



LA FAMILLE ET LE DROIT AUJOURD'HUI EN FRANCE

Pierre Langeron, I.E.P. d'Aix en Provence

Le trésor de la famille est très malmené par le droit, en France comme dans de nombreux autres pays de tradition chrétienne. L'évolution négative que l'on constate a de nombreuses causes ; mais fondamentalement, dans des sociétés sécularisées, elle exprime l'évolution des sociétés elles-mêmes. On peut même affirmer que le droit évolue moins vite que la société, et qu'il se borne souvent à autoriser ou formaliser des pratiques parfois anciennes.

Cette première intervention sera exclusivement descriptive : des chiffres, des faits, des règles existantes, sans jugement de valeur. La seconde visera à comprendre ces données, et ouvrira à une réflexion plus vaste dans le temps et dans l'espace.

* * *

I^o partie

L'ÉTAT DE LA FAMILLE EN FRANCE (chiffres 2006, sauf exceptions)

Quelques définitions sociologiques (utilisées en statistiques) :

- *famille* : ensemble de personnes liées affectivement et qui vivent sous le même toit, quels que soient leurs liens juridiques et leur nombre ;
- *couple* : deux personnes (peu importe leur sexe) liées affectivement et qui vivent habituellement ensemble, avec ou sans liens juridiques.

Mariages :

- nombre : 267.260 (dont 82,6% entre Français) ;
- âge moyen lors du (1^{er}) mariage : 31,3 ans pour les hommes, 29,3 pour les femmes, soit 6 ans de plus en 25 ans).

Divorces :

- nombre 139.147 (soit 1 divorce pour 2 mariages) ;
- 46% interviennent au cours des 10 premières années du mariage ;
- les femmes demandent plus le divorce que les hommes.

PACS :

- nombre : 102.012 (plus du quart des unions contractées) ;
- 93% sont hétérosexuels ;
- croissance très rapide : 77.362 en 2006, 60.473 en 2005, 39.737 en 2004 (soit plus qu'un doublement en 3 ans).

Unions libres :

- nombre difficile à établir, car absence de définition précise ;
- estimation : 20% des couples.

Familles monoparentales (personnes vivant seules avec au moins un enfant) :

Une famille sur cinq est monoparentale aujourd'hui en France.

Célibataires (personnes vivant seules au-delà de 15 ans) :

- nombre : plus de 8 millions (soit une personne sur 8) ;
- ce nombre a doublé en 30 ans ;
- plus de la moitié ont plus de 60 ans ;
- 60% de femmes et 40% d'hommes.

Naissances :

- 796.896 (dont 50,5% hors mariage) ;
- dont 19.000 (2,3%) avec AMP (93,2% au sein du couple, et 1.842 avec transfert d'embryon congelé) ;
- 206.300 IVG pratiquées (soit 1 IVG pour 4 naissances) ;
- près de 4.000 adoptions (dont 3.162 enfants étrangers) sur 30.000 demandeurs.

Enfants :

- 55% vivent dans une famille avec leurs deux parents ;
- 20% vivent dans une famille monoparentale ;
- 25% vivent dans une famille recomposée.

Remarques :

La situation familiale en France est évidemment loin de correspondre à l'idéal présenté par l'Eglise catholique :

- mariage entre un homme et une femme ;
- indissolubilité du mariage (mais la nullité peut en être constatée) ;
- naissance des enfants au sein d'une famille légitime ;
- refus de l'avortement et de la PMA.

LE DROIT FRANÇAIS DE LA FAMILLE ET L'IDEAL RELIGIEUX

La France est un pays de tradition catholique. Mais le droit est l'expression d'un pouvoir souverain qui, en France, s'est progressivement éloigné de tout idéal religieux. En matière familiale, la loi française n'est cependant pas en opposition totale avec les exigences catholiques :

- au niveau collectif, elle en garde des traces importantes : mariage (*stricto sensu*) entre personnes de sexe différent, interdiction de la polygamie (art. 433-20 du Code pénal), exercice de l'autorité parentale aux parents ;
- au niveau individuel, aucune des lois contraires à la morale catholique ne s'impose aux catholiques : divorce, IVG, PACS, PMA par exemple ; la liberté religieuse des personnes est donc préservée – en matière d'IVG, la loi de 1975 a même prévu une « clause de conscience » au profit de tous les personnels médicaux concernés.

