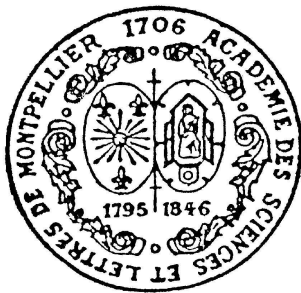


Le Droit de la Famille, Evolution ou Révolution

par

Monsieur le Bâtonnier
François Bedel Girou de Buzareingues



**ACADEMIE DES SCIENCES ET LETTRES
DE MONTPELLIER**

Séance du 09/01/2006
Conf. n°3932, Bull. 37, pp. 3-20 (2007)

En 1945, le Doyen Morin avait écrit un petit livre qui a profondément marqué des générations d'étudiants.

Il était intitulé : «*La révolte des faits contre le code*».

C'était il y a 60 ans.

Que n'aurait-il pas dit aujourd'hui alors que la partie du code civil réservée au droit de la famille (515 articles) a été littéralement bouleversée et que sous la pression des faits et des mouvements d'opinion, il ne reste plus grand chose de cette législation, tirée en partie du droit romain et aussi du vieux droit français et qui a été une des pierres angulaires de notre société pendant deux siècles.

Je n'aborderai pas ce sujet devant vous d'une part en professeur de droit que je ne suis pas, d'autre part en polémiste ou en partisan ni même en homme de conviction.

Je ne suis et ne veux être qu'un témoin, témoin privilégié certes puisque, mises à part mes années d'enfance et d'adolescence, j'ai pratiqué pendant plus d'un demi-siècle le droit de la famille sous toutes ses facettes au contact permanent des hommes et des femmes de chair et de sang, que j'ai connu avec eux et avec elles des heures souvent dramatiques à la limite du supportable et qu'en outre, j'ai eu la chance et l'honneur de participer à la préparation de nombreuses réformes touchant notre droit et la procédure, ce que je devais à la confiance de ma profession mais aussi à celle de grands Gardes des Sceaux tels que René Pleven, Alain Peyrefitte et Robert Badinter, et de deux grands présidents des commissions des lois, Jean Foyer, ancien Garde des Sceaux, président de la commission des lois de l'assemblée nationale, et Monsieur Jozeau-Marigne, président de la commission des lois du Sénat, succédant à un très grand ami de ma famille, le sénateur Raymond Bonnefous.

Je ne serai ni un témoin à charge ni un témoin à décharge ; il y a du bon dans ce qui a été fait, du bon et du mauvais.

Il appartiendra à votre assemblée transformée en grand jury de se prononcer ou de vous prononcer dans le silence de votre réflexion personnelle sur ce témoignage et de dire si notre droit de la famille, statufié par le code civil de 1804, a subi une simple évolution ou une véritable révolution.

Il serait lassant pour vous que je reprenne ce grand chapitre du droit, article après article, décision de jurisprudence après décision de jurisprudence.

Il faudrait des heures et même des journées entières pour reprendre, ce que, ces dernières années, le législateur, avant ou après toute jurisprudence, a transformé et modifié du livre I du code civil consacré au droit des personnes, tant en ce qui concerne la nationalité et le nom, les actes de l'état civil, la filiation, les mineurs, l'autorité parentale, le mariage, le divorce, les successions, les libéralités pendant le mariage, le concubinage...

Je me cantonnerai si vous le voulez bien à un survol notamment du mariage, du divorce et de la filiation, c'est-à-dire des titres Vème, VIème et VIIème du Code Civil, étant précisé qu'il ne peut y avoir divorce s'il n'y a pas eu mariage préalable et que l'on ne peut en droit dissocier l'étude du mariage de l'étude du divorce.

Les changements du droit de la famille en France et à l'étranger sont des phénomènes de société.

Notre société a radicalement changé : les vieilles générations ne s'en sont pas encore rendues compte et les nouvelles générations vivent dans le temps présent pour ne pas dire dans le futur et ne savent même plus qu'au temps de leurs parents ou de leurs grand-parents, c'est-à-dire de «*la marine à voile*», il existait un autre droit, une autre manière de vivre, de penser et d'agir.

Le professeur Pierre Catala, éminent civiliste et mon distingué compatriote, a appelé cela «*la métamorphose du droit de la famille*».

C'est un terme profondément exact.

Faut-il pour autant parler de révolution ?

Certes, ce changement s'est fait sans manifestations publiques, sans heurts, sans émeutes, même si les observateurs attentifs comme j'ai pu l'être moi-même ont pu approcher de nombreux morts et de multiples blessés que seuls ont connu les juges et les praticiens du droit.

Mais le droit de la famille n'est-il pas porteur ou révélateur, en tous temps et en tous lieux, et quelles que soient les réformes et les régimes politiques, de drames humains, de souffrances intimes et personnelles.

Autour de la famille et dans la famille, j'allais dire au coeur de la famille, il y a l'amour.

L'amour passager et l'amour qui dure,
L'amour fidèle et l'amour multiple,
L'amour charnel et l'amour du coeur.
Les amants deviennent époux,
Les époux cessent d'être amants.
L'amour est partout et parfois nulle part.
Les parents aiment leurs enfants,
Les enfants aiment leurs parents.

Mais ce n'est pas toujours vrai et très souvent, trop souvent, l'amour n'est pas loin de la haine ou du moins de la détestation et le plus souvent de l'indifférence.

D'où la difficulté extrême du droit de la famille tiraillé entre les inclinations, les passions, les désenchantements, les déceptions du coeur, du corps et de l'esprit.

Mon but ce soir n'est pas de vous faire un cours de droit ou de morale.

