-167

Anonymat des dons 124-125,418-429, 595-598

Accouchement sous x 124, 394, 418, 421-429

Autorité

maritale 34,38-39

parentale 483-484, 487-497, 555

paternelle 38-39,43, 481

Avortement 51

B

Baruya 144

Belle famille 93-97

Beaux-parents 62, 95,97, 442, 462-484, 556

En Europe 471-476

Bigamie 90

Burqa 182-184

C

CESDH 199, 258,263-268,276-277

Communautarisme 185-186

Concubinage 17, 91,105-110,309,311

Conseil de l'Europe 235

Consensus européen 289-291

Charte européenne 199

Coopération judiciaire 252-257

Couple 77 suiv. 308-311, 533-534

Couple parental 92, 459-461, 490

D

Divorce 13,16,32,40,42,46,268,309,325, 542-543

Rome III 257

Droit de la famille 64,66,68,137,293-294, 504-505, 508-511 625

Influence Européenne 243-246,247-251

Droit des femmes 45

Droit de fonder une famille 269-275

Droit de l'homme

Bioéthique 203

Charia 216

Internationalisation 22

Réserves 205-207

Universalité 220

Droit québécois 187-197

Droit de se marier 264-267

Droit du sexe 297-301,324,333

Consentement 303

DUDH 199-201,204,215-218,221, 574

E

Égalité dans le couple 24,31-33,36, 38 39, 68, 206, 207,218

Enfants incestueux 227,395, 412-417

Enfants naturels 29,35,37,47

Enfants adultérins 279

Engagement parentale 393

F

Famille

Ancien Régime 25-29,83

Antiquité 12-19

Approche économique 243,247, 248

Au XIX 36-47,85

Définition 56 s.

Moyen Âge 20-24

de la Genèse 11,76, 81,299, 396, 454

Famille homoparentale 240

Patriarcale 4

Révolution française 30-35,84

Sainte famille 11, 115, 396

Souche de 5

Fiançailles 111-113

Fidélité 109,316-332, 629

Filiation

Biologique 61,390, 404-406, 572, 617

Institution 386-387

Plurielle 633

Fratric 35, 454-457

G

Gestation pour autrui 407-410, 608-622

Gestation tardive 578

Grands-parents 37, 430-434, 451

Accouchement sous X 421-429

Adoption 435

Droits 436-441

Grefe d'utérus 588

I

Individualisme 179-181, 501,

Liberté individuelle 532-534

Institution familiale 55,138, 512-514

Juridique 518

Intérêt supérieur de l'enfant 262, 439-440, 485-486

Intersexué 334-336

Kibboutz 515

L

Liberté sexuelle 50, 304-306, 540-541, 629

Lien familial 69-71

M

Mariage 8,10,19,20,23,27,79,81,84,86-87,196

Institution conjugale 520-522, 525-531

Liberté 538-543

empêchements 94

Mariage homosexuel 162,164,167,285-286, 352-355, 358-378

Mariage posthume 98-101,

Mater semper certa est 392, 396-410, 592, 630

Mayotte 159-160

Ménages 52,57-58

Mondialisation 222-223

Monogamie 307-313

Mormons 157-158,317-318

Multiculturalisme 185,186,188-190,230

Multiparenté 555-558

N

NA 147-151

Norme familiale 9

Nuers 9,152-153, 516

O

Obligation alimentaire 254

Ordre public 172

Ordre public international 259-262, 616-619

Ordre public matrimonial 332

P

Pacs 94,102-104,311,356-357, 523-524

Parentalité 61,62, 448

Parenté 59,384, 446, 453

Responsabilité 553-554

Parentèle 59

Paterfamilias 15

Paternité

Imposées 557-564

Test 118,390

Politique familiale 506-507

Polyamour 312, 551

Polygamie 157-160,167,197,319, 544-551

Procréation médicalement assistée 121-123, 127, 132,270-272,281, 389,418, 576,593-594, 599-601-607,611

Procréation post-mortem 579-582

Puissance paternelle 25, 44

Q

Quotité disponible 35,

R

Rapt de séduction 28

Régime matrimoniaux 256

Relations parents enfant 35 suiv.