Par ailleurs, et depuis 1905, la France est devenue pleinement laïque, c'est-à-dire qu'elle n'a plus aucun lien avec aucune religion, elle ne s'inspire plus d'aucune religion. Certes, elle reste attachée « aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leur(s) peuple(s) » (Statut du Conseil de l'Europe, 5 Mai 1949) ; mais ce patrimoine n'est pas figé, car il est entre les mains du peuple et de ses représentants.

Les principaux éléments du droit français relatif à la famille sont les suivants :

- *Le mariage civil* a été institué en 1792 ; le mariage religieux subsiste, mais il est devenu facultatif, il ne produit aucun effet civil, même indirectement, et il doit pour cette raison être postérieur au mariage civil (cf art. 433-21 du Code pénal). Le mariage n'est donc qu'un contrat ; comme en droit canonique, il repose fondamentalement sur la libre volonté des parties – art. 146 Code civil (d'où les conditions de majorité, l'absence de vice du consentement, le respect de formalités) ; enfin et comme tout contrat, il peut être rompu.
- *Le divorce* a été introduit en 1792, supprimé en 1816 et rétabli par la loi du 27 Juillet 1884 (loi Naquet) ; il s'analyse comme une fin de contrat, par accord des parties ou non respect des conditions, déclarée par un juge pour en vérifier les motifs et en régler équitablement les effets.

- *La situation juridique des enfants* n'est pas liée au statut juridique des parents : peu importe qu'il y ait eu ou non mariage, ou qu'il n'y ait qu'un auteur connu ; car l'égalité progressive des *enfants nés dans le mariage et hors mariage* a commencé en 1972 (aspects successoraux, fiscaux, patrimoniaux, patronymiques) et s'est achevée en 2005 ; un enfant peut donc naître au sein d'un couple marié (« enfant légitime »), « à travers » un ou deux couples mariés (« enfant adultérin »), hors de tout lien conjugal (« enfant naturel ») ; il peut n'être reconnu que par un de ses auteurs ; il peut enfin être abandonné (« enfant né sous X »).
- *L'adoption* :
 - o c'est une procédure juridique qui permet à une personne seule ou un couple d'accueillir un enfant extérieur (elle est donc possible hors mariage) ; elle est entourée de nombreuses procédures pour garantir la qualité du ou des adoptant(s) et vérifier que l'enfant soit effectivement adoptable ; elle est prononcée par un juge ;
 - o une fois adopté, l'enfant accueilli a les mêmes droits que les autres enfants ;
 - o de manière étonnante, le droit canonique suit la loi civile dans les conditions et les modalités de l'adoption : « Les enfants adoptifs selon la loi civile sont considérés comme fils et filles du ou des parents adoptifs. » (can. 110) ;
- *L'avortement* :
 - o il a commencé à être légalisé en 1920 (avortement thérapeutique, sans limite de temps, dans les cas où la santé de la mère est en danger, ou si l'enfant à naître est atteint d'une affection grave et incurable : art. L. 161-1 du CSP) ;
 - o il a été généralisé par la loi Veil du 17 Janvier 1975, qui l'autorise en cas de « détresse de la mère », dans la limite de 10 semaines, puis 12 depuis 2001 ;
 - o il est demandé par la mère, sans condition de situation familiale ; le père ne peut s'y opposer ; une mineure n'a plus besoin du consentement d'un de ses parents.
- *Le PACS* : le Pacte Civil de Solidarité a été institué par la loi du 15 Novembre 1999 (cf art. 515-1 à 7 du Code civil) :
 - o c'est un contrat entre deux personnes majeures, qui organise leur vie commune et qu'il suffit de faire enregistrer au greffe du tribunal d'instance ;
 - o les partenaires s'engagent à la vie commune et à une aide et une assistance réciproques ;
 - o les effets sont très proches de ceux du mariage, notamment quant aux enfants que les deux partenaires reconnaissent ;
 - o il peut être résilié librement, par simple déclaration, et les conséquences patrimoniales sont fixées librement (c'est donc beaucoup plus facile et libre qu'un divorce).
- *L'union libre* :
 - o elle a été rendue possible par la dépénalisation de l'adultère (loi du 11 Juillet 1975) ;
 - o elle a été facilitée par l'égalisation progressive des droits des enfants légitimes et des enfants naturels ;
 - o il n'existe toujours pas de statut légal de l'union libre (ex : pas de régime matrimonial, pas d'obligation de contribuer aux charges du ménage, pas de solidarité entre concubins pour les dettes) ; de même, la séparation est toujours possible, sans indemnité (sauf disposition contractuelle plus favorable)
 - o toutefois, certaines pratiques juridiques reconnaissent de fait le concubinage :
 - les concubins exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants (art. 372 du Code civil)
 - en matière professionnelle : rapprochement des fonctionnaires concubins, droit de prendre les congés ensemble, octroi des avantages reconnus aux personnes mariées ;
 - le recours à la PMA est autorisé entre concubins (loi 29 Juillet 1994) ;
 - en cas de décès ou de séparation, le droit de bail peut être transféré au concubin survivant ;

