

**THEME n° 1 : LA NOTION DE FAMILLE**

**Existe-t-il une définition juridique de la famille ?**

« Que la famille soit telle que l'homme puisse se développer et progresser dans son sein sans être opprimé ». Pierre Leroux (1797-1871). De manière plus contemporaine, sans pour autant rompre avec la philosophie d'Emmanuel Kant selon laquelle la famille demeure le berceau du droit naturel, dans sa dimension sociologique, l'institution sociale tient à un groupe humain articulé de liens d'union, de parenté de gémellité cohabitant et partageant des valeurs dont la finalité première est la transmission patrimoniale et matrimoniale...

Dès lors existe-t-il une définition juridique de la famille ? La mosaïque de modèles familiaux est empreinte d'un passage de l'unité familiale à la diversité des modes de vie familiaux (I), un droit de la famille émanant des droits et libertés individuels fidèle aux mœurs (II).

**I – Des modèles familiaux : de l'unité à la diversité**

Deux siècles d'histoire distinguent la famille d'hier des familles d'aujourd'hui (A), temps modernes sous dominance européenne et internationale à la recherche de modèle familial (B)

**A. La famille d'hier, les familles d'aujourd'hui : vers la pluralité**

Pendant plus d'un siècle et demi, la conception traditionnelle est occupée par une stabilité manifeste à l'exception d'une poignée de règles encadrées strictement tel que le divorce en 1884 ou la recherche de paternité dès 1912. L'image du mariage institution est le garant du maintien de l'ordre social. Une telle structure uniforme se retrouve en partie s'agissant de l'attachement du législateur aux obligations du mariage.

Essoufflée, la famille d'hier va muter vers un pluralisme. Tant dans son sens d'unité de production dont les ateliers de famille sont effacés par l'industrie dans sa mission de refuge dont le relais est mal assuré par la société, que dans ses fonctions politique ou pédagogique – l'Ecole de la République serait alors reconvertie en parent ? – La famille ne conserverait que son irréductible rôle religieux encore que celui-ci ne soit sociologique. « Nous ne saurions trop répéter que la famille n'est pas un but mais un moyen. Il n'y a qu'un but : D... » M. Sangnier (1873-1950).

Dès 1960, s'ouvre une ère de vastes bouleversements : les lois du 13 juillet 1965 portant sur les régimes matrimoniaux, du 3 janvier 1972 sur la filiation, du 11 juill. 1975 relative aux divorces. Sont abandonnées l'incapacité de la femme mariée et la puissance paternelle au profit d'une égalité homme-femme et l'apparition de la responsabilité parentale (loi du 23 déc. 1985). La seule famille légitime concède une place à toute forme et à la fois à aucun modèle-type de famille, le divorce consenti surgit. La loi n'a pas de modèle unique, ni d'idéal mais est empirique selon Montesquieu, elle ne dirige plus mais gère dès la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. C'est le refus délibéré qu'une loi puisse dresser les mœurs.

Sans aucun schéma, sans rencontre factuelle possible, la famille est un continuum où plusieurs générations se succèdent, où s'entrecroisent plusieurs destins. « Et la famille enracinée [...] refléurit d'année en année, collective immortalité. » A. de Musset. Une part de mystère se trouve dans toutes les familles.

**B. L'avènement des modèles de famille sous l'influence des droits européen et international**

La juxtaposition des modèles de famille, après avoir révolu l'époque du modèle de famille par excellence, s'opère sous la dominance inéluctable des droits internationaux et européens. Le droit international privé de la famille, droit des célébrités par le passé (Affaire Patino) est un droit de masse à l'heure du constat de la multiplication des mariages mixtes, double -nationalités et déplacements professionnels puis familiaux. Dans de vastes domaines – la filiation, le divorce, la

résidence des enfants, le droit des régimes matrimoniaux, ou encore les successions – les conventions internationales sont source de règles substantielles même et non plus de simples règles de conflits. L'impact de la Convention Internationale des Droits des Enfants (CIDE ou Convention de New York du 20 déc. 1989) est certain en droit français : en offrant une protection de l'enfant de par son audition en justice, malgré la volonté sinon l'hostilité française spécifique, de son droit à connaître ses origines. L'accouchement sous X, l'anonymat du donneur en témoignent. L'applicabilité directe en droit interne est de surcroît discutée.

Egalement, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales domine, avec certains tempéraments le droit de la patrie des droits de l'homme : le principe de non-discrimination (art. 14) suscite un volet de réformes : régimes matrimoniaux, autorité parentale, nom (loi du 4 mars 2002), droits de l'enfant adultérin...

L'intérêt supérieur de l'enfant énoncé à l'art.8 est également reçu en droit interne malgré la portée limitée de la kafala aux seules filiations légitimes bien que le Conseil d'Etat plaide la position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

La primauté est refusée dans certains domaines : c'est le cas notamment de la répudiation musulmane, hostilité française mais sans doute objet de débats législatifs de demain.

L'élaboration des normes européennes semble parfois inadaptée aux traditions françaises.

La conjugaison des lois du libéralisme convergent et la compatibilité minimum est l'instigatrice de réformes nationales. La première dite, du libéralisme convergent concerne notamment la garantie et la volonté d'une interprétation de le CEDH à la lumière des conditions actuelles, favorisant faut-il le souligner, un esprit consensuel de la famille (Arrêts Merxck et Mazurek). C'est aussi dans le cadre d'un libéralisme spontané que le phénomène de contagion qui est décrit, aisément facilité sinon provoqué par la libre circulation des personnes et des biens : Puisque la Belgique, puisque la Belgique et les Pays Bas, mais aussi l'Espagne reconnaissent le mariage homosexuel, pourquoi pas alors, par un effet boule de neige, la France ? Enfin, c'est une mise en concurrence dans les domaines où chaque individu dispose librement du choix de la loi applicable et du juge compétent qui s'impose alors.

S'ajoute une seconde loi, dite de compatibilité minimum, en vue d'une harmonisation par des instruments de coordination comme le certificat d'héritier international par exemple.

L'unité de mesure n'est alors plus le groupe mais l'individu. « Les droits de l'homme et de la femme à une vie familiale » s'imposent plus volontiers, au risque de figer des fondements imperturbables.

## **II – Droits et libertés individuels, source de droits de le famille fidèle au mœurs**

Les droits de l'homme, sont une constante à toutes les familles (A) dont les caractères « appartiennent aux mœurs » (B)

### **A. La trilogie des droits et liberté : dénominateur commun à toutes familles**

La liberté individuelle est l'embryon des familles en ce qu'elle reconnaît le droit de se marier (également aux transsexuels et homosexuels), le droit à une famille plus étendue que celui de fonder une famille et ainsi indépendant du mariage. Le droit de vivre séparé, en cas d'échec du mariage seulement, ou de vivre hors mariage par le respect à la vie familiale fondé sur une vie familiale effective (art. 8 CEDH) sont là encore des droits de chaque individu.

L'égalité, deuxième volet, marque la construction d'une constante familiale : le refus des discriminations, l'égalité homme – femme, ou des enfants dans l'établissement du lien de filiation et dans leurs droits patrimoniaux, mais aussi des familles en ou hors mariage, des couples homosexuels dont, pour ces derniers, sera soulignée la seule protection de la vie privée.

