

## CONCLUSIONS

PAR FRANÇOIS TERRÉ

PROFESSEUR EMERITE DE L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS DE PARIS II,  
MEMBRE DE L'INSTITUT, FRANCE

Toute réflexion sur l'état civil porte l'esprit à une prise en considération de la famille, même si certaines données qu'il prend en compte peuvent lui être parfois étrangères, à commencer par le décès ou la francisation d'un nom... et encore. Sans doute relève-t-on bien qu'il est aussi question, à son sujet, non seulement de l'identité civile, mais aussi de l'appartenance à la société globale, ce qu'exprime bien l'expression traditionnelle et son étymologie. Mais précisément, cette intégration à la société globale, qu'exprime et même manifeste une inscription sur des registres publics, opère normalement à travers ces sociétés particulières et irremplaçables que constituent les familles. « Sans famille » ou « Voyageur sans bagage », c'est encore par rapport à elles que se situe l'abandonné ou l'amnésique. De là d'ailleurs tant de controverses et d'ambiguïtés suscitées par l'accouchement sous X.

La famille... Mais quelle famille ? Sujet d'intérêt infini pour historiens et juristes, sociologues ou anthropologues. Le tout dans une vision élargie de l'état des personnes si opportunément décrite par le conseiller Jacques Massip lorsqu'il a, en orfèvre, présenté un bilan de l'activité de la Commission internationale de l'état civil. La famille, dis-je, mais quelle famille ? On nous a présenté les questions en termes d'actualité. Aussitôt, le juriste s'interroge sur ce qui est actuel – ou le paraît – et ce qui ne l'est pas. On a vécu, il n'y a pas si longtemps, une année de la famille. On s'est aussi complu à discourir et à disserter au sujet de la nouvelle famille, ce qui pouvait porter l'esprit à quelques rapprochements, moins avec le nouveau... ou les nouveaux philosophes, mais avec la nouvelle cuisine. Audacieux et contestable propos : alors que la nouvelle cuisine est un peu crue, la nouvelle famille est un peu cuite.

Actualité ? Oui et non. Non parce qu'il y a eu, à diverses époques de l'histoire, des lamentations sur l'état de la famille et le devenir de celle-ci. Le fait est que, maintes fois, l'on crut vivre un bouleversement de la famille, mieux : une crise de celle-ci menant à sa destruction. Ainsi en fut-il à Rome à l'époque d'Auguste, ce qui expliqua une croisade plutôt manquée contre le célibat. Des siècles plus tard, à écouter ou à lire Molière, on retrouve le leitmotiv, à couleur démographique mais aussi familiale : il n'y a plus d'enfants. Et comme une vision prémonitoire de ce que l'on nous apprend aujourd'hui sur le déclin de l'Occident.

Cela devrait-il conduire à quelque relativisme dans l'appréciation du cours des choses ? Il ne le semble pas. Car notre temps assiste à des transformations profondes face auxquelles les générations qui passent se partagent la nostalgie et la fascination. Reste que la traduction de ces changements en termes d'institution ou de contrat est difficile. Traduction hésitante, difficile, marquée à la fois par les embarras du droit devant la cellule familiale et cette aporie que révèle la relation du fait et du droit. Comment pourrait-on s'en étonner alors que les règles régissant le groupe familial sont profondément liées aux pesanteurs de l'histoire et aux exigences de l'espace, au passé et au présent, qui engendrent l'avenir ?

La deuxième moitié du XXème siècle est, à cet égard, révélatrice. On y voit se manifester des poussées antagonistes, des vagues successives, plus ou moins contrariées, exprimant souvent la profonde ambivalence du juridique. Observons d'emblée le phénomène dominant de la libération des mœurs, se jouant du droit – du moins de celui du mariage –, ou encore de l'autorité judiciaire – et entraînant dans son sillage celle du droit lui-même. Il est assez révélateur que, dans nombre de pays d'Europe occidentale, au cours de la décennie 1960, se soit produite une montée du divorce, alors institution judiciaire par excellence – avant même que les législations concernées ne soient modifiées en conséquence –, dans le sens d'une libéralisation du droit applicable. Comme si la réalité du juridique avait voulu donner au droit une leçon d'humilité.

A cela – ou avec et par cela – on a assisté à un développement des relations intergroupes, inter-Etats, internationales. Ses manifestations initiales pouvaient bien être lointaines et comme immémoriales. La pensée – ethnologique aussi bien que comparative – a porté vers l'analyse d'un fonds commun des systèmes juridiques. Lévi-Strauss s'y est aussi employé. Et même si son affirmation d'un tabou de l'inceste au fondement des structures élémentaires de la parenté n'est plus sérieusement admise aujourd'hui, le fait est qu'un dépassement des visions ordinaires – et comme morcelées – de l'institution familiale ne suffit plus à notre époque. On va plus loin que par le passé. On s'emploie à discerner l'*homo juridicus*, avec ses libertés et ses droits fondamentaux, ses angoisses et ses conflits à l'échelle d'un univers récalcitrant face à un certain impérialisme des pensées, des opinions et des politiques.

