

INSTITUT DE RECHERCHES ET D'ETUDES DE LA LIBRE Pensee

UNIVERSITE POPULAIRE

Qu'est ce que le droit de la famille ?

VENDREDI 28 JUIN 2013

INTRODUCTION

I. HISTOIRE DE LA FAMILLE

1. L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat de Marx et Engels
2. Les formes différentes de familles dans un cadre juridique commun
3. La crise du modèle familial

II. LE DROIT DE LA FAMILLE EN FRANCE

1. Les progrès introduits par le Code civil des Français
2. Un droit de la famille spécifique
3. Les évolutions récentes (divorce, autorité parentale, statut des épouses, filiation, adoption, conventions internationales)

III. LES PROBLEMES ACTUELS DU DROIT DE LA FAMILLE

1. Le problème du mariage (contraction, effets, dissolution)
2. La question essentielle de la filiation, notamment face aux progrès de la science (réforme de la filiation, PMA, GPA, adoption)
3. La question de l'autorité parentale

Nous pourrions nous désintéresser des problèmes de la famille et suivre le conseil de Pierre Corneille. Dans *Polyeucte*, une tragédie qui met aux prises la raison d'Etat et l'amour conjugal du gendre, converti au christianisme et promis au martyre, et de la fille du gouverneur romain d'Arménie, il fait dire à l'un des personnages, Fabian, « Laissez à son destin cette ingrate famille ». Néanmoins, à supposer que nous le voulions, nous ne le pourrions pas. La famille nous rattrape à chaque instant, même lorsqu'on a le sentiment de lui échapper.

En 1507, Raphaël peint une magnifique Sainte famille à l'agneau qui est exposée au musée du Prado. En dehors de l'animal, sont représentés Joseph, le père, très âgé, Marie, la très jeune mère, et naturellement l'enfant Jésus. Cette image est l'archétype de la famille nucléaire et paraît peu conforme aux pratiques familiales de la Judée, de la Galilée et de la Samarie au point de départ de l'ère vulgaire ni, d'ailleurs, de l'Italie du XVI^e siècle. Dans ces contrées du Moyen-Orient, plusieurs générations cohabitent alors sous le même toit et la polygamie n'a probablement pas totalement disparu. La fiancée va vivre chez le futur époux ou ses parents. L'inverse se produit également lorsque le promis est pauvre. A nos yeux, la toile de Raphaël évoque, l'anachronisme aidant, en réalité plutôt la famille de la France contemporaine du grand Bassin parisien : une cellule familiale recomposée dans laquelle vient d'arriver un nouvel enfant.

Dans un ouvrage récent fort bien documenté, intitulé *Le Mystère français*, le démographe Hervé Le Bras et l'anthropologue Emmanuel Todd soulignent, notamment, à la fois la permanence et l'influence de deux systèmes familiaux à l'œuvre depuis des siècles dans l'espace français et les mutations de la famille. Or, pour aborder le droit de la famille et les problèmes qu'il doit résoudre, il nous semble que nous ne pouvons pas faire l'économie d'une brève présentation de l'histoire de cette institution.

I. UN REGARD RETROSPECTIF ET ACTUEL SUR LA FAMILLE

De la famille, nous pourrions donner une définition assez simple. Elle a pour objet d'organiser la perpétuation de l'espèce humaine dans le cadre d'un système d'alliance entre clans différents aussi compatible que possible avec le degré de division de travail et les caractéristiques du système de production dominant. Néanmoins, dans le même espace, elle peut prendre plusieurs formes anthropologiques voisines obéissant à un cadre juridique commun conservant d'ailleurs des traces des règles antérieures.

Pour évoquer ces questions, l'ouvrage de Marx et Engels intitulé *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat* n'a pas pris une ride même s'il faut enregistrer d'autres apports. Ce retour à ces sources intellectuelles étant fait, une description des modèles familiaux traditionnels, dont l'influence perdure, met mieux en lumière la crise que traverse l'institution depuis quelques décennies.

A. La famille objet anthropologique et historique

Dans L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat, Marx et Engels rappellent que dans les sociétés les plus primitives, c'est-à-dire celles où la division du travail est à peine esquissée, règnent simultanément la polygamie et la polyandrie en sorte que les enfants nés des unions temporaires multiples appartiennent à tous. Ils écrivent « des rapports sexuels sans entraves régnaient à l'intérieur d'une tribu, si bien que chaque femme appartenait également à chaque homme, et chaque homme à chaque femme. » Ils expliquent néanmoins que ces conditions primitives « subissent elles-mêmes toute une série de changements avant de se résoudre finalement dans le mariage conjugal. » Au fur et à mesure que la société devient plus complexe et s'éloigne du communisme primitif pour entrer dans l'ère de la propriété privée, Marx et Engels distinguent plusieurs étapes historiques. Ils mettent d'abord en évidence un premier stade qui consiste à exclure le commerce sexuel entre ascendants et descendants mais pas entre frères et sœurs et collatéraux en général. Il s'agit de la famille consanguine. A une seconde étape, intervient l'interdiction des relations sexuelles entre frères et sœurs. En revanche, dans une société polygamique, le mariage avec l'épouse du frère est autorisé. C'est le temps de la famille punaluenne. Par parenthèse, il nous semble que les travaux de Marx et Engels, s'appuyant sur ceux de Morgan, ne valident pas l'un des grands principes de l'anthropologie structurale de Lévy Strauss, à savoir l'universalité dans le temps et dans l'espace de la prohibition de l'inceste.