Relativisme culturel 210-213

Relativisme religieux 214-216

Répudiation 159-160,260

Réserve héréditaire 41

S

Structure sociale 54, 55, 72-75, 170,173,175, 178, 228, 517

Succession

Adultère 329

Conjoint survivant 310

Enfant naturel 47

Internationale 255

Primogéniture 166

Supposition d'enfant 398

T

Tibétain 154-156

Tiv 74

Transsexualisme 337-351

Divorce 351

Etat civil 287-289,342-343

Mariage 346-350

U

Union Européenne 236

Universalisme 141,208,209,229

Utérus artificiel 583-592

V

Valeur 224-232,277,330-332

Vie familiale 67,239-242,263, 419, 628

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION : LES AGITATIONS FAMILIALES 1

Chapitre 1^{er} - LA FAMILLE À TRAVERS L'HISTOIRE 5

Section 1 - La famille de l'Antiquité 6

§ 1. L'ancien droit de la famille romaine 6

§ 2. Le droit familial à l'époque classique 8

§ 3. Le Bas-empire Chrétien 9

Section 2 - La famille médiévale 10

Section 3 - La famille de la fin de l'Ancien Régime 13

Section 4 - La famille et la Révolution 16

§ 1. L'égalité dans le couple 16

§ 2. Les relations parents-enfants 17

Section 5 - La famille et le Code civil napoléonien 18

Section 6 - La famille après le code civil 20

Section 7 - La famille contemporaine 22

Chapitre 2 - L'INDÉFINISSABLE FAMILLE ? 26

Section 1 - Tentative de définition 27

§ 1. Les ménages 28

§ 2. Parenté et parentalité 29

§ 3. Le droit des familles d'aujourd'hui 32

§ 4. La notion incertaine du lien familial 35

Section 2 - La structure familiale 36

§ 1. La famille horizontale : la famille et le couple 38

A - Le couple marié 39

1. Une institution évolutive 40

2. La fin du couple-famille 44

3. L'éventuelle survie du couple parental 45

4. Alliance et belle-famille 46

a) La famille d'origine du conjoint 46

b) La famille née d'un précédent couple du conjoint 47

5. Le mariage posthume 48

B - Le couple de partenaires 50

C - Le couple de concubins 51

D - Le couple de fiancés 54

§ 2. La famille verticale 55

A - La famille biologique 56

1. Filiation et génétique 57

a) Les tests de paternité 58

b) Les procréations avec tiers donneurs 60

2. Anonymat et filiation : un refus de famille ? 62

B - La filiation adoptive	63
1. Un modèle original	65
2. Droit à l'enfant contre droit à avoir une famille	70

PARTIE PRÉLIMINAIRE :

LA FAMILLE : UNE VALEUR UNIVERSELLE OU UNE CONSTRUCTION SOCIALE ÉPROUVÉE	73
---	----

Section 1 - Une famille, plusieurs modèles	73
§ 1. Les TIV	74
§ 2. L'universalisme en cause	75
§ 3. Approche anthropologique	76
Section 2 - Les familles d'ailleurs : des modèles différents	77
§ 1. Les Na de Chine	78
§ 2. Les Nuers du Soudan	80
§ 3. Les Tibétains	82
§ 4. Les Mormons	83
§ 5. L'exception mahoraise	85
§ 6. L'Afrique du Sud	88