Unification ou, plus réaliste, harmonisation sont des aspirations et des exigences de notre temps. D'où un certain nombre de courants portant vers d'importantes modifications dans l'appréhension des problèmes par la règle de droit. Ces forces centripètes ou tout au moins convergentes sont à l'origine de nombreuses conventions internationales, à l'élaboration desquelles la Commission internationale de l'état civil, dont on honore aujourd'hui un bel anniversaire, n'a pas peu contribué. Sujet d'observation superbe. Sujet aussi de controverses, spécialement celles que le professeur Yves Lequette a suscitées de manière bien pénétrante dans un cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1994. Ni le temps, ni le lieu ne permettent ici d'y revenir. Contentons-nous, à ce propos, d'observer une effervescence salutaire de la pensée, un développement du droit, et comme une affirmation, toujours nécessaire, de sa primauté. Même si, exposant l'internationalisation du droit des personnes, M. le président Jean-Marc Bischoff a constaté une certaine rigidité des conventions internationales afférentes à l'état civil, ainsi que des difficultés assez naturelles d'interprétation. Même si, présentant les progrès réalisés en Italie quant à la reconnaissance automatique des décisions en matière d'état des personnes et de la famille, M. Guido Raimondi, magistrat au Parquet Général de la Cour de cassation, à Rome, a pu relever encore quelques zones d'ombre.

La technique, autant que la science, s'en est mêlée. Du fait du développement des moyens télématiques, ce qui nous ouvre, ainsi que l'a observé M. le conseiller Massip, « des perspectives nouvelles pour l'enregistrement des actes et la transmission des informations ». L'horizon change, il s'élargit dans la perspective de l'apparition d'un réseau international d'état civil. Tout concourt à un dépassement – heureux ou malheureux, c'est une autre affaire – des structures et des frontières, dans un contexte où, comme l'a rappelé M. le doyen Carbonnier, dans le rapport lu par le professeur Pierre Catala, s'exerce « la pression de l'immigration, ce phénomène majeur de notre temps ».

On se trouve ainsi à plusieurs carrefours de la pensée. A celui du mariage et de la famille, ce qui porte évidemment à s'interroger sur la précession de l'un sur l'autre. A celui de ce qui est public et de ce qui est secret. A ceux, encore, du statut et de la convention, de l'un et du multiple, du conceptuel et de la casuistique. Et même, tout compte fait, de l'état civil et de la devise républicaine : liberté, égalité, fraternité.

\* \* \*

Liberté ? Ce qui frappe tout d'abord, jusqu'à présent, c'est une résistance du droit du mariage – je ne dis pas de la filiation – à des réformes radicales ou tout au moins frontales. Résistances qui se manifestent de trois manières : par le lien de mariage, hors mariage, ou encore par imitation de celui-ci.

Diverses considérations, le plus souvent d'origine religieuse, y compris en faveur du maintien, éventuellement à titre exclusif, du mariage confessionnel, permettent de comprendre un pluralisme et une coexistence de divers types de mariage. Le droit français a, il est vrai, été profondément marqué par la sécularisation de l'état civil, l'affirmation de la laïcité et l'importance du mariage civil, d'où une approche unitaire qui a traversé les générations. Même là où un certain pluralisme l'a emporté, on a pu observer une solidité des règles régissant le mariage, à la différence de celles qui ont longtemps gouverné le divorce ou la filiation.

Et pourtant, on discerne bien, depuis le début des années 1990, une mutation singulière. A l'issue d'un colloque de démographie tenu à Paris, le doyen Carbonnier observa : « En France, en cette année 91, s'il y a une question du mariage (comme il y a eu autrefois la question du divorce), ce n'est pas qu'il soit question de déjuriciser le mariage, de le ramener de *lege ferenda* à n'être plus qu'un pacte privé. La suggestion de privatiser le mariage peut bien courir en Amérique, comme une queue de reaganisme. Elle ne peut être envisagée chez nous » (INED, Rev. Population, n° 3, 1992, suppl. p. 746). Et l'auteur ajoutait : « La question législativement utile se pose en sens inverse. La question du mariage, résumons-la crûment ; c'est la question du concubinage ». Ayant analysé les diverses données, inversant la problématique, il concluait que « la question du concubinage pourrait bien cacher la question du mariage, ce qui la fait entrer dans une zone de turbulences où ne pas légiférer, malgré les entraînements du cœur et de la raison qui porteraient à une législation clinique, pourrait bien être la manière courageuse de légiférer ». Dix ans plus tard, cette pénétrante analyse subsiste. Simplement les forces de pression, venant de tous bords, ont favorisé l'activisme législatif. La question du concubinage demeure celle du mariage, mais d'un mariage démantelé, à la carte, poussant à légiférer. L'autonomie de la volonté a remis en cause, à sa manière, le principe de laïcité.