La solidarité est la clé de voûte, mettant en exergue celle des parents à l'égard de leurs enfants : c'est la responsabilité parentale finalisée dans l'intérêt de l'enfant. « On est parent pour toujours »

## B. Les caractères de la famille conformes à l'évolution des mœurs

« La famille appartient aux mœurs pour une large part » J. Carbonnier. Un courant de réformes universel, malgré des solutions différentes, s'est produit par des déterminismes sociaux et idéologiques. Le rétrécissement du groupe, l'autonomie de ses membres apparaissent. Le mur de l'ordre public semble être brisé et les mœurs de l'époque contemporaine tendent vers un modèle de famille fondé sur une absence même de modèle.

Au-delà du caractère pédocentrique, dont l'idée phare est celle de la responsabilité et des mesures de protection, plaçant l'intérêt de l'enfant comme fondement suprême, c'est un recul de l'ordre public vers une contractualisation du droit de la famille qu'il faut rappeler.

La liberté des conventions entre époux, le droit du régime matrimonial, le nom de l'enfant, l'exercice commun de l'autorité parentale, le PACS, le secret de la paternité sont autant de réformes battant en brèche l'ordre public néanmoins omniprésent à travers la prohibition des pactes sur succession future, l'ordre légal des successions...

Le juge dans un élan d'accroissement du contrôle judiciaire, va désormais avoir un rôle de contrôle du consentement, de conciliation et non plus une mission contentieuse.

Faut-il encore adhérer à la position de Victor Constant :

« Nous croyons que cette grande Association humaine arrivera à une unité parfaite, c'est-à-dire à l'Etat Social où l'ordre résultera naturellement, librement de l'accord spontané de tous les éléments humaines » ?

### THEME N°1 : LA NOTION DE FAMILLE

### Existe-t-il une définition juridique de la famille ?

- **Mots clés** : Définition / Famille / Juridique
  - Famille = objet, ce sur quoi on va agir
  - Définition = action, poser les frontières. Ce n'est pas une classification ni typologie (familles LEG. / NAT. ...)
  - Juridique = existe-t-il d'autres définitions ? Le droit positif donne-t-il une définition de la famille ?

#### • Polysémie de la famille :

- Reproduction du corps social : schéma génétique, lieu de socialisation de l'enfant (↔ fonction éducative au sens politique du terme, *polis* Grec)  
« Les familles, séminaires de l'Etat » Louis XIII  
« Les familles, pépinières » Portalis
- Economique : cellule de consommation, de production (exploitation ag, PME, régimes matrimoniaux, successions)
- Démographique : la famille en chiffres

« La famille est un concept introuvable »

- Sociologique : → 4 sens selon Irène Théry
  - o Romain : sens très large, *gentes* dont font partie les esclaves sous la *potesta* du *pater familias* → Sens actuel avec les familles recomposées [autorité = *auctoritas* = ce qui augmente # *potesta* (puissance) ]
  - o Parenté : consanguine. Non réalité biologique MAIS parenté donnée socialement par les liens juridiques certes censée s'appuyer sur la vérité biologique. Ex. : filiation = donnée culturelle... ⊕ confusion Loi Test ADN)
  - o Alliance : empêchements à mariage, obl° alim.
  - o Ménage, famille nucléaire : conjugale réduite à son noyau, apd XVIII° s.

#### → Décalage

- o Usuelle : famille nucléaire auj ⊕ Pbs aujourd'hui
- o Conventionnelles : Sc. du normatif, 0 déf. jur de F  
\*art. 16 DUDH 1948 - art. 8 et 12 CEDH - C. Civ.

### I – ABSENCE DE DEFINITION DE LA FAMILLE

#### A – RAISONS

- **Existence d'une définition implicite** : « les époux pour se marier » et non « l'homme et la femme » (anc. C. Civ) . ↔ # de sexe évidente IDEM | fam. LEG |
- **Structurelles : façon dont s'est construit le droit**  
- 1804 : « le code civil est le code de la famille »

#### B – CHOIX DE POLITIQUE JURIDIQUE : UNE DEFINITION INDIRECTE

- **Neutralité de la définition** : % modes de conjugalité
  - Large palette laissée aux individus ( \*Loi 72, 99)
  - 0 mode de conjugalité MAIS mode de vie en commun, affection...
- **Bi parentalité hétérosexuelle** : une famille avec 2

auj. pluralité de codes/lois **OR** 0 titre % F SAUF qq art.  
**MAIS** |« les personnes » | **CAR** F basée sur relations ind.  
 Les liens juridiques apparaissent seulement = « la famille est dépourvue de personnalité juridique » \**Cass. 1860*  
 - Auj. : Xcation codes traduit 0 homogénéité de  
 Définition → Autonomie du Droit pénal, fiscal

parents de sexe différent  
 - Accès PMA ⇔ | couples mariés + concubins depuis plus de 2 ans | (\**art. 311 C. Civ.*)  
 - Refus d'insémination de convenance personnelle  
 • **Monopole donné au mariage (laïc + I°lisé)**  
 - Monopole : RF→1999 : une seule forme d'union  
 MAIS cela n'a pas tjs été le cas CAR Rome mariage *cum manu* ou *sine manu* puis *concubina* Brisé en 99 par PACS, institutions conjugales ou mariages à degrés, proximité avec le droit romain  
 - Laïcité : primauté du mariage civil sur religieux  
 Inf° pénale pour Min du Culte MAIS Sortie progressive de la laïcité par contractualisation (clause religieuse...RNE !) Quid communautarisme  
 - Rétrécissement s/ ménage : 12°→6°S° (Durkheim)  
 - Associations familiales : défense it^ mat. Et mor., mariage et filiation (piliers fondateurs), couples mariés sans enfant, toute PPHYS ayant charge d'enfant / filiation

## II – BROUILLAGE DE LA NOTION DE FAMILLE

### A – LE POIDS DES FAITS

- **Evolution mœurs :**
  - Recompositions ↘ décompositions familiales « 2<sup>nde</sup> familles » → Statut du beau-parent ? Pb du domestique
  - Couples homo : au grand jour, désir d'enfants...
- **Evolution des sciences :** techniques biomédicales dissocient sexualité / procréation → enfant d'un 1/3 donneur ? Maternités de substitutions (FIV)

### B – POIDS DE L'INTERNATIONAL

- **Droits de l'homme :** CJCE, CEDH
  - protection de la famille + construire que sa déf
  - famille = protection minimale des relations entre les individus, Effectivité
- **Droit comparé**
  - libéralisme maximal : effet boule de neige

## THEME N°2 : LES TRAITES CONTEMPORAINS DU DROIT DE LA FAMILLE

## Synthèse de l'évolution du droit de la famille au cours des quarante dernières années

## I – IDEES DIRECTRICES

- **Liberté** : Ouverture du divorce
- **Egalité** : « idéologie libérale » selon J. Carbonnier
  - Horizontale : homme/femme
  - Verticale : parents/enfants
- **Droit de la famille, + réduit que la famille, par essence**
  - Sources internationales : aujourd'hui surtout
  - Autres branches du droit : Civil (↔ les fondamentaux) MAIS ↗ forces centrifuges (CASF, CSP, Contrôle social des familles (« La police des familles »<sup>XVIII<sup>e</sup> s.</sup> → ★Loi 5 mars 2007), C. Conso.
  - Objet de réformes très tôt (c/ autres branches) :
    - ★Loi 8 mai 1816 de Bonald interdit divorce → ★Loi 27 juillet 1884, Naquet → 1816-1884 : droit laïc français beaucoup plus rigoureux que ne l'a été le droit canonique
    - Loi 1896 et 1912 : Recherche de paternité ouverte au-delà du viol ou enlèvement. Le code civil avait une réputation de « code bourgeois » jusque là.
    - 1891 : Usufruit au CS ( ¼ de l'usufruit)
    - 1923 : adoption des mineurs aux lendemains de la 1<sup>o</sup>GM
    - *Ajournamento* du droit de la famille en 1960 : ★Loi 1964, Tutelles ; ★Loi 1965, RM ★Loi 1966, Adoption ★Loi 1972, Filiation, ★Loi 1975, Divorce, ★Loi 1985, Egalité des sexes
    - 2<sup>me</sup> vague de réformes depuis 1999 : PACS, 4 mars 2002, 23 juin 2006, 5 mars 2007 ...