PARTIE I

INFLUENCES CROISÉES NATIONALES ET INTERNATIONALES	93
--	----

TITRE 1 : UNE CERTAINE IDÉE DE LA FAMILLE	97
--	----

Chapitre 1^{er} - LA FAMILLE - REFLET SOCIAL	98
---	----

Section 1 - La famille : affaire privée – affaire publique	98
§ 1. Un enjeu national	98
§ 2. Individualisme, famille et communautarisme	100
§ 3. Des revendications identitaires : exemple de la burqa	102
§ 4. Assimilation ou mixité culturelle	105
Section 2 - L'exemple québécois	107
§ 1. A l'épreuve du multiculturalisme	108
§ 2. Les accommodements raisonnables	110
§ 3. Le cas des tribunaux d'arbitrage religieux en matière de droit familial	114
§ 4. Accommodement raisonnable et droit de la famille en droit québécois	116
A - Le mariage	116
B - La polygamie	117
C - Les règles successorales	119

Chapitre 2 - LA FAMILLE, VALEUR UNIVERSELLE ET VALEUR ESSENTIELLE DU DROIT FRANCAIS 122

Section 1 - Le recours fragile aux droits de l'homme 122

- § 1. Quels droits de l'homme ? 124
 - A - Trois générations 124
 - B - Droits de l'homme et bioéthique 125
 - C - Des droits de natures différentes 126
 - D - La technique des réserves : un moyen de modulation des engagements..... 128
- § 2. L'universalité menacée 131
- § 3. Le relativisme culturel : l'exception asiatique 132
 - A. La Chine 134
 - B. L'Inde 135
- § 4. Le relativisme religieux 137

Section 2 - L'influence de l'esprit des droits de l'homme dans le droit de la famille..... 140

- § 1. Le frein de l'universalité 142
- § 2. Vers une redéfinition de la famille..... 144
- § 3. Le droit de la famille dans tous ses Etats : mondialisation, universalisation et internationalisation du droit 145

Section 3 - La Famille-valeur essentielle 148

- § 1. Le point de vue du « sondeur » 150
- § 2. Le point de vue d'un ethnologue 151
- § 3. Le point de vue du philosophe 152
- § 4. Le point de vue du sociologue 153
- § 5. Point de vue d'un juriste 155

TITRE 2 : L'INFLUENCE EUROPÉENNE 158

Chapitre 1^{er} - L'INDÉFINISSABLE FAMILLE EUROPÉENNE 162

Section 1 - De la famille à la vie familiale 163

Section 2 - La famille européenne, arbitre des possibilités individuelles 166

Section 3 - De *l'homo oeconomicus* au citoyen européen 171

Section 4 - Mise en place d'instruments de coopération judiciaire 177

- §1. Initiatives concernant le patrimoine de la famille 178
 - A. Les obligations alimentaires 179
 - B. Les successions 180
 - C. Les régimes matrimoniaux 182
- §2. Rome III premier instrument de coopération renforcée de l'Union européenne 183

Chapitre 2 - ENTRE MÉFIANCE ET CONFIANCE	185
Section 1 - L'OPI interne dans les relations intra Union européenne	186
§1.L'exemple révélateur des répudiations	187
§2.L'intervention européenne dans l'OPI étatique.....	189
Section 2 - L'intervention de la CESDH dans la vie familiale	191
§1.Formation et dissolution du couple.....	192
A. L'âge nubile	193
B. Les prohibitions au mariage	195
C. Le droit de divorcer	197
§2.Le droit de fonder une famille : droit d'avoir un enfant et droit de ne pas en vouloir	198
A. La procréation biologique	199
B.L'adoption	202
Section 3 - De l'influence de la CESDH en droit interne	205
§1.La Jurisprudence européenne et l'infléchissement législatif	208
§2.Un influence politiquement contestée.....	212
§3.Un influence mesurée	214
§4.Le consensus européen ou l'œcuménisme juridique en matière familiale	221

Partie II

LA FAMILLE A-T-ELLE UN AVENIR ?

225

TITRE 1: LA FAMILLE À LA RECHERCHE DE SES REPÈRES

228

Chapitre 1^{er} - CONSTANCE ET INCONSTANCE DU COUPLE

229

Section 1 – Le couple par le trou de la serrure : le droit du sexe.....