La famille appariée se dégage peu à peu de ces premières formes de famille. Parmi les femmes qu'il connaît, l'homme privilégie l'une d'entre elles, la réciproque étant vraie. Mais l'accroissement des richesses tend à dissoudre ce modèle fragile de la famille appariée. L'homme joue un rôle plus important et se produit alors une révolution qu'Engels qualifie de radicale : selon ses propres termes « les descendants des membres masculins [sont restés] dans la gens, [tandis que] les descendants des membres féminins en [ont été] exclus et [sont passés] dans la gens de leur père. Ainsi, la filiation en ligne féminine et le droit d'héritage maternel étaient abolis, la ligne de filiation masculine et le droit d'héritage paternel étaient instaurés. Nous ne savons ni à quelle époque, ni de quelle façon cette révolution s'est accomplie chez les peuples civilisés. »

Cette révolution radicale ouvre la voie à l'instauration de la famille monogamique, la première forme étrangère aux conditions de la nature. Elle a pour objet de donner naissance à des enfants dont la paternité est incontestée ou du moins la moins contestable possible. Cette mutation essentielle dans l'histoire de l'humanité a une finalité économique : la transmission de la propriété qui en constitue la base matérielle au même titre que l'Etat s'impose comme l'institution dotée du monopole de la violence légitime pour faire respecter les rapports de forces entre les classes propres à un mode de production donné. Engels précise que la famille monogamique garantit « une solidité beaucoup plus grande du lien conjugal, qui ne peut plus être dénoué au gré des deux parties » et constate qu'à son époque la rupture en est réservée à l'homme. Il cite le Code civil des Français d'alors qui garantit au mari le droit à l'infidélité pourvu, ajoute-t-il, « qu'il n'amène pas sa concubine au domicile conjugal ». Engels précise que le mariage monogamique est une affaire de convenances, réglées entre les parents des futurs époux. Il note que l'amour et l'attraction sexuelle relève de deux autres registres, celui de l'adultère, dont il voit la consécration symbolique dans l'apparition de l'amour courtois au Moyen Âge, et celui de la prostitution. Il donne toute la portée de ces constats à l'âge du capitalisme triomphant et souligne le rôle des religions. Il écrit : « De nos jours, un mariage bourgeois se conclut de deux façons. Dans les pays catholiques, ce sont, comme autrefois, les parents qui procurent au jeune fils de bourgeois la femme qu'il lui faut ; et la conséquence naturelle en est le plus parfait développement des contradictions qu'enferme la monogamie : hétérosexualité florissante du côté de l'homme, adultère florissant du côté de la femme. » La littérature française du XIX^e siècle est très riche à cet égard. La Physiologie du mariage de Balzac ou Madame Bovary de Flaubert en témoignent de la manière la plus éclatante. Engels tire de tout cela une conclusion générale que je vous livre : « Il y a donc trois formes principales du mariage, qui correspondent en gros aux trois stades principaux du développement de l'humanité. A l'état sauvage, le mariage par groupe ; à la barbarie, le mariage apparié ; à la civilisation, la monogamie complétée par l'adultère et la prostitution. Entre le mariage apparié et la monogamie se glissent, au stade supérieur de la barbarie, l'assujettissement des femmes esclaves aux hommes et la polygamie. » D'autres auteurs sont venus plus tard donner un écho à l'exceptionnelle analyse d'Engels, tirée des matériaux accumulés par Marx. Dans les années Vingt, Margaret Mead décrit la société de tolérance des îles Samoa où, selon ses observations, « L'activité sexuelle est une chose naturelle et agréable. » Cette évocation d'une sorte de paradis terrestre n'est pas sans rappeler la réponse par laquelle Orou vante les bienfaits du libertinage amoureux à l'aumônier du Supplément au voyage de Bougainville de Diderot, un essai anti-esclavagiste. Dans les mêmes années, Bronislaw Malinowski étudie la société matrilineaire des îles Tobriand proches de la Nouvelle-Guinée. L'oncle maternel y détient l'autorité parentale. Bien sûr, Claude Lévy Strauss reste un observateur de premier ordre. Néanmoins, son livre Les structures élémentaires de la parenté laisse un goût étrange au regard de l'œuvre d'Engels. Systématique, Claude Lévy Strauss veut à tout prix plaquer les thèses de la linguistique de Saussure sur le phénomène social de la famille pour en dégager des traits permanents alors que précisément l'évolution des rapports économiques entraîne des changements radicaux qui laissent peu de place à la continuité absolue.

B. Les formes différentes de la famille dans un cadre juridique commun : les traces du passé
La famille monogamique prend des formes différentes selon les époques. En dépit de l'œuvre du temps,

ces formes peuvent coexister puis laisser des traces vives dans un cadre juridique commun. C'est le cas de la France.

Sous l'Ancien Régime, se distinguaient quatre aires de droit coutumier et une aire de droit écrit. Dans l'ouest, la transmission de la propriété s'effectue strictement à l'intérieur du lignage par l'intermédiaire des héritiers mâles, les filles recevant une dot en propre. En Picardie, le privilège ne repose pas tant sur le sexe que sur l'ordre de la naissance. Les enfants du premier lit sont les héritiers. Le domaine capétien emprunte à l'une et l'autre de ces deux traditions coutumières pour instaurer un système de transmission de la propriété plus souple. Dans le centre, droit coutumier et droit écrit coexistent. Toutefois, le grand Languedoc se singularise du reste du pays, un peu plus petit que le nôtre, par un régime strict de droit écrit hérité directement du droit romain et plus particulièrement du code justinien. Si les terres de Languedoc ne relèvent pas d'un régime juridique totalement homogène, loin s'en faut, pour autant elles ont en commun d'affirmer le pouvoir absolu du père sur le reste du lignage. Cette particularité constitue un élément très fort de distinction avec la France du Nord.