Je ne suis ni universitaire ni moraliste.

Il n'est pas non plus de disséquer le code civil, les 515 articles profondément remaniés du droit des personnes.

Je n'en ai ni l'ambition, ni le goût, ni la capacité, ni le temps et votre auditoire, aussi attentif soit-il, serait vite lassé.

Je veux simplement vous faire toucher du doigt les modifications capitales intervenues depuis un demi-siècle et surtout depuis 15 ans, dans quelques chapitres importants :

- celui du nom de famille,
- celui du mariage et du divorce,
- celui de la filiation légitime et naturelle,
- celui de l'autorité parentale,
- celui des successions et des libéralités,
- et enfin la cerise sur le gâteau celui tout à fait nouveau et à la mode du pacte civil de solidarité (loi du 15 novembre 1999) venant en parallèle et en complément de celui du concubinage (même texte).

LE NOM DE FAMILLE D'ABORD

Il s'agit d'un texte récent (lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003).

Article 311-21 nouveau du code civil : *«Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de naissance ou par la suite mais simultanément, ceux-ci choisissent le nom de famille qui lui est dévolu soit le nom du père soit le nom de la mère soit les deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux...»*

Lorsque les parents ou l'un d'entre eux porte un double nom de famille ils peuvent dans une déclaration écrite conjointe ne transmettre qu'un seul nom à leur enfant.

Et l'article 311-22 nouveau ajoute que : *«ces dispositions sont applicables à l'enfant qui devient français en application de l'article 311-22-1 dans les conditions fixées par décret en conseil d'état. ...»*

Vous avez compris que ce nouveau texte s'applique tant aux familles légitimes qu'aux familles naturelles ou adultérines.

Ce qui signifie qu'au sein d'une même famille -dite recomposée-, les enfants pourraient tous porter des noms différents selon le gré ou la fantaisie des parents.

Fort heureusement, le législateur a prévu que le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs du même lit.

Mais il en va différemment si les époux contractent un autre mariage ou si sans se marier, ils ont d'autres enfants.

Ainsi la famille issue du droit romain, du droit de l'ancien régime ou même du droit napoléonien perd son unité symbolique représentée par le nom de famille.

Le nom, celui du père, chef de famille, le *pater familias*, était un ciment pratiquement indestructible et qui traversait les générations pour ne pas dire les siècles.

Il n'en sera plus ainsi à l'avenir.

A vous de juger si cette mesure prise au nom de la liberté était opportune et va concourir à l'unité de la famille présente et à venir.

QU'EN EST-IL MAINTENANT DE LA FILIATION

(telle qu'elle résulte de la loi du 8 janvier 1993, revue et corrigée par la loi du 31 décembre 2001)

Dans notre droit, je devrais plutôt dire dans notre ancien droit, l'enfant conçu pendant le mariage avait pour père le mari sauf action en désaveu dans des délais brefs.

«Pater is est quem nuptiae demonstrant»

Désormais l'établissement de la non paternité du mari peut se faire par tous moyens et notamment à l'aide des empreintes génétiques.

La preuve par examen du sang n'est pas subordonnée à l'existence de présomptions ou d'un commencement de preuves de la non paternité.

Ainsi en a décidé dans la foulée du législateur, la première chambre civile de la cour de cassation.

Même l'enfant légitime né avant le 180ème jour du mariage pourra être désavoué dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles (l'action en désaveu peut être engagée dans les six mois de la naissance de l'enfant).

De même, les héritiers du mari ou du père légal peuvent engager l'action en désaveu dans les mêmes délais.

La mère elle-même peut contester la paternité du mari mais seulement aux fins de légitimation quand elle se sera, après légitimation, mariée avec le véritable père de l'enfant.

La législation confère à l'enfant légitimé les droits et devoirs de l'enfant légitime.

Et l'important article 334-2 du code civil né de la même loi du 4 mars 2002 précise ceci : *«lorsque le nom de l'enfant naturel n'a pas été transmis dans les conditions prévues à l'article 311-21 ses parents peuvent par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir pendant sa minorité soit de leur substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux»*.

En l'absence de déclaration conjointe, le changement de nom peut être autorisé par le juge aux affaires familiales.

La filiation naturelle est également établie par reconnaissance volontaire ou par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.

Quant à la filiation adultérine, elle disparaît totalement du code civil.

Il n'y a plus qu'une seule et unique filiation, la filiation naturelle.

Famille naturelle et famille de new-look coexistent désormais au sein du droit français.

Le désir ou le besoin de liberté ou d'égalité l'emporte maintenant sur toutes autres considérations.

L'AUTORITE PARENTALE

Elle est traitée au titre IXème du droit des personnes.

Les nouvelles dispositions résultent dans un premier temps de la loi du 4 juin 1970 et dans un second temps de la loi du 4 mars 2002.

Elle appartient désormais au père et à la mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

Père et mère sont sur pied d'égalité absolue, chacun des parents contribuant à l'entretien et l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent ainsi que des besoins de l'enfant.

L'enfant ne peut sans la permission des père et mère quitter la maison familiale.

Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

Mais si le père ou la mère décède, l'autre parent exerce seul cette autorité.

Si les parents se séparent, l'exercice de l'autorité parentale reste le même.

Un juge du Tribunal de Grande Instance, délégué aux affaires familiales, intervenant si besoin est, peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.

Il peut ordonner également des mesures d'assistance éducative si la santé, la sécurité ou la minorité d'un mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises.