229

§ 1. Sexe et sacrement	230
§ 2. Code civil et sexualité	232
§ 3. De la légalité à l'égalité	233
§ 4. La liberté sexuelle	235
A - Les principes fondamentaux	235
B - Un regard différent selon l'alternative conjugale	237

Section 2 – L'exigence monogame et la liberté des mœurs

238

§ 1. Droit du couple ou droit de la réalité conjugale	238
§ 2. Monogamie et mariage d'amour	242
A - Un fondement plus éphémère	243
B - Fidélité et liberté individuelle.....	244
§ 3. Origine et évolution de la fidélité	247
A - De l'Évangile à la loi	248

B - Un assouplissement prévisible	250
1. Fidélité et divorce	250
2. Fidélité et libéralités	252
§ 4. Droit, Morale et Ordre public : un difficile mariage à trois	253
Section 3 – L’extension de la notion de vie privée à la vie sexuelle.....	254
§ 1. Le genre et l’ambiguïté sexuelle : les intersexués	255
§ 2. Couple et transsexualisme	259
A - Il ne faut pas se fier aux apparences	259
B - Le mauvais genre	260
C - Le recours à la science	262
D - Changement de sexe et changement d’état civil	263
E - Dissocier le droit de se marier de celui de fonder une famille.....	266
F - Le mariage du transsexuel en France	267
1. Le changement pré-nuptial de sexe	268
2. Le changement de sexe post-nuptial	270
a) Le devenir du mariage : caducité ou nullité	270
b) Le divorce	271
Section 4 – De l’hétéronormativité à la diversité sexuelle dans le couple	272
§ 1. Le Pacs c’est mieux que rien.....	276
A - Un sous-mariage ?	276
B - Un alignement partiel.....	278
C - L’étape essentielle à l’évolution des mentalités.....	279
§ 2. Le mariage pour tous	283
A - Un débat houleux préalable à un changement inéluctable.....	283
B - Une solution consensuelle.....	286
C - Quand l’amour ne connaît pas de frontières	287
<u>Chapitre 2 – LES CONFIGURATIONS PARENTALES</u>	292
Section 1 - La filiation : entre lien juridique et traçabilité	295
§1- Un choix politique	296
§2- La vérité biologique entre stabilité et fragilité	297
Section 2 – Les fondements d’une nouvelle filiation.....	300
§1. Qui est la mère ?	301
A - L’enfant du mariage	304
B - Du mariage au ventre maternel	306
C - L’esquive de la CJUE	312
§ 2. Les entraves à l’établissement du lien	314
A - L’enfant incestueux	314
B - Le secret des origines	319
1. La portée réelle mais limitée des conventions internationales.....	321
a) La Convention Européenne des Droits de l’Homme	321
b) La Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant.....	322
c) La Convention de la Haye	322
2. Les grands-parents et l’accouchement sous X.....	323