- les libéralités entre concubins sont admises depuis un arrêt de la Cour de cassation du 3 Février 1999 (elles avaient une cause immorale jusque-là, et étaient donc nulles) ;
- le régime fiscal est très proche de celui des personnes mariées, en particulier pour le calcul du quotient familial ;

CONCLUSION : les enjeux de demain

Plusieurs domaines en cours de réflexion méritent la plus grande attention, car ils manifestent une autonomie croissante de la loi civile par rapport à la morale chrétienne :

- les manipulations génétiques en matière de procréation :
 - possibilité de deux mères biologiques (pratique des « mères porteuses ») ;
 - sort des embryons congelés et recherche scientifique ;
 - diagnostics préimplantatoire et prénatal ;
 - modifications du patrimoine génétique ;
 - clonage « thérapeutique », voire reproductif ;
- la reconnaissance croissante des couples homosexuels :
 - demande d'ouvrir le contrat de mariage à des couples homosexuels, comme dans d'autres pays européens ;
 - adoption d'enfants par un couple homosexuel, lié juridiquement ou non ;
- la revendication du droit à mourir dans la dignité.

* * *

II^o partie

LE DROIT DE LA FAMILLE : QUELLE NATURE ET QUELLE FINALITE ?

Après l'examen positiviste du droit de la famille en France aujourd'hui, il importe de réfléchir à la relation de ce droit avec un idéal religieux, quel qu'il soit. En d'autres termes, quels sont les rapports entre la loi de Dieu et la loi de César en la matière ? Pour un croyant, c'est la loi de Dieu qui prévaut en cas de conflit (« il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes ») ; et pour un citoyen qui ne croit pas - la majorité des Français aujourd'hui - , la loi de César prévaut sur la loi de Dieu, quel que soit ce Dieu.

Il est impossible ici d'embrasser tous les aspects de cette question. Pour aider à la réflexion et surtout l'enrichir, il est sans doute plus pertinent de recourir à une méthode inductive et de discerner, à travers des exemples concrets, quelques aspects fondamentaux de la question, qui touchent évidemment et directement le droit de la famille.

LOI CIVILE ET FOI RELIGIEUSE

a) *l'idéal d'un droit religieux*

Dans une approche croyante, la loi civile doit refléter la foi religieuse et permettre sa mise en œuvre. Deux exemples :

- *l'analyse de la loi par St Thomas d'Aquin* :
 - il distingue trois types de loi : la loi éternelle, celle de Dieu ; la loi naturelle, générale et qui participe à la loi éternelle ; et la loi humaine, qui dérive de la loi naturelle et permet de l'adapter aux circonstances particulières ;
 - toutes ces lois visent au bien commun et, dans ce cadre, au bien de chacun ;
 - la seule raison permet à tout homme de connaître la loi naturelle et de la mettre en œuvre par la loi humaine ;

cette analyse est restée classique dans le milieu catholique ; elle a été reprise par Vatican II - avec une précision : l'autonomie des réalités temporelles (G.S. n^o 36).

- *l'analyse de la loi dans l'Islam* – très générale ici, elle imposerait bien des nuances et des précisions :
 - o la Loi est surtout contenue dans les deux textes les plus sacrés : le Coran et la Sunna ; elle a Dieu pour auteur et ne saurait donc être modifiée par aucune autorité humaine ;
 - o le sacré et le profane n'étant pas séparés, la loi religieuse est loi civile, et l'autorité civile ne peut que la respecter et la compléter ;
 - o la Charia ne concerne que certains aspects de la vie des personnes, en particulier le droit de la famille : inégalité de l'homme et de la femme, polygamie admise jusqu'à 4 épouses, refus de l'adoption, etc.
 - o œuvre de la raison éclairée par la loi éternelle, la loi humaine doit évidemment respecter la loi divine (cf la difficile mise en œuvre de la *Moudawana* au Maroc) ; les droits de l'homme à l'occidentale ne sont applicables, ni en terre musulmane, ni aux croyants musulmans – en France par exemple...