S'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel, le juge peut décider de le confier :

1. à l'autre parent
2. à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance
3. à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation ordinaire ou spécialisé
4. à un service départemental d'aide sociale à l'enfance

Le juge peut même retirer totalement l'autorité parentale au père et à la mère condamnés pénalement.

On est loin du *pater familias* ayant une autorité absolue sur tous les membres de la famille.

Le législateur moderne a radicalement tourné le dos aux règles du droit romain ou du droit germanique et même à celles du Code Civil.

LE DIVORCE

Après Athènes et la législation de Solon, le droit romain, le *jus gentium*, connaissait le divorce surtout sous le Haut-Empire (Juvénal se moque des femmes qui changent de mari huit fois en cinq ans).

Je lis dans BERENICE :

«Tite, fit tôt, de Bérénice à Rome, admiré les attraits.

Pour elle, avec Marie, il avait fait divorce.»

Le droit de l'ancienne France, en grande partie influencé par le droit canonique surtout en matière de mariage et de filiation ne le connaissait pas.

Le divorce a été introduit en France par la loi du 20 septembre 1792 prévoyant d'emblée le divorce par consentement mutuel, celui pour incompatibilité d'humeur et enfin celui pour des causes déterminées (démence, folie ou fureur, condamnation à des peines afflictives ou infamantes, crimes, sévices ou injures graves, dérèglement notoire des mœurs, abandon d'un conjoint par l'autre, absence d'un conjoint pendant cinq ans, émigration...).

La philosophie de ce système de divorce reflète celle d'une époque.

Elle est basée sur la notion d'un mariage-contrat librement accepté et dont les parties peuvent se délier.

Basée également sur le droit au bonheur, elle est l'expression de la liberté soit à l'égard du mari despote soit à l'égard des religions.

Un décret du 4 floréal an II du 27 avril 1794 permet même d'obtenir le divorce sans délai lorsqu'il est basé sur l'absence ou l'abandon de l'un des époux pendant six mois, la constatation se faisant par acte authentique et même en raison de la notoriété publique.

Mais, libérées de toutes contraintes, les mœurs de l'époque conduisent rapidement aux abus et le décret du 4 floréal an II se trouve rapporté un an plus tard le 2 août 1795.

LE CODE CIVIL DE 1804 voulu par Napoléon rédigé en grande partie par le montpellierain Cambacerès supprime le divorce pour incompatibilité d'humeur et restreint le divorce pour causes déterminées aux fautes d'adultère, condamnation à une peine infamante, excès, sévices et injures graves.

Le divorce par consentement mutuel est maintenu dans son principe mais il est soumis à des conditions sévères et restrictives, d'âge des époux, de durée du mariage, de consentement des

ascendants, de règlement préalable des intérêts pécuniaires et matériels et de la résidence et de la garde des enfants.

LA LOI DU 8 MAI 1816, sous la Restauration, supprime le divorce et conserve la séparation de corps dans les conditions prévues au code civil.

Pendant 68 années (Restauration, Monarchie de juillet, Second Empire) le divorce va donc demeurer impossible en France.

LA LOI DU 27 JUILLET 1884 dite LOI NAQUET

Elle va devenir la base d'une législation qui ne variera pas pendant 91 ans, cette loi constituant un compromis entre la conception restrictive de l'ancien régime et la conception libre de la révolution.

Les principes directeurs de cette dernière conception sont repris : mariage-contrat, droit au bonheur, liberté de conscience et de culte.

Mais cependant, le divorce est prévu comme remède très exceptionnel répondant à deux notions : le caractère de faute grave imputable à l'un des conjoints et le fait que cette faute rend insupportable le maintien de la vie conjugale.

LES LOIS DU REGIME DE VICHY ET LES PROJETS D'APRES GUERRE

Les premières ont tendu à restreindre les excès, sévices et injures graves exigeant que ceux-ci constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs résultant du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie conjugale (loi du 2 avril 1941).

Dans l'après guerre, toute une série de projets voit le jour : projet du sénateur Caillavet, projet de Monsieur Tisserand, projet de Monsieur Tomasini, projet de Monsieur Chandernagor, projet de Monsieur Gaston Defferre, mais ces projets ne furent jamais discutés devant les assemblées parlementaires.

UN NOUVEAU DROIT DU DIVORCE

Courant 1973, Monsieur Jean Taittinger, alors Garde des Sceaux, sollicitait du doyen Carbonnier une étude sur le divorce.

La chronique parue chez Dalloz en 1975 constitue un véritable mémoire sur l'orientation générale recherchée : celle de la libéralisation du divorce.

Voici ce qu'écrivait notamment, en tête de son mémoire, le doyen Carbonnier : *«La question du divorce telle qu'elle est pratiquement posée en politique législative dans la France d'aujourd'hui, c'est la réforme du divorce plus exactement sa libéralisation...».*

«Telle est bien l'hypothèse de travail donnée par les pouvoirs publics».

«Ce mot de libéralisation renfermant pourtant par la liberté qu'elle évoque un germe de malentendus...».

«Une libéralisation du droit du divorce ne saurait se limiter à certaines situations (aliénation mentale, séparation de fait prolongée...)».

...La propension à se «démarier» sans être indépendante du droit étant bien davantage conditionnée par les mœurs collectives et par la morale individuelle, c'est libéraliser le droit du divorce que de procurer à chaque époux ou à chaque couple que les mœurs ou la morale a déjà absout de divorcer, un modèle juridique qui ne comprime pas sa liberté...».

Pour le doyen Carbonnier, la conception empirique et non pas dogmatique de la libéralisation se reflète dans trois positions :

1. rejet de la cause objective en tant que principe général,
2. admission du divorce par requête conjointe,
3. pluralisme des causes.