Cette division Nord/Sud a favorisé l'émergence de deux types de structure familiale, dont la présence perdure jusqu'à la période la plus contemporaine, même si la proportion de foyers concernés est devenue globalement faible. L'entrée en vigueur du code civil depuis plus de deux siècles n'a pas effacé cette donnée anthropologique. Les résultats du recensement de 1999, le dernier conduit de manière exhaustive, le confirment : la famille nucléaire, centrée sur la coexistence des parents et de leurs enfants et l'égalité des frères, domine la France du nord du massif central avec une petite avancée le long du Rhône jusqu'à Lyon. Elle coïncide largement avec un habitat dispersé lié à une agriculture de champs ouverts et correspond aux territoires les plus impliqués dans le déroulement de la Révolution française. A l'inverse, la famille souche ou à tendance communautaire, caractérisée par la cohabitation de plusieurs générations sous le même toit, la toute puissance du père et l'inégalité des héritiers, reste encore présente dans la France du grand sud-ouest ainsi qu'en Corse et en Alsace (2 à 3 % des familles). Si l'on observe le critère des personnes très âgées demeurant sous le même toit que les enfants et leurs conjoints et les petits enfants, le phénomène paraît plus net. La proportion de familles concernées est comprise entre 15 et 20 % dans le Midi au lieu de 2 à 10 % seulement dans le Nord. Ce vestige tenace d'une singularité anthropologique méridionale très ancienne coïncide avec l'espace lointain d'expansion du code justinien.

Comme le montrent de manière très convaincante Hervé Le Bras et Olivier Todd, cette configuration recouvre aussi en partie des oppositions religieuses qui sont devenues invisibles, tant l'emprise de l'Eglise catholique sur les citoyens s'est effondrée. La carte de la singularité familiale du grand sud-ouest recouvre, en effet, très largement celle des prêtres réfractaires qui ont refusé le serment en 1791. Néanmoins, cette coïncidence ne constitue pas la marque d'un déterminisme absolu, loin s'en faut. Par exemple, la fécondité paraît désormais totalement affranchie du poids lointain du catholicisme. Elle est plutôt faible dans le sud en comparaison de celle d'un grand quart nord-ouest. Sur ce point, le fait que dans l'aire de droit écrit de l'Ancien Régime la transmission du patrimoine s'effectuait en faveur exclusivement du fils aîné, qui ne devenait d'ailleurs majeur qu'à la mort du père, pèse probablement encore sur le nombre d'enfants conçus aujourd'hui.

C. La crise de la famille

La famille monogamique traditionnelle connaît actuellement, au moins dans les pays développés, et singulièrement la France, une crise évidente. Dans notre pays, le nombre annuel de mariages a fortement chuté. En 1975, il s'élevait à 400 000 environ. Il n'était plus que de 250 000 en 2011 alors que la population totale a augmenté de 15 millions d'habitants durant la même période. Au surplus, l'âge du mariage a crû sensiblement. Il est passé grosso modo de 25 ans à 30 ans. Enfin, le nombre de divorces a beaucoup augmenté. Il est passé de moins de 45 000 au début des années 1970 à près de 120 000 par an depuis 2000, dont les deux tiers prononcés par consentement mutuel. Le taux de divorce atteint désormais environ 45 % alors qu'il était encore très faible dans les années 1960. Actuellement, 1,6 million d'enfants sont issus de couples divorcés.

La vie sentimentale tumultueuse des Français n'entame pas, bien au contraire, leur part d'optimisme. Leur fécondité reste parmi les meilleures du continent européen. Il ressort à deux enfants par femme et paraît semblable à celui de l'Irlande et du Royaume-Uni. Il est infiniment plus élevé qu'en Allemagne, en Espagne, en Grèce, en Hongrie ou en Lettonie. Compte tenu de l'ampleur des unions libres, la proportion de naissances hors mariage atteint désormais 55 % quand elle était de 7 % seulement dans les années 1960.

Cette situation de désintégration du modèle familial traditionnel met à l'épreuve le droit de la famille.

II. UN DROIT DE LA FAMILLE EN MUTATION

Comme en beaucoup de domaines, la Révolution française a marqué un progrès majeur : le droit civil a constitué l'individu en sujet autonome et s'est émancipé de l'emprise de l'Eglise. A l'ombre du code civil, un siècle et demi plus tard, s'est, par ailleurs, développé un droit propre de la famille, aux relents parfois nauséabonds, au moins à l'origine. Il a désormais pour objet d'aider les parents à élever leurs enfants et de protéger les mineurs. Pour faire face aux évolutions sociologiques très profondes

enregistrées dans les dernières décennies, le législateur a modifié le droit civil, toujours avec retard par rapport aux mœurs ou aux attentes de la société.