Remarque :

Cet idéal n'est réalisable que dans une société religieusement homogène. Or la plupart des Etats aujourd'hui sont multiculturels. Si l'on veut appliquer un droit religieux à une société hétérogène :

- soit on l'impose au nom d'une vérité religieuse, mais aux dépens de la liberté de ceux qui ne partagent pas la même foi ;
- soit on encourage le communautarisme pour respecter la loi religieuse de chacun, comme hier dans l'Empire ottoman (système du *millet*) ou aujourd'hui au Canada par exemple.

b) le choix d'un droit laïc

On appellera ici « laïc » un droit qui n'a et ne veut avoir aucun rapport, au moins explicite et volontaire, avec une quelconque foi religieuse. Trois types de causes, et donc de situations :

- *le rejet d'une emprise religieuse trop forte :*
 - o cas de la France, en deux étapes symboliquement et juridiquement très fortes : la Révolution à partir de 1792, et la loi de séparation de 1905 : laïcisation des services publics (dont l'état-civil et le mariage, puis l'enseignement) et des lois républicaines (ex : le divorce, la liberté de conscience, etc.) ; la souveraineté nationale dans un Etat démocratique s'exprime par la majorité parlementaire ; cf aussi l'art. 1 de la constitution de 1958 : la République ne peut être démocratique que si elle est laïque, en ce sens qu'elle est devenue indifférente aux croyances, même traditionnelles en France ;
 - o cas de la Turquie en 1923 : jusqu'alors, le souverain ottoman était aussi le commandeur des croyants, et l'Islam était religion d'Etat ; l'avènement de la jeune République turque s'est fait par rejet du système antérieur, et donc le rejet d'une emprise musulmane (cf aujourd'hui encore les tensions politiques à ce sujet autour du Président Gühl et de M. Erdogan) ; mais la laïcité turque est différente de la laïcité française (le pays reste musulman à 95%) : elle n'est pas séparation, mais indépendance et contrôle ;
 - o autres exemples possibles : la Tunisie et l'Inde ; mais aussi l'Espagne ou le Québec ;
 - o *remarque* : il existe en Europe plusieurs Etats ayant une religion officielle (UK, Danemark, Norvège, Malte, Monaco), mais dans ces démocraties, il n'en résulte aucune empreinte particulière sur le droit applicable.
- *l'indifférence religieuse :*
 - o cas de la Chine : l'indifférence y est traditionnelle ; le « religieux » n'est pas aussi catégorique qu'en Occident (le bouddhisme est-il une religion ? confucianisme et taoïsme certainement pas) ; le sacré est immanent et peut prendre des

expressions variées et variables (on passe aisément d'un culte à l'autre, il n'y a aucune orthodoxie, seulement des écoles) ; les textes fondateurs de l'Empire chinois, les Douze Classiques, ne comportent aucune référence religieuse, mais véhiculent une morale collective ; le droit traditionnel chinois n'a donc jamais eu de lien direct avec une religion ;

- cas de nombreux Etats africains : l'indépendance de nombreuses colonies occidentales est récente, et à leur création, ces Etats ont presque toujours fait le choix du modèle juridique occidental, sans lien avec aucune religion ; mais depuis, on constate une islamisation croissante du droit dans un certain nombre de ces Etats.
- *le choix idéologique* : le marxisme par exemple a rejeté par principe toute référence religieuse, traditionnelle ou non ; le droit n'y est que le reflet de l'idéologie, souvent totalitaire et primant tout autre valeur, par exemple familiale : des logements communautaires soviétiques au planning familial en Chine communiste.

Remarque :

Le droit naturel que l'on connaît dans le christianisme est qualifié de « chrétien » par les non-chrétiens, et d'occidental par les non-Occidentaux (cf le refus de l'universalisme des droits de l'homme). Faut-il en conclure, pour prolonger la pensée de St Thomas, que la raison naturelle a besoin d'être éclairée par la foi ?