## II – SUBSTANCE

- **Evolution commune à tous les pays occidentaux** : « les mêmes causes ont les mêmes effets »
- **Spécificités français liées à la place du C. Civ. Sur la planète** :
  - conservation de choix passés : 4 cas de divorce MAIS l'étranger en a aussi 4 au fond
  - Résistance de l'ordre public : héritage de la Révolution Française dans la conception de la loi, sorte de mythologie de la loi qui doit garantir
    - Résolution de conflits : aspect pragmatique
    - Symbolique : tirer de la norme de grands équilibres → juristes + psy



I – LIBERTE : PLURALISME	II – CONSENSUALISME	III – INDIVIDUALISME
<p>Libre concurrence des modes de vie</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Classique, en cours</b> <b>d'achèvement</b> : Neutralité dans les modes de conjugalité <ul style="list-style-type: none"> <li>- famille légitime + apparition fam. Naturelle « à chacun sa famille à chacun son droit » <i>J. Carbonnier</i></li> </ul> </li> <li>- « l'enfant fait famille »</li> <li>● <b>Nouveau, plus hésitant</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Caractère religieux de la famille dans les droits coraniques</u> : Dans les Etats musulmans, le droit religieux est inscrit dans la C° DONC LEG. Puise dans le Coran ☺ Maroc, Tunisie, Turquie, Indonésie aux codes modernistes MAIS ☹ autres...</li> <li>- <u>Polygamie</u> : refusée en France mais les effets d'une décision étrangère sont admis en France (DIP)</li> <li>- <u>Répudiation</u> : marocain vivant en France, retourne dans son pays et fait une demande de répudiation pour court-circuiter la demande en divorce de sa femme en France</li> <li>- <u>Couples homosexuels</u> : adoption simple par le concubins ou le pacsé refusé par la C. Cass. (Cass. 20 fév. 2007, TGI Paris 27 juin 2001, Cass. 24 fév. 2006, art. 377-1 C. Civ.) « croyez- vous qu'Adam &amp; Eve avaient été concubins ou mariés ? » <i>J. Carbonnier</i></li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Le moteur est l'égalité. En 1804, <b>l'accord de volonté</b> permet de <u>rentrer dans un statut # Auj. de discuter un contenu.</u></li> <li>● <b>Démocratie familiale : époux condamnés à s'entendre</b> : Famille, cellule de base de la société doit être construite à l'image de la société DONC « co-gestion » (Apd des années 80)</li> <li>● <b>Vertus pédagogiques, apaisement des conflits</b> : la justice négociée préférée à la justice imposée MAIS pression du judiciaire <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Médiation</u> : art. 131-1 s. NCPC, 373-2-10...</li> <li>- <u>Procédures</u> : homologations% AP, passerelles (art. 255 C. Civ.)</li> <li>- <u>Accord de volonté</u> : art. 265-2 (RM), 268 (PC)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Famille, lieu du collectif pendant longtemps</b> L'Etat-providence permet le divorce des femmes CAR prestations sociales SINON paupérisation</li> <li>● « Je », <b>résultat du droit au bonheur</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Autonomie individuelle</u> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Parole de l'enfant ★Loi 5 mars 2007</li> <li>○ Autorité parentale : un droit fonction (but, pour que) et non un droit subjectif (droit à ) art. 371-1 C. Civ. Ex. : IVG sans autorisation parentale, idée de majorité médicale (Québec)</li> <li>○ Divorce : sanction → faillites, remèdes : un droit au divorce</li> <li>○ Transmissions successorales : MEP, recul sur la réserve, volonté du <i>de cuius</i> « impose la volonté de la propriété par la mort »</li> </ul> </li> <li>- <u>Identité individuelle &gt; fonction collective</u> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Transsexuels</li> <li>○ Adoption : accès aux origines ★Loi 22 janv. 2002, création du CNAOP</li> <li>○ Revendications de couples homosexuels.</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>

## THEME N°3 : L'EGALITE EN DROIT DE LA FAMILLE

## I – LES CONCEPTS D'EGALITE ET D'ANALOGIE

- **Egalité** = concept abstrait, idéologie
- **Analogie** = du grec *analogia*, mécanisme vers un résultat plus concret, ressemblance

\**Droit en quête de sagesse, G. Cornu*

- ⇒ Comparaison : difficile CAR opération jamais neutre. Il faut déterminer un point de vue comparatif. Inexistence en soi. « Donnez moi un levier et je vous soulèverai le monde » *Archimède*
- ⇒ « Ce qui est semblable doit être traité de manière semblable, ce qui est différent, de manière différente » : Justice proportionnelle, rendre à chacun ce qui lui est dû. Philosophie et Pensée Aristotélicienne (Aristote 384-322 –JC)

Justice proportionnelle aux antipodes de la justice arithmétique

Ex. : j'ai deux enfants, l'un a 5€, l'autre 10 €...

- ⇒ L'égalité universelle est-elle nécessaire ?

Refus de discriminations (*art. 14 CEDH*) car l'état ontologique d'une personne ne peut donner lieu à des distinctions, interdiction pour l'unité, verrouillé sur l'égalité

Jauger de la proportionnalité

Au-delà d'un grand concept exprimé, d'une vérité vraie en provenance du droit naturel, a-t-on véritablement une égalité pour tous ? Qu'est ce que l'égalité ?

## II – EGALITE DES SEXES ? : MARIAGE ET FILIATION

- **Mariage** :
  - Institution sentimentale aujourd'hui, fruit de l'Amour aujourd'hui, conception récente éclore au cours du milieu du XX<sup>e</sup> siècle contrairement aux mariages blancs et aux mariages imposés des siècles passés
  - Question du contrat de mariage avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle
  - L'égalité, identité synonymie parfaite alors qu'une différence minime relève analogie

« Si l'égalité égalait l'analogie, celle-ci serait réduite au néant »

- « la présomption de paternité est le cœur du mariage » J. Carbonnier
- La famille est le lieu naturel de reproduction OR la construction d'une famille sur un couple de même sexe rompt avec la finalité première. L'égalité des sexes ou le suicide de la nation ? → Présomption de co maternité au Québec ? : couple conjugal / parental.
- Quid du mariage homosexuel : captation du droit de la famille, nœud .

- **Filiation** :
  - Risque d'éviction du vrai géniteur (biologique). L'expérience de l'adoption n'appelle-t-elle pas à la prudence ? (jurisprudence / jurisprudent / juriste prudent / )
  - Règle culturelle, choix du rattachement (social) pour éliminer le vrai géniteur ? Quels Risques pour l'enfant ? la nation ?
- **Différence de traitement** :
  - égalité dans la loi = régularité
  - égalité devant la loi = comportement.

## LES CONCEPTS D'EGALITE ET D'ANALOGIE : LA QUESTION DE LA SIMILITUDE OU DE LA DIFFERENCE ENTRE COUPLES DE SEXE DIFFERENT ET COUPLES DE MEME SEXE

« Liberté, Egalité, Fraternité » : la devise de la République Française figurant énoncée à l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 de la V<sup>e</sup> République proclame en son cœur et en son deuxième terme à la fois, véritable axe de symétrie, le principe d'égalité.