A. Les progrès apportés par le Code civil des Français

D'aucuns soutiennent souvent que le Code civil des Français est l'œuvre du Premier Consul, Napoléon Bonaparte. Il faut tordre le cou à cette légende. La Convention a réalisé l'essentiel du travail d'élaboration du code civil. Elle y a consacré pas moins de soixante-dix séances pour valider progressivement ce texte juridique monumental, d'une longévité remarquable et d'une portée sinon universelle du moins pluri-continentale. Dans sa version actuelle, environ un de ses articles sur deux date de 1803. Le droit de nombreux pays d'Europe et d'Afrique est directement inspiré du code civil. Le monde connaît deux univers juridiques pour l'essentiel : celui de la Common Law britannique et celui du droit civil français, plus précis parce qu'écrit et fondé sur la loi davantage que sur la construction du juge interprétant la coutume.

Par ailleurs, si le code civil paraît à nos yeux l'instrument juridique de défense de la propriété privée, à laquelle il consacre l'essentiel de ses dispositions, il n'en demeure pas moins qu'il fut la consécration de progrès très importants dans le droit positif. En matière familiale, il a opéré des changements radicaux. D'abord, le code civil confie définitivement la tenue de l'état-civil à la puissance publique.

L'enregistrement de la naissance et de la mort des individus, dont les géniteurs sont identifiés, ainsi que des mariages est confié à un représentant de l'Etat et non à un prêtre. A cet égard, la Révolution française achève le processus de sécularisation de l'état-civil qu'avait entrepris l'Ancien Régime sans avoir jamais pu le mener à son terme. L'Edit de Villers-Cotterêts de 1539 avait obligé l'Eglise à tenir des registres de baptêmes, de manière notamment à établir l'âge de la majorité des individus. L'Edit d'Amboise de 1563 avait donné le droit aux protestants de baptiser leurs enfants afin que ces derniers fussent recensés également mais la révocation de celui de Nantes, en 1685, avait contraint les réformés à faire recenser leurs enfants par les prêtres catholiques. L'Edit de Blois de 1579 avait imposé à l'Eglise de déposer un double de ces registres au greffe du tribunal royal. En 1698, sous la pression de l'Eglise, Louis XIV rendit obligatoire la célébration du baptême, qui donne lieu à enregistrement, le jour même de la naissance ou le lendemain au plus tard.

Ensuite, dans le code civil, le mariage devient un contrat civil qui est l'expression de deux volontés égales librement exprimées. Avant même sa publication, il est d'ailleurs implicitement réputé tel puisque la Convention, le 30 août 1793, adopte un décret légalisant le divorce par consentement mutuel, une vision très moderne de la dissolution du mariage avec laquelle le pays renouera beaucoup plus tard, en 1975. Le Premier consul maintient le droit au divorce mais en limite la portée notamment à l'égard des femmes. Elles ne peuvent en bénéficier que si elles apportent la preuve de l'adultère du mari consommé avec sa maîtresse au domicile conjugal. La Restauration interdit le divorce par une loi du 8 mai 1816. Il est rétabli, à l'initiative du radical Naquet, le 27 juillet 1884.

Jusqu'à la publication du code civil, le mariage était resté un sacrement religieux, même si l'Etat avait pu fixer certaines obligations. Il était souvent précédé du « mariage devant notaire » qui, au fond, était l'essentiel : la détermination des mesures patrimoniales accompagnant l'alliance de deux familles, voire de deux lignages. L'Eglise fixait les règles auxquelles les unions devaient obéir. Ainsi, le concile de Trente (1545-1563) avait interdit le mariage entre le filleul et sa marraine, le parrain et sa filleule. Néanmoins, le pouvoir royal était parvenu à s'immiscer dans ce domaine réservé de l'Eglise. L'ordonnance de Blois de 1579 avait introduit le principe de la publicité des intentions des futurs époux et de la cérémonie elle-même, pour combattre la pratique des unions clandestines et vérifier la majorité des promis. Néanmoins, des dérogations fréquentes étaient admises par l'Eglise. Après l'entrée en vigueur du code civil, la loi des hommes s'impose, sans distinction, sans dérogations autres que celles prévues par le législateur. Enfin, le code civil consacre d'autres progrès de nature à développer le processus d'émancipation de l'individu conçu comme un être autonome. En premier lieu, il abaisse les majorités civile, nubile et matrimoniale. L'ordonnance royale de Blois de 1579 avait fixé la majorité civile à 25 ans, bien qu'elle restât acquise, en pratique, seulement à la mort du père en Languedoc. Les hommes et les femmes atteignaient respectivement à 30 et 25 ans la majorité matrimoniale, c'est-à-dire l'âge auquel les individus pouvaient se marier sans nécessairement le consentement du père et sous réserve des conséquences éventuelles sur la succession d'une union désapprouvée par les parents. Le décret du 20 septembre 1792 opère à cet égard un progrès immense. Il abaisse les majorités civile et matrimoniale à 21 ans et fixe à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons la majorité nubile. Le code de 1804 marque un recul par rapport à l'avancée de 1792. Si la majorité civile demeure acquise à 21 ans pour tous, en revanche, celle-ci n'est pas complète puisque la capacité à contracter librement mariage n'est reconnue aux hommes qu'à 25 ans, les femmes pouvant le faire dès 21 ans, probablement pour des raisons ayant trait à la fécondité.