LA LOI DU 26 MAI 2004

Cette orientation donnée par le doyen Carbonnier aboutira à la discussion d'un projet de loi devant l'assemblée nationale le 28 mai 1975.

La loi a été définitivement votée le 11 juillet 1975.

Elle va rester en vigueur jusqu'à la loi récente du 26 mai 2004.

Cette dernière loi est claire : le divorce peut être prononcé en cas :

1. soit de consentement mutuel,
2. soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage,
3. soit d'altération définitive du lien conjugal,
4. soit de fautes.

Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et sur les effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conditions du divorce, le juge homologuant la convention et prononçant le divorce s'il a acquis que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Le divorce peut être également demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.

S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences.

Le divorce en troisième lieu peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré, cette altération définitive résultant de la cessation de la communauté de vie des époux lorsqu'ils sont séparés depuis deux ans au moment de l'assignation en divorce.

Dans un quatrième cas, le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

Il s'agit donc là d'une libéralisation considérable du divorce et je ne dirai pas ici un mot de la procédure qui consiste à présenter au tribunal avec les éléments ou les preuves à l'appui ces quatre cas de divorce.

Jamais le législateur français n'avait été aussi loin.

LES SUCCESSIONS ET LES LIBERALITES ENTRE EPOUX OU PENDANT LE MARIAGE

Pour les successions, il s'agit de la loi du 3 décembre 2001.

Le nouvel article 731 du code civil dispose : *«la succession est dévolue par le droit aux parents et au conjoint successible du défunt, ce conjoint successible étant le survivant non divorcé»*.

Cela était contraire aux dispositions antérieures en matière successorale.

De même, la nouvelle loi contrairement aux dispositions antérieures ne distingue plus entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder.

Le conjoint successible est appelé à la succession soit seul soit en concours avec les parents du défunt.

Si l'époux pré-décédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille à son choix l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous

les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux.

Si à défaut d'enfant ou de descendant, le défunt laisse ses père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié des biens, l'autre moitié étant dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère.

Quand le père ou la mère est pré-décédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant.

En l'absence d'enfant ou de descendant du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession.

Quand on parle du conjoint survivant on indique bien entendu le dernier conjoint en place et non pas ceux qui ont pu être dans le passé les précédents conjoints du défunt.

Il s'agit là de dispositions révolutionnaires par rapport à l'ancien droit et au droit du code civil.

LES DONATIONS ENTRE EPOUX

Le nouveau droit des libéralités entre époux est consécutif à la loi précédente du 26 mai 2004 sur le divorce.

Désormais le divorce est sans influence sur les donations.

Ainsi consécutivement au divorce des époux, les donations de biens présents seront irrévocables alors que les donations de biens à venir seront révocables.

Enfin, la survenance d'enfant ne rend pas la donation révocable.

LES DONATIONS OU LIBERALITES CONSENTIES A L'OCCASION D'UNE RELATION ADULTERE

Dans le nouveau droit de la famille, l'adultère n'existe plus ou si peu et quand il existe, il n'est pas une cause péremptoire du divorce ou de séparation car il peut le cas échéant être parfaitement explicable ou même excusable par l'attitude ou le comportement d'un conjoint.

Dans notre ancien droit également, les libéralités consenties à l'occasion d'une relation adultère étaient radicalement nulles selon des arrêts célèbres de la cour de cassation.

Longtemps considéré comme légitime, le concubinage était sanctionné dans l'ancien droit par une incapacité à recevoir les biens des amants.

La réprobation sociale était si forte qu'il suffisait pour être frappé d'avoir entretenu des rapports illégitimes avec le donateur sans qu'il soit nécessaire que les amants aient vécu maritalement.

Les libéralités consenties par un époux adultère étaient considérées avec beaucoup de défiance : pendant deux siècles, les libéralités entre les concubins ont représenté l'archétype de la cause immorale, les libéralités même si elles n'étaient pas en soi immorales, restaient attaquables lorsqu'elles avaient une cause contraire aux bonnes moeurs.

Une jurisprudence ancienne et moralisatrice a utilisé la notion de bonne moeurs pour introduire une distinction conduisant à valider ou à annuler les libéralités entre concubins en fonction du but poursuivi et du mobile qui a inspiré l'auteur.

Cependant les libéralités entre concubins étaient licites notamment lorsqu'elles correspondaient à un devoir de conscience comme par exemple l'adoucissement d'une rupture ou l'entre-aide au concubin.

Ce n'est que lorsque le disposant souhaitait établir, maintenir ou reprendre une liaison

que la libéralité était annulée comme ayant une cause immorale.

C'est alors qu'est intervenu un arrêt très important rendu par la première chambre civile de la cour de cassation le 3 février 1999.

Dans cet arrêt de principe, la cour de cassation a clairement affirmé que la libéralité consentie dans le but de maintenir même une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes moeurs.

L'assemblée plénière de la cour de cassation par arrêt du 29 octobre 2004 confirmait et élargissait la solution de 1999 en retenant que : *«n'est pas nulle comme contraire aux bonnes moeurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère.»*

Désormais, quelle que soit la finalité de la libéralité, elle ne peut être considérée comme immorale du seul fait qu'elle a été consentie à l'occasion d'une relation adultère.

Adultère et immoralité ne sont plus corrélatifs.

Ainsi la cour de cassation ajoutait aux dispositions des articles 1133 et 1131 du code civil.