Le mot égalité signifie, que la loi est la même pour tous, que les distinctions de naissance ou de condition sont abolies. En quelque sorte, l'égalité est l'abolition des privilèges dans leur acception la plus vaste possible :

- La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 proclame alors dans son article premier « Tous les hommes naissent de demeurent libres et égaux en droit », égalité inhérente à la personne humaine. Dans un contexte ici Révolutionnaire, l'égalité déjà s'enracine dans le droit.
- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 dans son article 3 dispose « tous les hommes sont égaux par la nature devant la loi » : c'est l'égalité des hommes par nature.
- La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 proclame à son tour, dans le contexte d'après-guerre cette fois, dans son Préambule à l'article premier « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »

A ses côtés, cohabite le principe – voué aux femmes hier ? – d'analogie selon lequel, du grec *analogia* une similitude existe entre des choses ou idées de nature différente ; c'est une ressemblance. Ce second concept, est une sorte de « péri-égalité », de « semi-égalité », autrement dit voisin de l'égalité parce qu'aboutissant à un résultat parfois identique, mais souvent seulement proche, semblable, tout du moins suffisamment éloigné pour demeurer être différent. Si l'égalité égalait l'analogie, celle-ci serait alors réduite au néant.

Il semblerait que le principe d'analogie, au regard de l'histoire de la République, soit, sans doute le premier combat de la femme, des femmes, de la cause féministe, ce que le XX<sup>e</sup> siècle a nommé la libéralisation ou l'émancipation de la femme. (Droit de vote ORD. 21 avril 1944, Loi Veil du 15 janvier 1975 (14 semaines)

Tacitement assimilées à des hommes dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – le Déclaration des Droits de l'Homme et de la Femme eut été sans doute plus audacieux ? - , le pouvoir de la femme, le droit de la femme, et faut-il dire des femmes, peu à peu émancipé en direction de l'égalité a connu pour anti-chambre l'analogie. L'égalité de l'homme et de la femme, l'avènement de l'égalité des sexes abolit la misogynie du législateur dont est empreinte le Code Napoléon. Il faut attendre le Préambule de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République du 27 oct. 1946, faisant partie aujourd'hui du Bloc de Constitutionnalité pour que la proclamation de l'égalité entre l'homme et la femme figure au sommet de la hiérarchie des normes : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. »

Homme et femme, femme et homme, Adam et Eve, Eve et Adam aux prémices de la civilisation, semblent être une union formant un couple. Dès lors, la dimension d'égalité et d'analogie peut être centrée, sinon recadrée, sur l'étude des couples. L'homme a-t-il plus de pouvoir que la femme ? Tel un rapport maître / valet au XVIII<sup>e</sup> siècle, les relations homme / femme sinon du couple du XIX<sup>e</sup> siècle marquent le combat de la femme pour l'égalité des sexes. Entériné tardivement par le législateur, un homme = une femme : l'égalité des sexes semble gagnée ou être opérée : en témoigne la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, encore que subsiste des analogies ?

Aux prémices du XXI<sup>e</sup> siècle, le débat porté au siècle dernier sur l'égalité homme / femme dans le couple semble éteint, celui plus contemporain de l'égalité entre couples de même sexe et couple de sexe différent surgit en revanche. Le couple d'hier, singulier, les couples d'aujourd'hui, pluriels, témoignant de l'évolution des mœurs, des mentalités, des modes de vie.

Pourquoi alors ne pas s'interroger, comme on s'interrogeait hier sur l'égalité des sexes dans le couple – sacrement légitime ! –, somme toute l'égalité du couple, dans un cadre plus contemporain, plus actuel, plus moderne sur l'égalité des couples ? Dès lors, et aux vues de la reconnaissance juridique de l'existence des couples de même sexe, l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels .

Si un homme égale une femme, pourquoi par syllogisme (égalité ou analogie ?) ne pas prôner que deux hommes égalent deux femmes égalent, tout aussi, un homme plus une femme. Quelle définition du couple faut-il alors donner, pardon des couples ?

La définition du couple « copula » a évolué au gré des mœurs :

Synonyme de liaison entre un homme et une femme, « le mari et la femme, l'amant et l'amante ou deux personnes vivant ensemble dans des relations d'amitié ou d'intérêt » selon le Dictionnaire de la langue française. La dimension hétérosexuelle apparaît en filigrane.

En sociologie, le couple caractérise toute relation privilégiée avec autrui, fondée sur l'amour ou sur la liberté. Conjoint ou « équivalent » dans une relation où la finalité relève de soi.

Si l'unique couple paraissait être celui reconnu par l'union de deux personnes unies par les liens de mariage depuis l'Antiquité jusqu'au XXI<sup>e</sup> siècle, il n'en demeure pas moins qu'il existait des « couples sans mariage » et des « mariages sans couple » : les premiers sont les alliances économiques entre un homme et une femme, les mariages conclus entre deux groupes sociaux pour la Paix ; inversement, les seconds désignent les nombreux mariages blancs. En effet, le XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècle fait apparaître la notion d'amour, absent du code civil qui d'ailleurs se cantonne un demi-millénaire plus tard au seul devoir de « fidélité » de l'article 212 du Code Civil. Inévitablement, l'Amour ne s'improvise pas !

Le Doyen Cornu définit le couple comme « l'union que forment un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles et en général une communauté de vie, soit en mariage soit hors mariage et se fit parfois de deux individus de même sexe qui vivent ensemble ». Vision avant-gardiste du Doyen Cornu, le couple fait son entrée dans le code civil en 1994.

Il convient dès lors de s'interroger sur l'égalité (iso, idem), l'analogie (quasi) entre les couples homosexuels et hétérosexuels : Le couple homosexuel égale-t-il son homologue traditionnel hétérosexuel ?

Sur le fondement du principe d'égalité, des ressemblances ou similitudes entre les couples incontestablement surgissent (I), pour autant, les couples de même sexe ne sont qu'analogues de leurs voisins hétérosexuels (II)

Le législateur, comme la reconnaissance d'une égalité homme / femme a été objet d'une lutte de longue haleine, reconnaît des ressemblances aux couples homosexuels et hétérosexuels, lesquelles (ressemblances) naissent de l'égalité reconnue « à tous » ; néanmoins, prime le principe d'analogie.

Pendant de l'égalité, le principe de non-discrimination concerne l'homme, la femme, le couple, les couples de même sexe ou de sexe différent. :

- Énoncé à l'article 7 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 :  
*« Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination »*
- Par l'article 14 de Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950 entrée en vigueur le 3 sept. 1953 :  

**Article 14 . Interdiction de discrimination**  
La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
- Par la Cour de Justice des Communautés Européennes : nombreux arrêts fondés sur le principe de non-discrimination énoncé à l'article 6 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE) concernant cependant la nationalité ici :  
*« Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité »*
- Par l'article 2 du Traité de Rome du 25 mars 1957, un droit européen de la femme  
*« La Communauté a pour mission [...] de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ».*
- Par l'article 3 de la Constitution du 4 oct. 1958 de la V<sup>e</sup> République, dernier alinéa :  
*« La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux »*

Intimement lié au principe de non discrimination, l'égalité ou la rupture de l'égalité du ou des couples appelle à s'interroger sur l'égalité du droit de la famille d'aujourd'hui, d'un droit de la famille contemporain et actuel, aux mœurs et mentalités plus libérales.

L'égalité ne doit-elle pas consacrer le droit à la différence ? Le principe de non discrimination en est le principe intermédiaire entre différence et analogie.