Hors mariage, le développement, dans tous les pays considérés, de l'union libre, ce qu'on appelle les nouvelles formes de conjugalité, de la cohabitation, de l'existence de couples de jeunes vivant, comme on dit, « ensemble », a modifié profondément l'état des choses familiales. On admit volontiers qu'il a toujours existé des unions de cette sorte, ce dont le droit a pu longtemps se désintéresser sans trop d'inconvénients, d'inégalités ou d'injustices. On peut pourtant estimer que, sinon dans la décennie 1960, du moins dans les décennies suivantes – celle de 1980 est surtout révélatrice –, il y a eu un saut qualitatif tenant au développement de la cohabitation juvénile, d'une mobilité croissante du mariage, d'une multiplication des étapes menant du célibat au statut des gens mariés.

La croissance impressionnante du nombre des unions libres a même conduit à renforcer la prise en considération de la notion de couple, au point de refouler la seule donnée d'une différence de sexe, au profit de revendications homosexuelles. L'important, c'est alors d'être deux. A terme, qu'importe alors l'homosexualité ou même l'inceste ; ces deux pigeons du fabuliste qui « s'aimaient d'amour tendre » sont bel et bien frères. Pigeons gays en quelque sorte.

Observons pourtant, au sein de tant d'ambiguïtés, le prestige récurrent du mariage. Phénomène d'imitation, en lui-même révélateur d'une aspiration assez conformiste à la reconnaissance des couples homosexuels. Lois et projets ont vu le jour dans la décennie 1990 et le mouvement est loin d'être arrivé à son terme. Le professeur Jean Hauser a classé les systèmes en trois catégories. Il existe tout d'abord de nombreux systèmes juridiques dans lesquels le « partenariat » – pour employer l'expression la plus commode, voire la plus utilisée – n'est pas admis, même si des dispositions éparses et particulières ont pour objet de pallier certains inconvénients attachés à l'ignorance de diverses situations de fait, tenant ou non à ce qu'on appelait autrefois des « mœurs spéciales ». Plus caractéristiques sont les droits dans lesquels il est fait place au « partenariat-engagement », non sans que soit constatée une diversité des effets attachés à ces liens. Enfin dans une troisième voie, le simple fait de la vie en commun devrait, indépendamment de toute considération de fait, entraîner les conséquences du mariage.

L'attention a été tout naturellement apportée sur une législation relevant de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celle des Pays-Bas. Le professeur Katharina Boele-Woelki, de l'Université d'Utrecht, a décrit la genèse et le contenu de la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1998 sur le partenariat enregistré suivant laquelle les couples homosexuels ou hétérosexuels peuvent faire enregistrer leur partenariat par un officier de l'état civil. Cette union, soumise à des conditions de fond équivalentes à celles du mariage, entraîne les mêmes effets que celui-ci, exception faite des règles de filiation, étant aussi observé que les règles relatives au divorce sont, pour l'essentiel, écartées, le partenariat pouvant être dissous par le juge à la demande de l'un des membres du couple. N'allons pas croire que l'évolution soit terminée car, depuis la réforme de 1998, marquant le déclenchement de l'engrenage, s'est développé, de plus en plus actif, un combat en faveur de l'ouverture du mariage aux couples du même sexe, combat qui se poursuit et s'amplifie. La revendication d'un droit à une certaine liberté a fait suite à celle de l'égalité.

\* \* \*

Le mouvement d'uniformisation, à maintes reprises constaté dans les rapports et les interventions, se manifeste en matière de filiation, au-delà de la constatation d'une diversité des fonctions et des rôles, pour employer une terminologie de caractère sociologique. Une autre sorte de rapprochement s'opère, ici et là, entre le droit et le fait d'autant plus que, dans nombre de situations, on a été conduit à faire chaque jour davantage état des découvertes et des progrès de la science et de la technique, de la biologie et de la génétique. Et l'égalité observée illustre bien la définition aussi ancienne que profondément exacte d'Aristote : traiter de manière égale les choses égales et inégale les choses inégales. Au cœur de tout cela, il n'en demeure pas moins une hésitation, source de diversités, quant à la considération du secret, qui avance ou recule, suivant les types de filiations mais aussi suivant les législations.

Dans l'espace se révèle une unité dans l'action, si l'on peut dire. Au sujet de la paternité naturelle, le rapport du professeur Dieter Henrich révèle une progression manifeste des reconnaissances de filiation en droit allemand (de 45% en 1969 à 93,4% en 1995), la recherche judiciaire de paternité étant donc de plus en plus minoritaire. On n'y constate pas, en revanche, une prise en considération, en tant que telle, de la possession d'état, ce qui marque l'importance attachée aux liens du sang, le tout n'excluant pas, depuis peu et dans certaines conditions, l'exigence d'un consentement de l'enfant.