De nouveaux arrêts de la cour de cassation de 2004 et 2005 ont ensuite posé la règle de façon beaucoup plus large : *«n'est pas nulle comme contraire aux bonnes moeurs, la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère.»*

Ainsi en matière de libéralité ou de donation consentie dans le cadre de relation adultère, la loi et la jurisprudence de la cour suprême tournent résolument le dos aux dispositions antérieures nées du Code Civil.

LE PACS ET LE CONCUBINAGE

Continuant résolument dans la voie de la libéralisation du droit de la famille, le législateur sans toutefois aller jusqu'au mariage des homosexuels comme l'ont fait les législateurs d'Angleterre, des Pays Bas et d'Espagne, s'est exprimé par une loi du 15 novembre 1999 ajoutant un chapitre aux dispositions du code civil et instituant d'une part, un pacte civil de solidarité et d'autre part un statut légal du concubinage.

Le pacte civil de solidarité est un contrat conclu entre deux personnes physiques majeurs de sexe différent ou de même sexe pour organiser leur vie commune étant cependant précisé qu'il ne peut y avoir de pacs :

1. entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et en co-latéraux jusqu'en troisième ligne comprise,
2. entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage,
3. entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité

Il suffit aux deux personnes qui concluent un pacte civil de solidarité de faire une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel il fixe leur résidence commune.

Ces deux partenaires doivent s'apporter une aide mutuelle et matérielle dont les modalités sont fixées par le pacte et sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un deux pour les besoins de la vie courante.

A côté du pacte civil de solidarité, la loi du 15 novembre 1999, dans un article unique du code civil, l'article 515-8, institue très officiellement le concubinage qui est une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux

personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple.

Les biens acquis pendant le pacte civil de solidarité jouissent d'une présomption d'acquêts d'indivision par moitié sauf disposition contraire dans l'acte d'acquisition ou de souscription.

*
* *

Sans vouloir évoquer d'autres notions contenues dans d'autres chapitres du nouveau code civil, cette énumération démontre que, dans le dernier quart du XXème siècle, le droit des personnes devenu en grande partie le droit de la famille a considérablement évolué.

La famille n'était pas définie dans le code civil de 1804 ou le mot lui-même apparaissait rarement : deux articles seulement y faisaient référence.

D'un point de vue sociologique, la famille est un groupe naturel qui rassemble des individus unis par une communauté de vie et le plus souvent par des liens du sang.

D'un point de vue juridique, la famille comprend un couple et des individus qui descendent d'un ancêtre commun.

Les dimensions de la famille dans notre droit varient selon les effets que leur attache la loi non seulement en droit civil mais dans toutes les autres branches du droit.

La cellule familiale se trouvant réduite aux parents et aux enfants mineurs est aujourd'hui contrebalancée par le développement de la famille étendue, les grand-parents jouant un rôle de plus en plus actif et vivant de plus en plus vieux ; la famille n'est plus seulement une unité de production mais elle reste une unité de consommation : «une fontaine d'avantages économiques» dirait le doyen Carbonnier ; elle est un refuge contre l'insécurité, la vieillesse, la maladie ; elle continue d'être le premier éducateur des enfants et surtout des petit-enfants ; elle est l'intermédiaire entre le citoyen et l'état.

Le code civil de 1804 traitait du mariage, du divorce, de la filiation, de la puissance paternelle comme des règles régissant l'individu au même titre que les autres règles du droit civil et ce n'est que tardivement que les auteurs eux-mêmes ont compris que le droit de la famille devait être considérée comme indépendant, comme une branche ou un rameau du droit civil.

Lors des travaux préparatoires du Code Civil, Portalis proclamait : «*les familles sont les pépinières de l'Etat*».

L'Etat attache une grande importance à la famille, cellule sociale par excellence ; c'est pourquoi il encourage la natalité et salue comme un triomphe la remontée du nombre des naissances qui avoisinait 720 000 depuis plusieurs années, et a progressé à 778 500 en 2000, tandis que le nombre des mariages lui-même augmentait régulièrement d'une façon significative : 304 300 mariages ont été célébrés en 2000 alors que ce nombre n'avait pas été atteint depuis 1983.

Aujourd'hui les politiques familiales ne relèvent plus de considérations strictement personnelles.

Destinées à l'origine à favoriser le renouvellement des générations et à assurer l'équilibre équitabie entre familles et personnes sans enfant, elles ont été orientées vers des objectifs de lutte des inégalités sociales et de la pauvreté.

La conférence de la famille du 15 juin 2000 a été placée sous le signe d'une politique familiale s'adressant aux familles dans leur diversité, aidant les familles les plus fragiles, résolument féministe pour que les deux parents concilient leur vie familiale et professionnelle.

Hélas, les politiques familiales ne font pas tout : on a expliqué la baisse générale et significative de la natalité en Europe par le chômage, l'insécurité, l'image des drames qui déchirent

le monde et pèsent davantage sur les stratégies familiales que les incitations gouvernementales.

Le doyen Carbonnier observait dans son mémoire que malgré les lois nouvelles, les pratiques nouvelles demeurent minoritaires dans les moeurs de notre pays ; il est encore vrai que : *«la plupart des couples se marient et ne divorcent pas ; il y a plus d'enfants légitimes que d'enfants illégitimes, le nombre des naissances dépasse celui des avortements»*.

Le bilan 2000 de l'INSEE vérifie cette affirmation : 29 600 000 personnes vivaient en couple dont 24 800 000 étaient mariés, 4 000 000 étaient des couples de fait.

Quant au PACS, moins de 30 000 ont été souscrits en un an alors qu'il y a plus de 300 000 mariages en 2000.