## I – La proclamation d’une égalité pour tous accoucheuse de ressemblances des couples

La proclamation de l’égalité, droit de première génération, incite à la réflexion d’une égalité des sexes qui s’enracine de manière plus chaotique dans le droit (A) devant affronter la proximité et la promiscuité des modes de conjugalités (B)

### A. Egalité en droit synonymie d’égalité des sexes ?

Qu’est ce que l’égalité ? (1) Qu’est ce que l’égalité des sexes : de la suprématie de l’homme par l’homme à l’avènement d’un code civil asexué sinon hermaphrodite (2) ?

#### 1. *Définition juridique de l’égalité*

Le principe d’égalité est la charnière des systèmes politico-juridiques en ce qu’il édite des rapports entre l’Etat, d’une part, et la Société civile, d’autre part, par la médiation de la loi, elle-même expression de la volonté générale. Existente une égalité en amont et une égalité en aval de tout acte, de toute prescription légale.

La pyramide des normes, la hiérarchie de normes élaborée et proposée par Hans Kelsen (*Prague 1881 – Orinda Californie 1973*) permet alors de distinguer l’égalité devant la loi de l’égalité dans la loi.

L’égalité devant la loi se définit comme le principe selon lequel les organes d’application du droit ne peuvent prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes. C’est un principe de régularité de l’application du droit.

L’égalité dans la loi concerne le contenu même de la loi : le législateur ne peut former ou fonder une différence de traitement que dans certains domaines. De plus, il lui est défendu de fonder une différence de traitement sur certains critères expressément prévus : la race, la religion, la classe sociale, la fortune. C’est ici le principe de non-discrimination qui est évoqué, expression même du principe d’égalité (dans la loi).

Selon Maurice Hauriou (1856-1929), l’égalité s’opère par la généralité. Existe une règle légale pour tous, applicable à tous ; et, le principe d’égalité est satisfait par le seul fait que la décision individuelle se fonde sur une règle générale.

Hans Kelsen, à son époque, défend les idées des positivistes germaniques pour qui le débat de l’égalité devant la loi concerne davantage les droits fondamentaux (qu’il faut limiter). Autrement dit, et sans doute la hiérarchie des normes en témoigne – elle, l’égalité serait l’expression de droits et libertés fondamentaux par les limites posés à ces derniers.

## 2. De l'inégalité des sexes à la neutralité : la naissance d'un droit asexué ?

Trilogie du droit : misogynie (a), émancipation ou droit des minorités (b), avènement d'un code civil neutre (c)

### a) Misogynie Napoléonienne garante de la protection de la femme ?

La question de l'égalité des sexes éclos par le constat d'inégalités fondées sur la différence de sexe. Discrimination dans toute sa splendeur au regard de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dans son article 14, il n'en demeure pas moins que l'inégalité sexuelle a traversé les siècles avant de s'effacer, de s'estomper.

Historiquement, la hiérarchie des sexes était établie à travers le schéma selon lequel l'homme domine la femme soumise. Par nature, l'homme voué à la chasse (esprit de prédateur), la femme à la cueillette (esprit plus passif, plus retiré), s'est ajoutée une volonté masculine de contrôler la fécondité. Cet enjeu du pouvoir « de lui sur elle » fonde l'enjeu de la division sexuelle du travail.

Au-delà de la volonté masculine de maîtriser la gente féminine, s'est installé un « univers symbolique commun », une sorte de « fonds commun universel » ayant adopté ce schéma hiérarchique, preuves à l'appui qu'il n'existe pas de contre modèle féminin.

Aucun « status » n'était accordé à la femme réduite dans sa fonction génitrice, achetée par le mari avec pour mission de lui donner une postérité (Napoléon Ier instaure le divorce car Joséphine de Beauharnais ne peut lui donner d'enfant). Le mari disposait de surcroît de la propriété du corps de la femme – la comparaison contemporaine avec l'article 16 est effarante – et seul l'adultère de la femme était réprimé. Le mari avait la tutelle sur son épouse, la *manus* en droit romain. L'idée là encore d'inégalité des sexes se retrouvait non seulement entre l'homme et la femme mais entre le garçon et la fille : la dévolution successorale était réservée aux seuls héritiers masculins.

Les lois saliques (Haut Moyen-Âge, IV<sup>e</sup> siècle, peuple des Saliens dont Clovis fut l'un des premiers Rois) mettent les femmes à l'écart du pouvoir politique leur interdisant de succéder au trône de France, dont leur rôle fortement asphyxié par le pouvoir de l'homme sur la scène politique ne reviendra qu'en 1944 (GPRF, 21 avril 1944 : droit de vote).

La Révolution Française tente de supprimer toute différence liée à la différence de sexe avec l'évanouissement progressif du « droit de masculinité » au profit « des droits de la femme »

Entre les droits de première génération et de deuxième génération, une tendance favorable aux droits des femmes a permis de rattraper le retard juridique non en posant un handicap (un poids) sur le droit purement masculin mais en privilégiant et proclamant les droits de la femme, pour une égalité homme / femme. C'est l'élévation de la femme à l'homme.

Contrepartie de la discrimination féminine ou explication de seuls droits de l'homme, la protection de la femme est garantie par le législateur civil : à travers la puissance maritale, seul le mari exerce les pouvoirs y compris sur les biens propres de son épouse, surgit l'idée qu'il lui assure protection et assistance. Madame peut toutefois demander la séparation judiciaire.

Le droit du travail surtout est plus protecteur car la femme, mère potentielle, est plus fragile. Une prolifération des législations s'enracine dans le droit au cours du XIX et XX<sup>e</sup> siècle (Germinal) : femmes enceintes, durée du travail limité, repos hebdomadaire irréductible, éloignement des travaux dangereux et pénibles, mines...

### b) Emancipation des femmes ou droits des minorités ?

Les revendications des femmes à travers les courants féministes sont intelligemment menés, dans une idée de complémentarité, comme une volonté de ne pas blesser dans sa propre estime la gente masculine. Si les bouleversements politiques surgissent pendant la Révolution Française, c'est sans doute aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale que ces derniers sont les plus significatifs en droit civil comme en droit du travail

En droit civil d'abord, la suppression de la puissance maritale laisse la libre gestion des biens de la femme acquis dans l'exercice d'une profession. L'autorité parentale (Loi du 23 déc. 1985) tend à conférer une égalité entre « le père et la

mère », tout comme la suppression du choix du lieu de résidence de la famille de manière unilatérale par le mari, désormais choisi communément « par les époux ».

En droit du travail, face aux écarts de salaires, gisent les principes proclamant l'égalité homme / femme : « à travail égal, salaire égal », « égalité des chances »...

Le mouvement de libéralisation de la femme dans les années 70, plus qu'un affranchissement dénoncé les inégalités des sexes à l'instar du racisme. Plusieurs idées sont défendues par les militantes :

- le corps de la femme appartient à la femme : la fonction génitrice n'est pas obligatoire, chacun dispose de son propre corps humain : contraception, IVG, divorce, relations homosexuelles prennent naissance
- l'égalité des sexes est un moyen d'action efficace au-delà des proclamations
- femme et politique : le mandat électif voit arriver la méthode des quotas (25% : un pas en avant mais alors pourquoi pas proportionnalité ?), la notion plus contemporaine de parité (garantie des droits d'une minorité ?)
- la grammaire de la langue française encore misogyne ? Madame la/le Président(e) ?...