En second lieu, il unifie les règles de succession qui, d'une part, excluent une disposition intégrale de ses biens par le futur défunt en instituant une part réservataire à la différence de la tradition anglo-saxonne, d'autre part, reposent sur l'égalité des héritiers répartis néanmoins selon un ordre de priorités : les enfants et leurs descendants ; les père et mère, frères et sœurs, neveux et nièces ; les ascendants autres que les père et mère ; les collatéraux autres que les frères, sœurs, neveux et nièces. Le conjoint

successible vient également à la succession. Sous l'Ancien Régime, les règles de succession étaient plus ou moins inégalitaires selon les lieux. Toutefois, pour l'essentiel, elles étaient fondées sur deux grands principes à peu près partout. D'une part, l'héritier le plus proche est le plus habile à succéder au nom du précepte selon lequel « le mort saisi le vif ». D'autre part, le droit d'aînesse en ligne directe prévaut partout, en général au profit des mâles. Néanmoins, il est parfois reconnu aux filles comme en Touraine, voire aux collatéraux comme dans le Poitou, le Maine ou l'Angoumois. Il y a lieu d'insister sur un point qui nous paraît désormais secondaire, même si le code civil en traite, bien évidemment : l'Ancien Régime insiste sur le fait que les parents héritent seuls en ligne directe de leurs enfants morts sans succession, sous réserve de quelques exceptions comme en Bourgogne ou en Bourbonnais où les frères de défunts viennent à la succession avec les parents.

B. Un droit de la famille spécifique

A la suite de la Grande Guerre qui avait entraîné une saignée démographique et une forte baisse de la natalité en raison de la perte de 1,3 million d'hommes jeunes dans les tranchées, la promotion de la famille s'impose peu à peu comme une nécessité aux hommes politiques. Cette préoccupation se traduit par une première mesure, prise par la majorité réactionnaire issue des élections de la fin de l'année 1919. Composée de la Fédération républicaine et de la droite du parti radical, élu au terme d'une campagne axée sur la défense de l'Union sacrée de 1914 et la dénonciation du bolchevisme, le Bloc national adopte la loi du 31 juillet 1920 qui interdit l'avortement et la contraception, sous peine d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans de réclusion. Cette loi n'ayant pas eu d'effet pratique sur la fécondité alors déprimée des Français, les dispositions répressives qu'elle instaure seront renforcées à l'approche de la Seconde guerre mondiale et sous le gouvernement de Vichy. La loi du 29 juillet 1939 crée un délit de tentative d'avortement et délègue les médecins du secret médical en la matière. En 1942, l'avortement est institué en crime d'Etat. Le 30 juillet 1943, Marie-Louise Giraud est guillotinée comme « faiseuse d'anges ». Le très beau film de Claude Chabrol, « Une affaire de femme », dont le rôle principal est remarquablement interprété par Isabelle Huppert, en rend compte.

En deuxième lieu, après diverses initiatives patronales et cléricales prises depuis 1916, la loi du 11 mars 1932 rend obligatoire l'adhésion des employeurs à une caisse de compensation qui verse des allocations familiales. A l'origine, il s'agit de verser aux familles un complément de revenu de manière à reléguer les femmes au foyer et à inciter les couples à avoir beaucoup d'enfants. L'enfant unique n'ouvre pas droit au bénéfice du système, c'est toujours le cas. Il convient d'observer que les inspireurs du système d'allocations familiales n'ont pas atteint leur objectif sur le long terme : le taux d'activité des femmes est très élevé en France et ces allocations, insérées depuis 1945 parmi les prestations de sécurité au sens large, paraissent devoir être défendues dès lors qu'elles procèdent, pour les salariés, du salaire différé. Il reste seulement une trace de la vocation initiale des allocations familiales : la CFTC assure la présidence du conseil d'administration de la Caisse nationale des allocations familiales depuis 1967.

Enfin, le Haut Comité de la population est chargé, en 1939, de donner une politique familiale à caractère nataliste à la France. Il se fixe pour premier objectif de concevoir un code de la famille et un statut des étrangers. Ces deux priorités concomitantes traduisent une préoccupation : défendre d'abord la famille française face aux populations étrangères ou issues des colonies. Outre les allocations familiales dont nous avons déjà parlé, le code de la famille crée toute une série d'aides : la prime à la naissance du premier enfant, l'assistance familiale au premier enfant, l'allocation pour la femme au foyer qui est une sorte de salaire maternel ayant pour finalité de convaincre les mères à rester au foyer, les prêts d'établissement en faveur des familles rurales qui prennent l'engagement de rester à la campagne, l'accroissement de la part de la succession revenant au fils de plus de dix-huit qui a travaillé dans la ferme paternelle sans être payé en violation du principe d'égalité des héritiers posé par la Révolution française. Plus généralement, le code de la famille prend d'ailleurs toute une série de dispositions à caractère fiscal de nature à encourager la natalité. Les droits de mutation sont ainsi réduits en fonction du nombre d'enfants. Il introduit aussi des mesures tendant à lutter contre les fléaux sociaux comme l'alcoolisme ou la pornographie. Vous le voyez nettement : les thèmes de l'idéologie de la Révolution nationale du gouvernement de Vichy, à savoir celui de la race française, celui de la ruralité - « La terre ne ment pas » disait le Maréchal Pétain - et celui de l'ordre moral sont déjà présents dans le code de la famille de 1939 adopté par la Troisième République agonisante qui, dans un tout autre domaine, avait préparé les fichiers de police sur lesquels le gouvernement de Vichy s'appuiera pour pourchasser les étrangers, notamment les réfugiés d'Europe centrale.