a) La rupture <i>de facto</i> du lien.....	324
b) La remise en compte de l'anonymat	325
Section 3 – La grand-parentalité	329
§ 1. Les oubliés (ou presque) du Code civil.....	331
§ 2. Des relations difficiles à encadrer.....	334
Section 4 - De la famille de substitution à la famille additionnelle.....	337
§ 1. Les conséquences de la recomposition familiale	339
A - Conséquences sur le vocabulaire	339
B - Conséquences sur la notion même de lien familial	341
C - Recompositions familiales et fratries	344
D - Du couple conjugal au couple parental	347
§ 2. La place du beau-parent auprès de l'enfant	349
A - Aspect patrimonial	349
1. Libéralités.....	350
2. Fiscalité et allocations.....	350
B - Beau-parentalité et adoption.....	350
C - Le beau-parent hors des frontières.....	355
1. L'Angleterre	356
2. L'Allemagne, les Pays-Bas et le Danemark	356
3. La Suisse	357
4. La Suède	358
D - La place du beau-parent : des occasions manquées	358
1. Un premier échec	358
2. Une nouvelle occasion encore reportée.....	360
Section 5 –L'autorité parentale au cœur de la relation parent/enfant	361
§ 1. L'intérêt de l'enfant : un contenu sans contours.....	363
§ 2. Autorité ou responsabilité parentale : du pouvoir au devoir	365
§ 3. Modifications des bases familiales	367
§ 4. De l'autorité à la compétence parentale	370
TITRE 2 : UNE FAMILLE À CONSTRUIRE	373
<u>Chapitre 1^{er} - LE RÔLE DU DROIT FACE À LA FAMILLE PLURIELLE</u>	377
Section 1 – L'attention particulière de l'autorité publique	378
Section 2 – La place du droit fondée sur un malentendu	384
Section 3 – Le droit de la famille en quête de sens	386
<u>Chapitre 2 - INSTITUTION ET LIEN FAMILIAL.....</u>	388
Section 1 – La famille : institution sociale ou naturelle ?	389
§ 1. D'une réalité sociale à une institution	390
§ 2. Une institution juridique ?	395
Section 2 – L'institution de l'adoption	397

Section 3 – L’institutionnalisation de la civilisation conjugale.....	399
§ 1. Le pacte civil de solidarité : contrat-institution	401
§ 2. Le mariage une institution dépassée ?	405
A - L’institution du mariage détournée.....	406
B - Une institution à finalité évolutive	407
C - La fonction « au gré du temps » du mariage	409
<u>Chapitre 3 - LIBERTÉS INDIVIDUELLES ET ÉTHIQUE DANS LA FAMILLE....</u>	413
Section 1 – La priorité des libertés individuelles dans le couple.....	414
Section 2 – Les trois piliers du changement	417
§ 1. Un partenaire et une forme d’union librement choisis	418
§ 2. La liberté sexuelle	420
§ 3. La liberté de rompre	423
Section 3 – « La polygamie, pourquoi pas ? »	425
§ 1. La chape catholique	425
§ 2. Entre rejet et tolérance	426
§ 3. Une polygamie acceptable	431
Section 4 – Libertés, parenté et parentalité.....	433
§ 1. Une responsabilité corollaire de la liberté	434
§ 2. La liberté et l’enfant au sein de ses familles	436
Section 5 – Les paternités imposées	438
§ 1. Une rupture de l’égalité	439
§ 2. La contraception masculine	440
§ 3. La réponse du droit	442
Section 6 – Vers la multiparenté ?	446
<u>Chapitre 4 - FAMILLE ET SCIENCE :</u>	
<u>DU SAVOIR FAIRE AU POUVOIR FAIRE</u>	450
Section 1 - Interpénétration du droit et de la science	451
§ 1. Entre interdiction et prescription	454
§ 2. Les verrous de la bioéthique	458
A - Les gestations tardives	459
B - La procréation par-delà la mort.....	461
C - L’utérus artificiel	464
1. Aspects physiologiques	464
2. Entre craintes et espoirs	465
3. La morale et le symbole	466
4. La question de l’utérus artificiel sous l’angle du droit	469
Section 2 – Les nouvelles cuisines procréatives	472
§ 1. Le don d’engendrement ou la fiction charnelle	474
A - L’anonymat du don	474

B - Vers une ouverture à tous	478
C - Une filiation de dupes	479
D - L'Europe et la PMA	483
§ 2. La Gestation pour autrui	486
A - Le nécessaire équilibre entre l'intérêt de l'enfant et la non contrariété à l'ordre public international	492
B - Une législation spécifique.....	497