En outre, il y a à peu près 116 000 divorces par an et sur les 778 900 naissances de l'année 2000, 60 % concernent les enfants légitimes, d'autres le devenant par légitimation.

Le droit de la famille est d'abord marqué par le fait que dans le déroulement de l'institution familiale, les individus ne pratiquent le droit que de loin en loin quand ils ne peuvent pas faire autrement... et dans l'intervalle, ils vivent comme si le droit n'existait pas.

De la part qu'il voulait faire à la volonté des individus, le législateur a déduit la nécessité d'introduire un certain pluralisme dans le droit de la famille en laissant aux individus le choix de leur régime matrimonial, du type de divorce le mieux adapté à la crise conjugale, l'exercice en commun de l'autorité parentale, la possibilité d'attribuer le nom du père naturel à l'enfant reconnu d'abord par la mère...

La refonte du droit civil de la famille a été reprise à partir des années 1960 (1964 tutelle, 1965 régimes matrimoniaux, 1966 adoption, 1968 incapable majeur, 1970 autorité parentale, 1972 filiation, 1975 divorce, 1976 indivision, 1977 absence, 1993 et 2001 filiation, 1999 PACS et concubinage, 2001 libéralités, 2002 autorité parentale, 2002 et 2003 le nom de famille, 2004 divorce...).

Plus qu'aucun autre, le droit de la famille dépend des choix politiques et des transformations de la société c'est pourquoi il est en constante évolution.

Le droit prend aussi en compte l'évolution de la société et les conquêtes encore possible de l'égalité en droit de la famille, entre l'homme et la femme, entre les individus quant à leur mode de conjugalité et même entre les enfants quant à leur condition juridique.

Le droit de la famille aujourd'hui est fortement marqué par les idées de liberté, d'égalité et de solidarité qui ont pour résultat la co-existence dans la société actuelle de différents modèles de familles.

La famille légitime repose sur le mariage ; elle n'est plus le modèle de référence que pour une minorité parce que son image de marque a été considérablement affaiblie du fait de la fréquence des divorces.

La famille naturelle repose sur le lien de filiation qui unit un enfant à l'un de ses parents ou aux deux et qui depuis la loi du 3 février 1972 permet de rentrer dans la famille de son auteur.

La famille adultérine n'existe plus, elle entre dans la catégorie des familles naturelles.

La famille fondée grâce à la procréation médicalement assistée n'est pas différente d'une famille où les enfants sont conçus et naissent naturellement.

La famille adoptive repose sur les liens du coeur et de générosité, elle n'est pas fondée sur les liens du sang.

La filiation adoptive est une filiation d'élection.

La famille mono-parentale est celle où un seul des parents élève l'enfant mais très souvent la situation de mono-parentalité est provisoire et dure le temps que le parent isolé se marie, se remarie ou se mette en couple.

La famille recomposée désigne la famille composée d'époux qui ont divorcé et se sont remariés et ont eu d'autres enfants, cette situation pouvant aller jusqu'à deux ou trois divorces, et

beaucoup d'enfants.

La famille homosexuelle a tendance à s'imposer malgré l'absence d'enfant mais le PACS ne crée pas le lien de famille.

En France, c'est encore l'enfant qui fait la famille mais sur ce point, les mœurs risquent d'évoluer considérablement à l'avenir.

Aujourd'hui, s'impose de plus en plus la notion de couple qui risque de se substituer à la notion d'époux.

L'entrée du terme «*couple*» dans le code civil s'est réalisée avec la loi du 15 novembre 1999 qui à l'article 515-8 vise deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple.

Aujourd'hui le terme de «*couple*» parfaitement neutre est très utile pour désigner les modèles informels que nous connaissons aujourd'hui.

Un auteur a écrit : «*l'émergence d'une notion de couple en droit civil*».

Cependant la notion de couple demeure dans le droit une notion de fait et la question se pose seulement de la concurrence des formes juridiques de la vie en couple.

Un point est certain, rappelé par le conseil constitutionnel à propos du PACS le 9 novembre 1999 : «*la notion de vie commune visée à l'article 515-1 suppose outre une résidence commune, une vie de couple et ne saurait donc se limiter à une simple communauté d'intérêts*».

La vie de couple, c'est manifestement la vie de deux personnes qui sont unies par un lien charnel, *la copula carnalis*, qui regroupe à la fois la notion de vivre ensemble et celle d'avoir des relations sexuelles autrement appelées *debitum conjugale*.

Le concubinage hétérosexuel ou homosexuel n'accède pas au rang d'institution ; il est reconnu à l'article 515-8 du code civil mais comme «*union de fait supposant la vie en couple, la stabilité et la continuité*» ; il n'y a pas concubinage si deux personnes vivent en couple mais n'habitent ensemble qu'occasionnellement.

La neutralité de l'état et la tolérance de l'opinion publique font qu'à l'exception des pays nordiques, la France est le pays d'Europe où il y a le plus d'unions libres et d'enfants qui naissent naturels (40 % de naissances annuelles environ).

Malgré l'égalité de statut entre enfants légitimes et naturels, la légitimation par mariage est en hausse en l'an 2000.

En 1995, selon l'INSEE le pourcentage d'unions libres parmi les couples était de 13,4 pour la France devant la Belgique 10,2 et le Royaume Uni 9,6.

Comme il a été dit plus haut, les mariages en l'an 2000 occupent toujours largement la première place.

Mais cependant, le mariage n'est plus ce qu'il était même si l'idée de perpétuité est pour ceux qui choisissent ce mode d'union tout aussi présente qu'elle l'était au milieu du siècle.

Il n'est plus possible à l'un des époux de croire que sa conduite exemplaire le mettra à l'abri d'un divorce.