Le code de la famille de 1939 survit aujourd'hui dans le code de l'action sociale et des familles après avoir longtemps subsisté dans celui de la famille et de l'aide sociale. La dénomination actuelle, qui date du passage de Ségolène Royal au gouvernement, du 27 mars 2000 au 27 mars 2001, en qualité de ministre déléguée à la famille et à l'enfance, marque, symboliquement sinon effectivement en termes juridiques, les évolutions profondes qui sont intervenues : la famille est désormais plurielle. En effet, le code de l'action sociale et des familles traite pour l'essentiel de l'action sociale, conçue comme l'ensemble des secours publics : aide sociale et revenu de solidarité active ; établissements et services sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées et handicapées, pour adultes et pour mineurs ; aide sociale à l'enfance assurée par les départements qui contribuent à la protection des mineurs en danger sous le

contrôle du juge des enfants (placement temporaire en foyer ou en famille d'accueil). Les quelques autres questions ayant encore un rapport étroit avec la famille concernent l'adoption des pupilles de l'Etat, c'est-à-dire des orphelins de père et de mère, le statut des assistantes maternelles qui assurent la garde d'enfants de moins de six ans, l'obligation alimentaire et le recours sur succession, qui a été supprimé dans le domaine du handicap, en matière d'aide. Ainsi, les préoccupations et les relents nauséabonds de 1939 ont disparu.

C. Les évolutions récentes

Nous l'avons vu : le droit de la famille a constitué un progrès important. Le droit civil en général a érigé l'individu en sujet de droit autonome. Néanmoins, lorsque le Code civil des Français a été publié en 1803, les idéaux de la Révolution française n'avaient pas été complètement respectés, loin s'en faut. Les femmes demeuraient notamment des mineures juridiques sur bien des plans. Elles le sont restées longtemps et le droit spécifique de la famille qui s'est ajouté aux dispositions traditionnelles du code civil en 1939 n'ont fait que renforcer cette situation d'inégalité. Par exemple, il a fallu attendre 1967, l'année du vote de la loi Neuwirth légalisant la contraception, pour qu'une femme mariée pût ouvrir librement un compte bancaire sans le consentement préalable de son époux.

Au cours des quatre dernières décennies, des évolutions importantes ont eu lieu. D'abord, la rupture du mariage lui-même a été rendue plus aisée. La loi du 12 juillet 1975, qui a été modernisée en 2004, a introduit à nouveau, 182 ans après la Convention, le divorce par consentement mutuel des époux qui entendent se séparer sans nécessairement se prévaloir de fautes à reprocher à l'autre. Il repose sur la conclusion d'une convention entre les personnes qui souhaitent rompre le mariage civil. Elle pourvoit à la répartition du patrimoine commun du ménage, détermine les modalités d'éducation des enfants issus de ce mariage par filiation ou par adoption, fixe notamment le montant de la pension alimentaire à verser à l'ancien conjoint qui en a la garde et arrête celui de la prestation compensatoire que le mari ou la femme devra acquitter sous forme de capital ou de rente viagère pour indemniser le préjudice ayant trait au train de vie. Le juge valide cette convention après avoir contrôlé que l'accord a été librement consenti et que les droits des parties intéressées sont garantis. Sinon, il renvoie l'affaire jusqu'à ce qu'un nouveau projet de convention soit acceptable.

Ensuite, la filiation, que le code civil fonde sur des critères strictement biologiques, a connu d'importantes évolutions au cours de la même période. Depuis l'origine, le droit civil énonce une présomption de paternité automatique en faveur du mari. Initialement, il opérait toutefois une distinction très forte entre l'enfant légitime et l'enfant naturel auquel aucun droit véritable n'était reconnu. Il ne pouvait pas hériter ni percevoir une pension alimentaire ni se pourvoir devant les tribunaux pour en réclamer une. Jusqu'en 1907, date à laquelle les parents naturels l'acquirent partiellement, il ne relevait d'aucune puissance paternelle. Il a fallu attendre 1955 pour que la faculté de demander une pension alimentaire à son auteur soit offerte à celui qui exerçait cette puissance paternelle. Introduite en 1912, l'action en recherche de paternité devait alors être souvent actionnée, dans des conditions difficiles compte tenu de l'état de la biologie à cette époque. Marx et Engels avaient très bien analysé le mariage bourgeois monogamique : sa force repose sur l'hétaïrisme et l'adultère, voire sur les amours ancillaires que Marx a d'ailleurs pratiqués.

La loi du 3 janvier 1972 introduit une réforme très importante. Elle crée, d'un côté, une action en désaveu de paternité, de l'autre, dispose que « L'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime. Il entre dans la famille de son auteur. » Compte tenu de la mise sur un pied de presque-égalité de l'enfant légitime et de l'enfant naturel, cette différenciation n'avait plus réellement de sens, sinon symbolique. C'est pourquoi le législateur, par la loi du 9 décembre 2004, a supprimé toute distinction entre les enfants. Néanmoins, la filiation est désormais face à l'épreuve de la science. Pendant longtemps, l'adoption était la seule dérogation au principe biologique qui la fonde. Désormais, elle est reconnue à l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec donneur. Nous y reviendrons.