Action, mais aussi réaction, au demeurant fréquemment constatée en faveur de la détermination du nom de l'enfant légitime mais aussi naturel, et ceci en dépit de tout un mouvement législatif qui a notamment affecté les droits de l'Europe occidentale, ce qui a été montré au sujet du droit suisse par le rapport lumineux de Mme le professeur Suzette Sandoz.

Facteurs d'unité, donc, mais toujours dans l'espace, facteurs de diversité, quant à la paternité naturelle. Car si le droit allemand est surtout attaché à la reconnaissance volontaire, le droit anglais semble privilégier le mode judiciaire d'établissement de la filiation, ainsi que l'a bien montré le professeur Nigel Lowe. On ne s'étonnera pas du caractère souple de ce système. Reste une dominante qui conduit à ne pas attacher en principe d'effets à la seule cohabitation. Au demeurant, il existe en droit anglais un mouvement d'extension de l'accès à l'établissement officiel de la filiation. Et cette relative convergence constitue, à sa manière, un écho de l'internationalisation du droit des personnes dont il a été déjà question.

Ce que l'on constate dans l'espace rejoint ici ce que l'on peut observer dans le temps. Ressemblances ou divergences ? Derrière les règles et les solutions, il faut chercher suivant la méthode comparative des lignes de force plus profondes. Comment le temps opère-t-il ? En permettant ce qui était défendu ou en défendant ce qui était permis ? En révélant ce qui était secret ? En couvrant du secret ce qui était antérieurement accessible au public ? Le rapport du professeur Pierre Murat sur l'accouchement dans l'anonymat et ses incidences juridiques a montré exactement le caractère contestable du nouvel article 341-1 du code civil français et les inconvénients attachés à cet anonymat, dû pour une grande part aux efforts couronnés de succès du lobby de l'adoption. Craignons d'y voir une régression du droit peu conforme d'ailleurs à la reconnaissance internationale des droits de l'enfant.

L'attachement au secret marque précisément, sur un autre point, le droit français de la filiation, plus précisément au sujet de l'adoption plénière et de la constitution d'un faux acte d'état civil de l'enfant adoptif contraire à tout un mouvement d'idées et même de règles portant à la consécration, au profit de chacun, d'un droit à la connaissance de ses origines, ici ou là réclamé voire admis, sous certaines réserves, en matière de procréation assistée. A cet égard, l'on pourra constater que l'attachement du droit français l'éloigne singulièrement de ses voisins anglais ou allemand. La comparaison des trois systèmes conduit à des oppositions variables – à deux contre un – suivant les questions de filiation envisagées. Et il y a tout lieu de penser, à cet égard, que compte tenu des progrès de la génétique, le droit français devra évoluer, à l'image de ses voisins, ainsi que des droits scandinaves, dans le sens d'un recul du secret et d'une revanche de la vérité. Sans doute comprend-on bien l'existence d'antagonismes,

spécialement de celui qui peut exister par rapport à l'affirmation grandissante du secret de la vie privée. Mais quand cette vie intéresse directement plusieurs personnes, il faut bien choisir et le choix fait pencher le juriste en défaveur de l'ombre et en faveur de la lumière. Autant de réflexions suscitées par le rapport de Madame le professeur Françoise Dekeuwer-Défossez.

\* \* \*

A l'intérieur de la cellule familiale, de cette société particulière qui permet et assure l'intégration de l'individu à la société, chacun trouve ses assises et le moyen de comprendre le sens des transmissions, des conflits vécus et dépassés, bref de la solidarité. En cela aussi la devise républicaine retentit. Sans doute la conciliation de la liberté et de l'égalité a été de tout temps matière à des contestations, à déconvenues, mais aussi à constructions renouvelées d'une harmonie toujours fragile. Alors, quand de la fraternité s'en mêle ! A vrai dire, elle a été généralement délaissée par le droit. Pas complètement, c'est le moins qu'on puisse dire. Dans l'ordre juridique interne : par les réformes de la filiation, par des dispositions sur les transplantations d'organes entre frères et sœurs, par l'adoption de fratries, etc. Dans l'ordre international aussi du fait même de la coordination des systèmes et, quant à ses sources, d'une internationalisation du droit des personnes. De tout cela et des conclusions de chaque séance par les présidents Aldo Dainotto et Rainer Frank se sont bien dégagées des conclusions lumineuses au carrefour de la famille et du droit, national ou international, lequel s'approche d'elle et s'emploie à l'appréhender de manière prudente et progressive, « à pas de colombe » comme Nietzsche dit qu'on doit s'approcher de la vérité.