Le dé-mariage fait partie des éventualités ou du risque de la vie conjugale.

Les concubins non pacsés ne sont pas mieux lotis.

Quant aux partenaires d'un PACS, le divorce foudroyant selon l'expression du doyen Carbonnier créé par la loi du 15 novembre 1999 n'empêchera pas le conflit d'être très âpre au moins sur les effets patrimoniaux de la rupture.

J'ai cité dès le début de mon exposé la très belle étude de mon ami Pierre Catala intitulée la métamorphose du droit de la famille.

Je reprendrai ici ce que j'ai déclaré le vendredi 15 octobre 2004 à l'illustrissime collège de Barcelone lors de la rencontre de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier et de l'Académie de Jurisprudence et de législation de Catalogne organisée par notre Président, le doyen Jean Hilaire, en citant Pierre Catala : *«C'est une véritable table rase du droit de la famille qui est survenue au livre 1er du code civil où siège le statut des personnes composant le groupe familial.*

Et plus loin : *«une nuit du 4 août de plus de trente ans a aboli tous vestiges de privilèges de masculinité et de légitimité dont l'empreinte subsistait dans la structure des familles».*

En 1804, la loi NAQUET n'a pas admis le consentement mutuel mais retenu uniquement la faute.

Il a fallu, pour le consentement mutuel, attendre 1975.

On s'est acheminé vers un allègement de la procédure et l'abréviation des délais vers un caractère de plus en plus contractuel de la rupture conjugale....

On a même parlé de divorce en mairie...

En 1975, on a admis le divorce pour rupture de la vie commune qui repose sur la volonté d'un seul époux...

On semble aller vers un contrat à durée déterminée susceptible de dénonciation unilatérale...

Au XIXème siècle, il n'y a de famille que dans et par l'union conjugale, avec prééminence de l'enfant légitime...

L'ensemble mariage, filiation, nom, obligation alimentaire, héritage forment un bloc cohérent de dispositions impératives pour la plupart...

A la fin du XXème siècle, la reconnaissance des enfants naturels s'est étendue aux enfants adultérins...

La mère qui se remarie avec le père de son enfant est admise à contester la paternité de son premier époux...

En matière de nom, le régime de dévolution du nom de famille a été bouleversé par la loi du 4 mars 2002 elle-même modifiée le 18 juin 2003...

L'égalité entre les sexes devient le pilier de la civilisation française...

La faculté de choix est ouverte aux parents légitimes, naturels ou adoptifs quant au nom de famille que porteront leurs enfants, celui du père, de la mère ou des deux...

*

* *

On ne peut explorer en 50 minutes un domaine aussi vaste que celui du droit appelé aujourd'hui peut-être à tort de la famille : 50 heures n'y suffiraient pas.

Mon seul objectif est de sensibiliser un public aussi éclairé et choisi que le vôtre sur un sujet délicat car il touche à la base même de notre société faite d'hommes et de femmes qui ont un coeur, un corps, une âme, une sensibilité et qui sont aux prises avec leurs sentiments, leurs pulsions, leurs passions, leurs inclinations, leur bien-être et leur mal-être.

Leur remise en question est permanente ; ils sont écartelés entre le poids de la tradition, la force des usages et d'enfants parfois nombreux, le qu'en dira-t-on, la nécessité impérative de groupes familiaux solides et leur recherche constante du bonheur.

C'est l'absurde condition de l'homme.

C'est toujours le mythe de Sisyphe, de cet énorme rocher qui toujours retombe avant d'atteindre le sommet.

A quoi sert d'ailleurs un coeur solide si le corps ne l'est pas.

A quoi sert un corps robuste et aguerri si le coeur n'y est pas.

Les mieux équilibrés, les plus durs avec eux-mêmes et avec les autres, les mieux rompus aux disciplines, les mieux éduqués, les plus savants n'échappent pas aux interrogations de l'être profond.

Quant au législateur de droite ou de gauche, il ne peut ignorer longtemps ce qui se passe, se dit ou se fait à tous les niveaux de la société même s'il lui appartient de réagir à un moment donné contre tout ce qui peut ressembler à l'anarchie.

Alors, devant ces allées et venues législatives, face à ce courant, à ce «*fleuve immense*» dont parlait William James.

Que penser et que dire ?

S'agit-il pour notre société d'une évolution plus ou moins lente mais inéluctable ? Irréversible ?

S'agit-il au contraire d'une révolution qui ira à son terme, c'est-à-dire encore plus loin dans la voie de la libéralisation des mœurs et le libéralisme des institutions et des esprits ?

S'agit-il d'une révolution inachevée ou au contraire d'une révolution annonciatrice à plus ou moins long terme d'une contre-révolution ?

A vous de me répondre.

Je vous rappelle à cet instant les définitions données par Littré.

L'évolution du latin *evolvere*, c'est-à-dire rouler, est un changement lent et pacifique suivant un ordre déterminé.

La révolution du latin *revolutus*, c'est-à-dire retournement, est un changement brusque et violent.

Incontestablement un vent de liberté souffle sur le droit.

Il balaye la contrainte, est insensible au poids des traditions et des usages.

Il donne à l'individu la prééminence sur la famille même si on trouve utile et nécessaire de donner le titre de «*droit de la famille*» à toute la partie que l'on appelait jusqu'à présent «*droit des personnes*».

alors que le contraire serait plus juste ou plus judicieux

Liberté d'aimer puis de ne plus aimer.

Liberté d'aimer à court terme ou au contraire en suivant l'exemple de Philémon et Baucis.

Liberté sexuelle et hétéro-sexuelle.