### c) Avènement de la neutralité ou un code civil hermaphrodite

La division sexuelle est ébranlée par la survenance, au-delà des revendications des femmes à jouir des droits de l'homme, celle des hommes à assurer les fonctions jusque là réservées : « nouveaux pères » (congé de paternité de 15 jours). Un droit de plus en plus neutre pour redresser un équilibre. N'est-ce pas là, par essence, le rôle de la justice ?

- Droit civil : égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, harcèlement sexuel, gestion des biens du mineur
- Droit du travail : protection des salariés encore plus neutre que le droit civil

Existeraient alors des discriminations positives légitimes et illégitimes. Les discriminations positives légitimes seraient tolérées, les secondes seraient en elles-mêmes source de discrimination.

« Code civil rendu complètement hermaphrodite » ? Carbonnier / Cornu ?

Les discriminations positives prennent naissance aux Etats-Unis dans la théorie de *l'affirmative action*, mouvement dont le programme est la distribution préférentielle d'un bien ou d'une prestation aux membres d'un groupe social défavorisé. Le contenu est plus vaste sur l'Hexagone s'il est justifié, comme en France, par une différence de situation.

La discrimination positive fonderait-elle alors la discrimination : équilibre subtil garanti par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ?

## B. Proximité ou promiscuité des modes de conjugalités : de la différenciation à l'assimilation

### 1. *Couple / Couples : une définition variable au gré des époques*

« L'avenir du concubinage est dans le mariage » J. Carbonnier : la question du mariage englobe indéniablement celle de la différence de sexe paraissant a priori depuis l'origine des civilisations « naturelle », mais pourtant confuse par le seul mot « couple », terme bisexuel en lui-même.

« Boire, manger, coucher ensemble, c'est couple me semble » : L'adage proposé par Loysel (Antoine Loysel, 1536-1619, juriconsulte en droit coutumier français) témoigne de l'évolution, de la libéralisation de la notion de couple (et de mariage ?). Le mariage homosexuel aux Pays Bas, précurseurs en la matière, est parfois confondu avec le statut du concubinage. Dès lors aujourd'hui le concubinage, demain le mariage et bientôt la filiation ?

La différence de sexe dans le mariage est-elle alors une discrimination ?

La discrimination peut être fondée sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle

- La discrimination fondée sur le sexe  
Célèbre affaire de Bègles où Noël Mamère a célébré le premier mariage homosexuel annulé pour non respect de l'OP entérinant le sketch de Coluche et Thierry Leluron 20 ans plus tôt. La prohibition du mariage entre deux personnes de mêmes sexe semble être alors elle-même une discrimination (au mariage) fondée sur le sexe. Cela étant subsiste un doute dans la mesure où la discrimination serait d'interdire à un sexe ce qui est autorisé à l'autre, or, l'interdiction vaut ici pour les deux sexes.

La Cour suprême d'Hawaï dans une affaire s'est fondée par analogie sur le raisonnement adopté concernant la discrimination raciale.

Cela étant, la prohibition du mariage entre des personnes de races différentes (blanc et noir) aux USA n'est pas une discrimination et est empreinte d'une parfaite égalité : La volonté était de préserver la race blanche et pénaliser la noire. Des lors dans le mariage, la différence de sexe est-elle un élément du mariage ou une simple modalité ?

- La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Si l'orientation sexuelle est semblable à celle du partenaire (époux ?), la prohibition des discriminations a été constatée dans de nombreux pays : USA, Canada, Afrique du Sud, Israël, Hongrie...

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne figure pas énoncée parmi les interdictions édictées à l'article 14 CEDH mais la liste n'a pas de vocation exhaustive (Arrêt Lisa Grant 17 fév. 1998).

## *2. Couples homo / hétéro : la réception juridique d'une réalité sociale*

« Ce qui est semblable doit être traité de manière identique, ce qui est dissemblable de manière différente »

Le droit français considère uniquement la première partie de la phrase car le deuxième volet de ce principe est vu comme une extension trop étendue des pouvoirs du juge. Le juge dispose en effet de l'appréciation souveraine de ses décisions et peut traiter d'égal à égal, peut appliquer deux solutions identiques à deux faits identiques ; pour autant, il n'a le pouvoir ni la compétence ni même l'arbitraire de traiter de éléments différents de manière différente.

L'égalité est une méthode d'établissement des classifications et non uniquement une généralité de catégories énoncées par le législateur

L'égalité permet la comparaison de situations concrètes : ressemblances et dissemblances à toutes situations juridiques mais l'intérêt est la recherche de solutions les plus pertinentes et « essentielles »

Une certaine proportion doit subsister entre traitements et situations : nécessité, avantage non excessif, non discrimination pour la CEDH et abolition des privilèges.

Les couples homosexuels sont traités par analogie, assimilés c'est-à-dire que ne s'opère qu'une égalité partielle : l'accès au mariage leur est refusé, toutefois, l'aménagement du PACS par la loi du 15 nov. 1999 leur confère un certain statut plus protecteur notamment (art. 515-1 s.) exemple : solidarité des dettes et des dépenses, régime équivalent à celui des époux mariés sous la séparation de biens (loi du 23 juin 2006).

Le droit français demeure hostile à la reconnaissance du mariage homosexuel, ayant pris le parti d'instaurer le Pacte Civil de Solidarité par la loi du 15 novembre 1999 (art. 515-1 et suivants du Code civil), contrairement à ses voisins espagnols, belges ou encore hollandais... De plus il faut souligner les mouvements homosexuels (association gay et lesbien) à revendiquer leur différence et être assimilé à des époux à part entière.

La devise du droit des couples serait alors autre : « couple à part » « couple à part entière » voire « couples à part entière ».

*Transition* : le droit français a recours au concept d'analogie pour offrir néanmoins un statut aux couples auxquels il refuse de conférer rang égalitaire au traditionnel couple hétérosexuel.

Le couple homosexuel n'est pas situé d'égal à égal au couple hétérosexuel : il n'est qu'un analogue, une ressemblance.

## II – Les couples homosexuels, analogues et leurs homologues hétérosexuels

### A. La timide libéralisation du mariage

#### 1. *Mariage d'hier : un couple formé d'un homme et d'une femme*

Dans sa conception traditionnelle, Napoléonienne, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme : tacite et évident pour les rédacteurs du code civil, la définition du couple marié aurait-elle connu ou subi quelques balbutiements au nom du principe de non discrimination ?

Aux termes de l'article 12 de la CEDH, le mariage est l'union de deux personnes de sexes biologiquement différents : peuvent être soulevés le *quid* des transsexuels (le sexe d'une personne a été biologiquement modifié : dès lors, quel sexe faut-il prendre en considération ? celui de naissance ? celui médicalement modifié ? celui figurant sur l'état civil ?) ; ainsi que la question de l'union de deux personnes de sexes différents, dans une vision restrictive du mariage homosexuel, qui se distingue, bien que certains auteurs de doctrine les assimilent par souci de clarté ou volonté de (trop de) simplification ?, aux partenariats enregistrés.

La redéfinition du mariage est consommée dans les pays limitrophes (Belgique, Pays Bas, Espagne) : ouverture du droit au mariage pour les partenaires enregistrés, « communauté de vie physique, morale et spirituelle » imposant des « devoirs de cohabitation et fidélité » : telle serait la définition du mariage de demain...sinon déjà d'aujourd'hui ?

#### 2. *Les mariages de demain : les balbutiements de la notion de couple marié en une demi-décennie*

A travers l'atteinte au droit de se marier, c'est le droit au respect de la vie privée et familiale qui est soulevée. De nombreux textes garantissent la liberté du mariage (Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 déc. 1948, Charte de Nice de 2001, CEDH).