Jusqu'en 1970, prévalait la notion de puissance paternelle, directement issue du droit romain. La loi du 4 juin 1970 lui a substitué celle d'autorité parentale qui reconnaît au père comme à la mère des droits sur les enfants, notamment en matière d'éducation. Les droits de la mère ont connu une extension progressive au fil des années. Le problème crucial de l'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation a connu une solution récemment. Elle appartient désormais sans ambiguïté aux deux parents, quel que soit le lieu de résidence de l'enfant. Pour autant, tout n'est pas réglé. En effet, la recomposition familiale pose un nouveau problème : le rôle imparti au nouvel époux ou au nouveau concubin.

Parmi d'autres, cette question montre les limites du droit civil actuel au regard de l'éclatement du modèle familial traditionnel. Le Code civil des Français avait consacré dans le droit positif les idéaux de la Révolution française, qui a érigé l'individu en sujet de droit autonome, tout en leur apportant des restrictions à caractère autoritaire, directement inspirées du droit romain. Les tendances à l'inégalité entre les hommes et les femmes initiales, que le Premier Consul avait très nettement renforcées en 1803, ont été à nouveau amplifiées à la veille de la Seconde Guerre mondiale pour mettre en place un droit spécifique de la famille d'inspiration cléricale et réactionnaire auquel le régime de Vichy a donné toute

son ampleur.

Sous réserve du rétablissement du divorce en 1884, ce paradigme est demeuré stable jusqu'au début des années soixante-dix à partir desquelles des avancées juridiques réalisées sous la Convention - je pense au divorce par consentement mutuel - ont été rétablies, le droit civil tendant vers davantage d'égalité entre les hommes et les femmes, mariés ou non. En outre, à partir de 1945, le droit spécifique de la famille a été en quelque sorte vidé de son contenu. Les prestations familiales sont devenues une branche de la sécurité sociale et la protection des mineurs a fait l'objet d'une ordonnance particulière qu'il faut à tout prix préserver. C'est un autre débat.

Depuis les années soixante-dix, nous l'avons vu, des progrès importants sont intervenus en matière d'avortement et de contraception, d'autorité parentale et de reconnaissance des droits aux enfants dits naturels par opposition aux enfants dits légitimes. Néanmoins, des questions nouvelles sont posées, notamment en matière de filiation.

III. LES PROBLEMES ACTUELS DU DROIT DE LA FAMILLE

Avant d'achever ce propos trop long, nous souhaiterions évoquer précisément ces problèmes nouveaux que le droit civil aura nécessairement à résoudre dans les années qui viennent. Le législateur devra agir en respectant les grands idéaux de la Révolution française qu'il nous appartient, en notre qualité de libre penseur, de défendre. Trois questions méritent quelque attention : celle du mariage, celle de la filiation et celle de l'autorité parentale.

A. Le problème du mariage

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, après une période d'affrontements assez vifs entre les partisans et les adversaires de cette mutation, le mariage est désormais accessible en France aux personnes de même sexe. Notre pays rejoint ainsi la cohorte des seize nations qui ont déjà inscrit ce progrès dans leur droit positif ou celui de certains Etats qui les composent. Il ne s'agit pas d'un basculement anthropologique aux conséquences imprévisibles, contrairement à ce que d'aucuns, notamment la hiérarchie catholique, tentent de faire croire. Autorisé en Espagne, au Portugal, aux Pays-Bas, en Belgique, en Norvège, au Danemark, au Brésil, en Nouvelle-Zélande, dans d'autres pays encore, le mariage de personnes de même sexe n'y a pas entraîné de drame. Il s'agit simplement d'approfondir l'égalité des droits et non de consentir des droits particuliers à une communauté, ainsi que d'autres l'affirment à tort. A cet égard, deux observations s'imposent. D'une part, les catholiques étaient mal venus de contester un texte qui s'est borné à modifier le code civil. L'Eglise n'est pas tenue de célébrer des mariages religieux unissant des homosexuels. D'autre part, si la Libre Pensée s'est félicitée du vote de cette loi, elle a pris soin de dire que le mariage n'est pas pour elle un idéal de vie. D'ailleurs, elle observe que beaucoup de nos concitoyens trouvent leur bonheur dans l'union libre.

Cette extension n'entraînera pas, nous semble-t-il, un afflux considérable de demandes des couples homosexuels. Elle fera sans doute baisser le nombre des pactes civils de solidarité (PACS) sans le réduire à néant. D'ailleurs, l'expérience a montré que le PACS, qui soulève certaines difficultés comme l'impossibilité de percevoir la pension de réversion en cas de décès de l'un de ses partenaires, est une formule qui a attiré davantage les couples hétérosexuels ou les unions de pur intérêt entre membres d'une même famille.

Le mariage étant désormais ouvert à tous, demeure la question des conditions de sa dissolution. Le rétablissement en 1975 du divorce par consentement mutuel, qu'avait institué la Convention, a constitué sans aucun doute un progrès considérable. Les deux tiers des 120 000 divorces prononcés chaque année en France le sont au terme de cette procédure qui répond à la grande fluidité des alliances, désormais largement étrangères aux seuls intérêts économiques. Pour aller dans le sens d'une plus grande simplification du dénouement du mariage civil, d'aucuns préconisent qu'il soit dissous par un officier d'état-civil au lieu de l'être par un juge, au nom du parallélisme des formes. Séduisante, cette opinion mérite néanmoins d'être regardée avec attention. Il ne s'agit évidemment pas de défendre les intérêts des avocats qui sont très hostiles à cette idée pour des raisons que chacun comprendra sans difficulté. En revanche, il s'agit de s'interroger sur les conséquences qu'entraînerait le divorce administratif. Même si le procureur de la République demeurerait, dans une telle hypothèse, l'instance de contrôle de la dissolution du mariage comme il l'est du mariage lui-même, néanmoins cette garantie serait, nous semble-t-il, infiniment moins forte que le système actuel de contrôle par le juge de la désunion. En effet, ce dernier vérifie de façon étroite la sauvegarde des droits de chacune des parties intéressées, y compris les enfants. Cette opinion est toute personnelle et n'engage pas la Libre Pensée qui n'a d'ailleurs pas vocation à prendre position sur ce type de sujet.