MONDIALISATION ET DROIT DE LA FAMILLE

Aucune société aujourd'hui ne vit repliée sur elle-même (sauf peut-être la Corée du Nord !) ; les échanges économiques, la circulation des idées, la facilité des déplacements, les progrès de la communication (du cellulaire à Internet) sont les facteurs incontournables d'une mondialisation croissante. Et cette osmose est encore plus grande en Europe, à travers le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Le droit de la famille en est profondément influencé.

a) approche latine et approche anglo-saxonne

Il est courant de distinguer en droit les pays de tradition dite latine, héritiers en partie du droit romain, et les pays de tradition anglo-saxonne, caractérisés notamment par l'usage de la *common law*. La France bien sûr appartient au premier ensemble ; mais sa culture juridique s'ouvre de plus en plus au deuxième ensemble, avec des conséquences importantes pour le droit de la famille.

Il suffit d'abord répondre sommairement à deux questions fondamentales :

- *qu'est-ce que le droit ?* Dans la tradition latine, c'est l'œuvre d'un législateur, à un moment donné ; le droit est écrit, souvent codifié, et excelle à poser de grands principes (cf le Code civil ou la DDHC). Dans la tradition anglo-saxonne, c'est avant tout l'œuvre d'un juge, qui se « distingue » dans la jurisprudence, qui exprime une opinion dans un contexte particulier, et qui refuse toute position de principe.
- *à quoi sert le droit ?* Dans la tradition latine, il exprime avant tout un idéal à atteindre, il « informe » la société ; dans la tradition anglo-saxonne, il reflète seulement l'opinion de la société à un moment donné (c'est pourquoi les pays anglo-saxons n'ont jamais généré de régimes totalitaires...).
- *quelles sont les principales caractéristiques du droit ?* Dans la tradition latine, la loi est la même pour tous, elle vise à la durée, elle prévaut sur les volontés individuelles ; dans la tradition anglo-saxonne, le droit est très ouvert à la diversité, il est changeant par nature, il privilégie l'individu au sein de la société. Illustration : « *voluntas regis lex* » v. « *lex fecit regem* ».

Ces quelques données, très simplifiées, trouvent bien sûr à s'appliquer dans le droit de la famille, qui ne se réfère pas à un idéal abstrait mais s'efforce de suivre, démocratiquement, l'état de l'opinion.

Illustration avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le droit français de la famille a évolué en même temps, et parfois sous la pression de cette Cour : égalité des enfants légitimes et naturels, IVG, transsexualisme, nouveaux supports juridiques pour les couples, etc.

b) les difficultés d'un modèle

Les sociétés ne sont plus homogènes ethniquement et culturellement. Dans ce contexte réaliste, comment les pouvoirs publics peuvent-ils proposer un modèle ou défendre des valeurs familiales ? Dans notre tradition latine, quelle vertu attribuer à la loi ?

- la loi est l'expression d'une majorité au Parlement et/ou dans le peuple :
 - o elle est souveraine et prévaut sur tout autre norme, dans l'ordre étatique ;
 - o elle s'impose à tous, nonobstant les prescriptions religieuses (ex : le refus de la polygamie, l'égalité de l'homme et de la femme) ;
 - o elle n'est jamais définitive, car une autre loi peut la changer quand l'opinion change majoritairement : un modèle ne peut être pérenne ;
- *quid* des minorités ? – *ne pas oublier que les chrétiens sont minoritaires en France*
 - o soit les mêmes normes s'imposent à tous (ex : l'interdiction de la polygamie, ou des insignes religieux à l'école), et les minorités doivent se soumettre ;
 - o soit le droit ouvre des possibilités correspondant à l'opinion majoritaire, mais non obligatoires pour les minorités : ex : le divorce, l'IVG, la PMA, le PACS ;
 - o soit la règle commune ne s'applique pas aux minorités qui la refusent : cf les « exceptions constitutionnelles » au Canada, mais que la France refuse... à ce jour.

CONCLUSION

Dans notre tradition latine de démocratie, le cadre juridique de la famille ne peut être inscrit dans le marbre :

- aucune loi ne peut être imposée à une société majoritairement hostile (principe politique) ;
- les lois sont de plus en plus le reflet de l'opinion (tendance anglo-saxonne) ;
- la tendance générale est à l'extension des libertés individuelles (effet de la mondialisation) ;
- la loi ne devient oppressive pour la conscience qu'à partir du moment où elle impose un comportement ou une action contraires à la conviction religieuse.

Il reste aux croyants :

- à être eux-mêmes pleinement convaincus des exigences de leur foi ;
- à être des acteurs efficaces au sein de la société et auprès des autorités normatives ;
- et pour aboutir, à être majoritaires... !