En France le mariage relève de la liberté individuelle selon le Conseil Constitutionnel : s'il est traditionnel, il n'y a pas de discrimination, si le mariage est libéralisé il y a atteinte à la liberté du mariage.

Selon la CEDH, la relation homosexuelle des couples mariés relève non d'un élément de la vie familiale mais de la vie privée. Est ici retrouvée la dissociation entre sexualité du couple et fondation de la famille (dont la vocation primaire est l'enfant ?)



## B. Homme + Femme = 3 : une équation inébranlable

### 1. *Le couple parental (# conjugal) et la place de l'enfant*

Couple, Filiation et Parenté : le désordre du droit est dicté par l'idéologie égalitaire, la concurrence du droit civil par d'autres branches du droit.

- le couple : passage du mariage incontesté au concubinage (union libre), au pacs et au mariage homosexuel
- la filiation : maîtrise du processus de reproduction, pression de la vérité biologique, la vérité sociologique demain avec les PMA
- la parenté : les familles recomposées.

La neutralité du droit civil face aux différentes modes de conjugalité met en exergue un droit de la filiation qui n'est plus construit sur la distinction couple marié et non marié. L'effacement du couple conjugal dans les structures de parenté est flagrant, la promotion du couple parental se conjugue avec la législation mettant en avant « l'intérêt », la place de l'enfant.

Dès lors, le couple fut-il parental ou conjugal peut-il être l'union de deux personnes de même sexe ? L'enfant de parents homosexuels n'a-t-il pas le droit d'être traité d'égal à égal avec l'enfant de parents hétérosexuels ? Si oui, sans doute sur le fondement d'un droit de l'enfant, n'est-ce pas tout de même reconnaître une analogie entre les couples de même sexe et leurs homologues de sexe différent que de reconnaître aux enfants (des uns comme des autres) des droits identiques ?

L'égalité entre couple et même sexe et couple de sexe différent semble être repoussée par le droit français qui préfère avoir recours au phénomène d'analogie. Dire que deux choses distinctes peuvent jouir d'un même régime n'est pas dire que ces choses sont égales : subtile distinction ou réalité somme toute biologique.

Au nom des droits et libertés fondamentaux, n'existe-t-il pas malgré tout une différence, incompressible entre couple de même et de différent sexe ? L'enfant, fruit d'homme et d'une femme est une loi de la nature, une loi scientifique que nulle loi, nul phénomène sociologique ne peut atteindre.

### 2. *L'alliance du masculin et du féminin, génèse de notre société*

Le droit français, à travers notamment la filiation, prône la vérité biologique : c'est la preuve par les lois de la République que tel enfant a pour père et mère ses géniteurs, adoptants... Dès lors, ne faut-il pas prôner, et c'est le parti que semble prendre le droit français, la vérité toujours biologique, médicale, physique selon laquelle un embryon naît de l'alliance d'un homme et d'une femme, et, aucunement de deux femmes, ni, pour autant, de deux hommes.

Si l'évolution de la science, si l'évolution des mœurs, si l'évolution sociologique de la société française tend à présenter comme identiques les couples homosexuels et hétérosexuels (Il faut ici souligner que le débat du « couple » aux homosexuels a été très vigoureux), il n'en demeure pas moins que la vérité biologique sera éternellement autre : parce qu'un enfant naît d'un homme et d'une femme. Appliqué au mariage, l'enfant ne semble en effet pas concerné, de sorte que l'égalité totale entre couple homo et hétéro semble pouvoir s'opérer. Cela étant, n'est-il pas porter atteinte à l'institution du mariage que de le condamner dans son but, sa finalité première : la procréation et le fondement d'une famille.

La famille unie (père et mère) par les liens du mariage hier deviendrait demain une famille voué à être désunie (père + père / mère + mère) : si naît un enfant, au nom de la vérité biologique, celui-ci verra forcément éclater la famille homoparentale.

Si l'égalité était réellement avérée en un couple formé de deux hommes ou femmes et un couple formé d'un homme et d'une femme, le droit n'aurait-il pas déjà reconnu la véracité de l'égalité plutôt qu'une construction par analogie.

En outre, l'alliance d'un homme et d'une femme n'est-elle pas un principe génèse de notre société ? Le droit n'a-t-il pas pour mission d'assurer le respect l'ordre public, la pérennité de l'intérêt général ? N'est-ce pas suicider une société que d'ouvrir aux couples homosexuels le mariage, avec les autres problèmes et questions que cela engendre : filiation, successions...

## THEME N°4 : CONTRAT ET FAMILLE

- **Contrat** : la loi des parties, \*art. 1134 C. Civ.
  - contenu obligationnel, force contraignante, contrainte
  - autonomie de la volonté : les parties choisissent et donnent leur propre norme
  - une limite : l'OP (contrat de travail, statut de fermage...)
- **Institution** : /Statut/ = Etat, ce qui est donné par la société ne se négocie pas (% DIP)
- **Mariage : à cheval entre contrat et institution**
  - contrat de mariage = contrat à part entière avec les limites de l'OP
  - Institution = régime primaire, indiscutable, état matrimonial
  - # contrat d'adhésion qui peut être modifié, discuté par les forces économiques
- **Accord de volonté**
  - consensualisme apparent en droit de la famille à travers le statut MAIS non pour autant un contrat de droit commun, non un contrat dans son sens commun
  - Accords de volonté, tous sous contrôle du juge, œil des l'OP
  - Ex. : changement de RM, l'OP subsiste, homologation de la convention concernant l'exercice de l'AP en cas de séparation des époux
  - Ordre public de protection et non de direction : sceau du juge nécessaire SINON aucune force contraignante
- **Donation = contrat**
  - librement révocable entre époux jusqu'en 2004 MAIS principe d'irrévocabilité des donations entre époux CAR
    - o donner et retenir de vaut
    - o irrévocabilité inhérente au droit commun
  - idem : société entre époux, ventre entre époux même si une partie de la doctrine pense que la vente entre époux n'est possible que de masse propre de l'un à masse propre de l'autre (# masse commune !)

### I – Contrat et obligation extrapatrimoniale

#### A. Statut

- 1/ Pas de libre maîtrise du contenu des accords de volonté
- 2/ Force des accords de volonté : consécration judiciaire + révocabilité

#### B. Indisponibilité de l'objet

- 1/ PACS, contrat d'après le C. Civ. MAIS faux contrat : c'est une institution
- 2/ Mariage à degré emprunté au droit romain retrouvé : mariage Republicain plus contraignant mais plus protecteur.  
contractualisation = seule image

### II – Contrat et droit patrimonial

#### A. Adaptation aux règles de formation des contrats

- pour autoriser l'interdit : PSSF ouvert par faveur du mariage
- nullité des sociétés et ventes entre époux
- formalisme renforcé : authenticité du mariage

#### B. Adaptation du droit des contrats dans les effets de la force obligatoire

- force affaiblie : art. 267, 217, anc. 1096 C. Civ.
- force renforcée : immutabilité RM

« Société liquide » : rôle de l'accord de volonté grandissant

## CONTRAT ET FAMILLE

La solution adoptée par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'arrêt *Garcia-Avello* du 2 octobre 2003 \*semble tendre à laisser les parties librement choisir leur nom, quand bien même la question du nom de famille, statut personnel, relève de droits indisponibles. L'autonomie de la volonté conquiert dès le terrain des droits indisponibles touchant à la famille. Dès lors, dans quelle mesure le contrat rivalise ou est au service de la famille ?