B. La question essentielle de la filiation, notamment face aux progrès de la science

En matière familiale, le code civil assoit la filiation sur une définition biologique. Toutefois, la preuve de la conception par le géniteur n'a pas à être rapportée. La filiation est présumée établie en faveur du mari dans un couple marié même si elle donne lieu à une déclaration auprès d'un officier d'état-civil. Elle peut faire l'objet d'une reconnaissance avant la naissance, une disposition qui est parfois utilisée par les hommes engagés dans une union libre pour s'assurer que leur enfant viendra à leur succession en cas de

décès du père.

Cette conception biologique de la filiation ne va pas de soi. D'abord, elle n'est pas universelle, même si elle prévaut largement. Nous l'avons vu, Bronislaw Malinowski, par exemple, a mis en évidence que le père social était l'oncle et non le géniteur dans la société matrilineaire des Iles Tobriand. Ensuite, elle n'est pas absolue. Des dérogations viennent en tempérer la domination. La plus ancienne est celle de l'adoption, simple (l'enfant adopté conserve ses droits à la succession des géniteurs) ou plénière (l'enfant adopté a exactement les mêmes droits qu'un enfant biologique et ses origines disparaissent). Par définition, l'adoption consiste à inclure dans la continuité d'un lignage, au sein d'une famille d'essence monogamique et patrilinéaire, un individu issu d'une union totalement étrangère à ce lignage : enfants abandonnés, enfants dont les parents biologiques consentent à l'adoption par un tiers ; enfants étrangers ; pupilles de l'Etat. Désormais, l'adoption est ouverte non seulement aux couples mariés, hétérosexuels ou non, mais aussi aux célibataires.

Des dérogations beaucoup plus récentes ont également enfoncé un coin dans le principe de la filiation purement biologique. La procréation médicalement assistée (PMA) avec donneur de gamètes, réservée en droit français aux seuls couples dont l'un des membres est atteint d'une infertilité diagnostiquée, aboutit à une filiation qui n'est pas purement biologique. Or, pour la Libre Pensée, compte tenu des progrès de la science et des techniques médicales, la PMA doit devenir un véritable mode alternatif de procréation répondant au désir d'enfant exprimé par des individus engagés dans les expériences de vie multiples que la crise du modèle familial traditionnel a suscitées. En particulier, la PMA doit être accessible à des personnes qui ne sont pas nécessairement médicalement infertiles. Nous pensons aux femmes homosexuelles. Certes le mariage leur ouvre cet accès mais le critère médical devra être gommé, nous semble-t-il. De même, la Libre Pensée est favorable à la gestation pour autrui qui se pratique dans d'autres pays. L'interdiction de la GPA en France soulève de réels problèmes. En premier lieu, elle suscite un tourisme médical réservé à ceux qui en ont les moyens. En second lieu, elle laisse dans une situation juridique très incertaine les enfants nés de GPA pratiquées légalement à l'étranger. Ceux-ci sont pratiquement apatrides et ignorés de l'état-civil. Naturellement, il ne s'agit pas d'autoriser des GPA sauvages. Celles-ci doivent être assurées à titre gratuit, sous réserve de la prise en charge des parents (vêtements de grossesse par exemple), par des femmes qui ont déjà eu des enfants. Il serait présomptueux de proposer de fonder entièrement la filiation sur d'autres critères que la biologie, compte tenu du poids anthropologique de ce principe. En revanche, au regard de la crise de la famille traditionnelle et des avancées de la science, il paraît nécessaire d'élargir le champ de la filiation à des situations nouvelles procédant du désir d'enfant et non de la seule procréation naturelle.

C. La question de l'autorité parentale

Dernière question qu'il semble utile d'évoquer très brièvement, celle de l'autorité parentale. Aujourd'hui partagée entre le père et la mère, elle peut être un obstacle dans la vie quotidienne. Les familles recomposées sont nombreuses. Des couples mariés ou non élèvent des enfants issus d'une ou plusieurs unions antérieures et dont le père, en général, ou la mère, plus rarement, vivent ailleurs. Le législateur a traité ces questions. En 2002, il a donné au juge aux affaires familiales le pouvoir de prononcer une délégation partagée de l'autorité parentale à un tiers digne de confiance. En 2010, il a ouvert aux parents la possibilité de saisir ce juge en vue de déléguer volontairement, en partie ou en totalité, leur autorité parentale à un tiers digne de confiance. En pratique, cela permet à d'anciens époux divorcés ou d'anciens concubins séparés de transférer sur le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne du précédent partenaire leur autorité parentale, pour effectuer des actes de la vie courante notamment.

Ce dispositif a pris en compte les conséquences à tirer de la vie tumultueuse de nos concitoyens dans des conditions satisfaisantes dès lors qu'un juge contrôle en tout état de cause la pertinence de la délégation de l'autorité parentale au regard des intérêts de l'enfant.

Je vous remercie