CONCLUSION	499
-------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ

L'INSAISSABLE FAMILLE

La famille du XXI^{ème} siècle, héritière d'un idéal défini d'abord par l'Église puis par le Code civil, est née des bouleversements sans précédent qu'a connus la société dans son ensemble. Pendant des siècles, le rôle essentiel de la famille était lié à la transmission patrimoniale et culturelle entre générations. Aujourd'hui, la famille doit favoriser le développement individuel et la réalisation personnelle de chacun de ses membres. La famille est de moins en moins une institution normée, aux formes et aux codes prédéfinis, d'autant qu'elle doit composer avec le droit individuel à « une vie familiale normale » que consacre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'influence des droits fondamentaux qui sont par nature des droits individuels dans la vie familiale confirme bien que la famille est davantage le lieu d'épanouissement individuel qu'une entité tournée vers un intérêt commun.

Tout ou presque est devenu possible en termes de combinaisons familiales. On peut désormais choisir son sexe (transsexualisme), décider de créer une famille ou de vivre seul sans que la société ne s'en émeuve particulièrement.

Les liens et les rôles de chacun dans la famille ne sont plus ni pérennes ni clairement définis. Les progrès scientifiques (qui ont surtout permis une contraception efficace) et la révolution sexuelle ont complètement transformé la sexualité, la vie de couple et la procréation. Il n'y a plus un seul modèle de couple fondé exclusivement sur le mariage d'un homme et d'une femme. Le couple est maintenant homosexuel ou hétérosexuel, libre de vivre ou non ensemble, d'être fidèle, de se marier, de se séparer, de conclure un pacs, de vivre en concubinage. La conjugalité est donc désormais plurielle et repose sur l'égalité entre ceux qui composent le couple et entre les différents modèles de couples possibles.

Les relations entre les parents et les enfants ont également été bouleversées. La parentalité s'impose peu à peu à côté de la parenté. La filiation va devoir composer avec les nouvelles cuisines procréatives. La procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui ou l'utérus artificiel doivent modifier l'établissement du lien de filiation qui ne peut se déduire du seul lien biologique.

Le droit devra répondre, parfois contraint sous l'influence ou la pression internationale, aux nouvelles aspirations sociales et sociologiques et tenter de trouver un équilibre entre la liberté individuelle et la dimension institutionnelle de la famille.

ABSTRACT

THE ELUSIVE FAMILY

While it was initially born out of the ideals set out first by the Church and then by the Civil Code, family in the 21st century is really the offspring of the unprecedented upheavals that have shaken society as a whole. For centuries, the essential role of family was linked with cross-generational patrimonial and cultural transmission. Nowadays, family must instead facilitate the individual development and self-realization of every single one of its members. The family is an institution that is decreasingly bounded by predetermined norms, forms, and codes, not least because it must align itself to the individual right to a “normal family-life”, to which Article 8 of the European Convention of Human Rights is dedicated.

More or less everything is now possible in terms of family make-up. One can now choose one’s legal sex/gender (transgenderism)*, decide to establish a family, or live alone, without society being particularly affected by any of it.

The ties and roles of each individual in the family are no longer perennial, no clearly defined. Scientific progress (through which efficient contraception became available) and the sexual revolution have completely transformed sexuality, romantic relationships, and procreation. There is no longer a single model for the romantic relationship, based on the marriage of a man to a woman. The couple is now homosexual or heterosexual, and individuals may choose whether they want to live together or be faithful. They can also choose if and when to get married, to separate, to be joined in a civil union (pacs), or to simply live under the same rooftop. In other words, conjugality is now pluralistic and rests on the equality both of the individuals constituting the couple, and between different models of romantic relationships.

Relationships between parents and children have also been completely changed. Parenting is gradually gaining on kinship. Filiation will soon be forced to reckon with the different procreational recipes. Various assisted reproductive technologies, including artificial insemination, surrogacy, and the artificial uterus must change the ways in which kinship is established since it can no longer simply be deduced from biological ties.

The law will have to respond to new social and sociological aspirations, and will sometimes even have to do so under international influence or pressure. It will, in fact, have to find a new equilibrium between individual freedoms, and the institutional dimensions of the family.