\* Monsieur Garcia-Avello, espagnol, épouse une belge et le couple donne naissance à deux enfants : le nom du père est donné aux enfants par application de loi Belge pour la Belgique ; mais, une demande de modification du nom est réclamée. La CJCE invoque une « discrimination contraire à l'art. 12 TCE » de ne retenir que la seule nationalité Belge et non Espagnole et ainsi de faire primer la loi du for → Loi choisie par les parties M^SI droits indisponibles !!

L'article 1101 C. Civ. dispose « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à faire, ne pas faire ou donner quelque chose ». Pendant du droit des obligations, aux frontières de la responsabilité délictuelle, et source de responsabilité civile, le contrat, né en droit romain, est ainsi une obligation par laquelle une personne s'oblige envers une autre à une obligation de *facere, non facere, dare*.

A priori aux antipodes, la famille, dont la définition semble plus compromise, délicate et périlleuse, touche au statut personnel et familial, droits indisponibles. Pour autant, l'avancée du consensualisme en droit de la famille est notoire.

Après avoir envisagé dans quelle mesure le contrat est étranger à la sphère réservée et institutionnelle de la famille (I), le second temps de la réflexion portera sur l'avènement de la privatisation de la famille (II)

## **I – Le contrat, étranger à la sphère institutionnelle familiale**

### **A. Famille traditionnelle et droits des contrats : deux branches distinctes**

- Placé au cœur du droit des obligations, le droit des contrats est celui de la responsabilité contractuelle : c'est l'expression de l'autonomie de la volonté exécutée aux termes de l'article 1134 alinéa 3 de bonne foi. L'article 1101 du Code civil énonce le principe du consensualisme qui prend naissance en droit romain à travers les différentes formes de contrats formalistes (le *nexum*, la *stipulatio*, les contrats *litteris*), les contrats réels (*mutuum*, *fiduci*, *comodat*, contrat de dépôt, contrat de gage) ou consensuels (contrat de vente, contrat de société, *contra de mandat*) plaçant en leur cœur la nécessité du consentement.
- A ses côtés, figure, depuis l'origine des temps, le droit de la famille dont la notion d'ordre public est indéniablement inhérente. Le droit de la famille est touché par le droit des contrats de manière indirecte : Ne nomme-t-on pas dès la Révolution Française le contrat de mariage, « le contrat civil » ? La résiliation quelque peu particulière de ce « contrat civil » aussi n'est-elle pas prévue – certes par intermittence – par les lois successives prohibant et rétablissant le divorce ? Ainsi, soient quelques aspects du droit des contrats au cœur du droit de la famille : deux sphères *a priori* étrangères qui pourtant se conjuguent.

## B. La complétude du droit de la famille par le droit des contrats et sa réciprocité

- L'immixtion du droit des contrats dans la famille semble avérée, de sorte qu'il est même inconscient d'estimer que ces deux branches du droit soient cloisonnées. A travers le consentement, le droit de la famille et la famille se construisent :
  - Le mariage : Art. 144 C. Civ. « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus » La place laissée au contrat, et plus précisément au consentement de chaque époux est immense dans le droit du mariage. Comme la validité d'un contrat de droit commun est soumise au consentement, la capacité, l'objet, la cause ; le mariage, contrat civil, est lui aussi calqué sur son homologue soumis à de telles conditions
  - Le divorce : Art. 229 C. Civ. Là encore, la dissolution du mariage nécessite le consentement de chacun des époux. Sur le modèle d'un contrat de droit commun, la résiliation d'un contrat, spécifique parce que nommé le mariage, est prévue, doublé là encore d'une dimension consensuelle, sans doute plus vaste qu'en droit commun.
  - Les contrats de mariage : = convention par laquelle des futurs époux organisent leur relation entre eux, à l'égard des tiers et par rapport à leurs biens. Le libre choix du régime matrimonial est l'expression même de la volonté de la future famille.
- Réciproquement, le droit la famille fait son entrée dans le droit des obligations, et de manière plus générale le droit des personnes
  - le contrat *intuitu personae* : contrat conclu en considération de la personne
  - le droit de la consommation : protecteur de la partie faible, quasi systématiquement une personne physique, mais néanmoins aussi et de plus en plus gardien des fragiles personnes morales.
  - Le rôle de la personne dans le contrat peut être indifférent. Mais celle-ci demeure nécessaire qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, importante, ou, déterminante. En tout état de cause la personne morale est alors représentée par une personne physique.

Le droit de la famille complète et est complété par le droit des obligations, de sorte que l'on assiste à une privatisation du droit de la famille

## **II – La privatisation du droit de la famille**

### A. La place prépondérante concédée au consensualisme

- Indéniablement, l'autonomie de la volonté fait son entrée magistrale dans le domaine du statut personnel et familial, par essence, droits indisponibles. Dès lors, la libre disposition par les parties au-delà des droits disponibles mais également des droits indisponibles n'enfreint-elle pas la logique du code civil ?
- L'abaissement du mariage au rang des contrats de droit commun est la plus flagrante manifestation : « contrat civil » à l'époque de Voltaire, héritage de la Révolution Française oblige, s'opère progressivement depuis cinquante ans un alignement des causes de nullité du mariage. Le lieu de résidence est désormais choisi « d'un commun accord par les époux » (art. 215 al. 2 C. Civ.), tout comme « l'exercice de l'autorité parentale » (art. 371-1 C. Civ.) , au nom de l'égalité. Pire encore, la séparation amiable est consommée : l'un des époux voire les époux peuvent d'un commun accord décider d'une résidence séparée (art. 108 C. Civ.) ! Concubinage et PACS poursuivent cette course à la contractualisation (du droit) de la famille aux articles 515-1 s. du même code.
- Poursuivie avec la libéralisation du divorce, notamment par la loi du 26 mai 2004, le consensualisme dévore le droit de la famille dans sa conception institutionnelle, rigide et sans doute trop stricte.
  - dissociation des causes et effets du divorce : une sorte de crainte que les rancœurs entre époux n'affectent la bonne répartition des biens, l'aménagement « en bon couple de famille » post-mariage
  - le divorce par consentement mutuel prend une place foudroyante, anéantissant au seul rôle historique et honorifique le divorce pour faute de l'article 243 C. Civ. : les époux doivent pouvoir consentir au divorce comme au mariage. Une égalité entre contrat et « résiliation » s'installe.
  - Le régime primaire et les régimes matrimoniaux permettent, tel un contrat de mandat, de représenter l'époux hors d'état de manifester sa volonté.

### B. Les balbutiements de la famille d'inspirations voisines

- La famille a connu en plus de deux siècles quelques mutations : circonscrite à la famille d'un couple hétérosexuel ayant des enfants légitimes, sous l'égide du respect de l'ordre public et de la souveraineté nationale témoignant la rigidité, la volonté du législateur de conscience d'un acte grave, relatif au statut des personnes physiques, au statut familial ; aujourd'hui, la famille de couples homosexuels ou hétérosexuels ayant des enfants légitimes, naturels, adoptifs, adultérins laissent s'installer comme pour tout acte de la vie courante, toute convention, l'autonomie de la volonté, avec un net recul de l'ordre public, et de l'intérêt général. Si le contrat des sociétés place *l'affectio societatis*, l'affection, les relations de bonne entente entre associés, à son tour, le droit de la famille reçoit volontier le consensualisme, la contractualisation.
- Bousculée sous la pression de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, de la Cour de Justice des Communautés Européennes, des autres Etats limitrophes ou proches voisins, la notion de famille au XXI<sup>e</sup> siècle se contractualise.
- Les droits indisponibles deviendraient-ils tous disponibles ? Les actes relatifs au statut personnel et familial deviendraient-ils indissociables de leurs voisins relatifs au statut réels et aux obligations ?