Liberté d'avoir des enfants dans la famille stricte ou hors de la famille.

Liberté de ne pas avoir d'enfant (loi sur l'avortement).

Liberté de donner tout ou partie de son patrimoine à qui on veut même si cela paraît contraire aux bonnes mœurs.

Liberté dans les successions.

Liberté dans le choix des procédures de divorce.

Liberté des enfants et de leur comportement vis à vis de leurs parents.

Ce mot de liberté qui souffle du nord au sud de l'hexagone, souffle aussi du nord au sud de notre vieille Europe pour ne parler que de notre continent cependant façonné depuis des siècles par le droit romain, le droit germanique et surtout le droit chrétien ou issu du christianisme.

Cette liberté trouve son aboutissement dans l'égalité, égalité de l'homme et de la femme, égalité des sexes, égalité dans le travail, égalité des successibles qu'ils soient légitimes, naturels ou adultérins.

Cette égalité et cette liberté vont-elles vers plus de fraternité ?

J'en doute à voir le comportement actuel des individus, le comportement des partis et hommes politiques, le comportement de certains jeunes ou de moins jeunes dans les banlieues et dans les trains, la progression de la délinquance et de la criminalité.

Cette égalité et cette liberté vont-elles surtout, ce qui m'importe au premier chef, dans le sens du respect et de l'épanouissement de la personne humaine ?

Il reste encore, je pense, beaucoup de chemin à parcourir.

Pour moi, pour vous aujourd'hui, il importe de savoir si ce changement radical, cette métamorphose pour reprendre la jolie expression de Pierre CATALA sont d'une part irréversibles et si d'autre part ils vont aller plus loin.

S'il s'agit d'une révolution comme je viens de le dire, elle appellera un jour lointain une contre-révolution avec ses heurts inévitables et ses bouleversements.

S'il s'agit d'une évolution lente, naturelle, même si elle s'est brusquement accélérée ces dernières années, elle ira plus loin car les gouvernements et les parlements démocratiques sont suivistes et non pas réactionnaires. *«Le législateur, écrivait Portalis dans son discours préliminaire à la discussion du Code Civil, ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois».*

«L'essentiel dans une loi, ajoute le Professeur Philippe Malaurie de l'Université de Panthéon Assas, c'est son esprit, son idéologie. C'est sans doute là qu'apparaissent les espérances et les illusions de l'utopie.»

«Rien n'est perpétuel dans l'avenir du droit» dit aussi le Professeur Jean Carbonnier.

«En tout état de cause, écrivait Jean-Jacques Rousseau dans son livre du Contrat Social publié en avril 1762, un peuple est toujours maître de changer ses lois, même les meilleures, car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qu'est-ce qui a le droit de l'en empêcher.»

Nous connaissons en France le mariage des homosexuels, tout comme dans la catholique Espagne et la pudibonde Angleterre.

Nous connaissons, nous connaissons déjà le triomphe de l'amour libre.

Alors que reste-t-il ?

Y a-t-il des barrages ?

Les grandes consciences ?

Les maîtres à penser ?

Ils ne s'adressent qu'à une élite, à un petit nombre et leur message souvent hermétique passe au-dessus des têtes.

Les grandes religions ?

Un très grand Pape, Jean-Paul II, à l'immense stature, a pris son bâton de pèlerin et a enseigné tout au long d'un extraordinaire pontificat toutes les nations, il a rassemblé des millions de jeunes, il a remué des foules immenses.

Mais, *mais Vox clamat in deserto*

Je souhaite par dessus tout qu'il n'est pas comme aurait dit Simon Bolivar *«labouré la mer»*.

Religion envahissante, celle de Mahomet dresse certes la barrière des interdits et elle la dressera encore des années et peut-être des siècles mais le plus souvent avec dureté, avec mépris de la liberté et mépris de la femme.

M'approchant de la fin de mon intervention, je pense cependant qu'il ne faut pas désespérer du monde.

«Le désespoir est une sottise absolue» disait un grand penseur politique du siècle passé.

Alors pour ne pas conclure moi-même et ne pas trop sortir de mon rôle de témoin considérant au surplus en tant qu'homme et en tant que praticien, qu'il y a de bonnes choses dans les nouvelles lois, je laisse la parole en conclusion au Professeur Rémi Cabrillac, brillant

universitaire plein d'avenir : *«Aujourd'hui le code civil est confronté à la prodigieuse expansion des droits de l'homme, des droits et libertés fondamentaux aussi incontestables dans leurs principes que critiquables dans leurs excès. Il est «des principes juridiques qui sont liés à notre état de civilisation et en assument le maintien...» Le code civil n'a ainsi accueilli l'homme que par une petite porte entre-baillée, derrière laquelle mal contenue, piaffe d'impatience la longue et disparate cohorte des droits de chacun à...» «...si une menace plane sur le code civil à l'aube de ce troisième millénaire, ce n'est pas en lui mais hors de lui que l'on pourrait la découvrir. La mondialisation ne s'attaque pas seulement au contenu de nos assiettes, et le big bang des sources du droit qu'elle engendre pourrait bien faire échapper le droit civil du Code Civil.»*

Mon survol du droit dit de la famille est terminé.

Je l'ai traité parce que j'ai pensé qu'il vous intéresserait, que vous soyez juriste, savant, scientifique, médecin, philosophe, ou même simplement citoyen ou citoyenne car il est un droit humain ou un droit de l'humain.

Or je sais avec Terence que : *«Rien de ce qui est humain ne vous est étranger.»*

Je vous remercie.

François BEDEL GIROU de BUZAREINGUES