

29th Congrès du mouvement
Nouveau Notariat, Evian 1998



LA FAMILLE MODERNE À L'ÉPREUVE DU DROIT

Dominique-Henry Matagrín

Magistrat, ancien conseiller technique du Garde des Sceaux.



Le modèle familial consacré par nos textes, sous le sceau, le cas échéant, du notaire et le contrôle du juge, est aujourd'hui sérieusement "bousculé" par l'évolution des mœurs.

"L'implosion individualiste" que connaît notre époque entraîne une "privatisation de la vie privée" (l'aventure du couple, comme celle de l'enfant, est l'affaire de l'individu avant d'être celle du groupe), avec une prévalence de l'affectivité (on vit dans l'instant et sous l'empire de ses émotions, avec une réticence à s'inscrire dans la durée), sur la toile de fond de la permissivité et de l'hédonisme ambiants ("morale du bonheur plus qu'éthique du devoir").

Aussi, dans une tolérance assez générale, les contours de la famille s'estompent et se confondent avec toutes sortes d'autres types de relations, moins stables ou ritualisées ; et on assiste à un découplage des liens traditionnels entre famille, mariage et filiation : aussi bien dans l'espace (union libre, couple homosexuel, enfants naturels ou "artificiels"...) que dans le temps (précarité du couple, marié ou non...).

Face à cette évolution, le droit est au pied du mur : s'il n'a pas à se régler purement et simplement sur les mœurs (puisque sa vocation est d'imposer ses exigences à ces dernières, en fonction des valeurs qu'il exprime), il ne peut pas, non plus, en faire abstraction complètement : il doit savoir les prendre en compte pour mieux les soumettre.

C'est un défi pour les responsables politiques ; et d'abord pour les juristes, qui peuvent les éclairer, avec (comme c'est particulièrement le cas pour les magistrats ou les notaires), leur expérience concrète de ces situations et des difficultés nouvelles qu'elles engendrent. On va tenter, brièvement, de contribuer à cette nécessaire réflexion, en évoquant quelques-unes des principales questions qui se posent à cet égard.



I - LA VIE DE COUPLE EN DEHORS DU MARIAGE

Son "inflation" dans les comportements fait écho à sa "promotion" dans les mentalités. Statistiquement banalisée, cette situation est en effet maintenant généralement bien admise et regardée, par beaucoup, comme l'équivalent de l'union fondée sur l'acte juridique du mariage, sans hiérarchie de valeur. Et la famille n'est pas seulement dissociée du mariage, mais aussi, dans un certain nombre de cas – qui sont sortis de leur marginalité statistique et, plus encore, de leur "ghetto" social – de la différence des sexes elle-même.

D'où l'idée (et, peut-être, au moment où ces lignes seront publiées, du projet législatif), d'un statut spécifique du concubinage, intermédiaire en quelque sorte entre le mariage et l'union de pur fait, ouvert, le cas échéant aux couples homosexuels (cf. diverses propositions parlementaires : "contrat d'union sociale", "d'union civile", etc.) ; mais aussi, de toutes façons, indépendamment même du débat sur une telle perspective, la nécessité de s'interroger sur les évolutions nécessaires et possibles dans la prise en compte par le droit de cette situation de fait, d'ores et déjà productrice d'importants effets juridiques mais dans des conditions pas toujours parfaitement maîtrisées.

1/ Créer un statut spécifique pour les couples non mariés ?

On n'entrera pas ici dans le débat de fond, qui relève des choix de valeurs que chacun peut faire. Il importe cependant, sous l'angle de la technique juridique, de souligner certains enjeux, symboliques et pratiques, des décisions qui pourraient être prises à cet égard.

■ Quant aux conditions de l'acte

La création d'un statut "tiers", entre l'union de pur fait et le mariage, oblige à s'interroger d'abord sur les conditions dans lesquelles des partenaires pourraient entrer dans un tel statut. S'agissant, à la différence du concubinage "ordinaire", d'une situation juridique que l'on fera naître d'un acte comme le mariage et non d'un simple fait, il s'agit de savoir comment se manifestera cet acte de volonté et quelle sera sa portée.



Certains réclament, sur ce point, un passage devant l'officier de l'état civil, à l'instar du mariage. D'autres encore, une alternative entre mairie et office notarial... Ce n'est pas là un débat trivial sur des modalités techniques : c'est un choix crucial qui déterminera toute la portée symbolique de l'acte et situera ce statut par rapport au mariage.

Passer devant l'officier de l'état civil, de manière obligatoire ou facultative (ce qui serait encore plus singulier et brouillerait encore plus les cartes...) signifierait en effet de faire de cet acte une forme "d'ersatz" de mariage, de "Canada Dry", de "sous-mariage" ; ce serait, peu ou prou, en faire un élément de l'identité des personnes, à l'instar du mariage.

En revanche, se limiter au notaire permettrait d'éviter toute équivoque. Or, cette nécessité d'une distinction nette serait, évidemment, encore accrue si ce statut nouveau devait être ouvert aux couples homosexuels ; sans entrer dans le débat de fond à cet égard, on ne peut pas ne pas souligner l'enjeu – qui n'est pas que social mais aussi véritablement anthropologique – attaché à la différence des sexes (cf. à cet égard les analyses d'Irène Théry).

■ *Quant à la portée de l'acte*

Il s'agit de savoir si l'on veut introduire, dans les relations entre partenaires, une dimension extra-patrimoniale ou se limiter à des relations purement patrimoniales.

Il est certain que, dans cette dernière hypothèse, l'intervention du notaire se justifiera à plus forte raison, tandis que celle de l'officier de l'état civil aurait quelque chose d'incongru : ce n'est pas le rôle du maire que de se mêler ainsi de ce type de rapports privés ! Dans le cas contraire, en attachant des effets extra-patrimoniaux à la conclusion de cet acte, la loi, qu'elle le veuille ou non, introduirait un facteur de confusion dans l'organisation sociale et dans la vie des familles, et l'on retomberait dans cette espèce de "sous-mariage" évoqué plus haut, avec toutes sortes de conséquences graves.



Aussi, si l'on veut maintenir une "ligne de partage des eaux" sans équivoque entre mariage et "concubinage institutionnel", il vaudra mieux confier au notaire, seul et exclusivement, le soin de passer l'acte, pour donner le sceau de l'authenticité à une manifestation de volonté expresse impliquant des effets spécifiques allant plus loin que le concubinage de pur fait.

2/ Répondre de manière pragmatique aux défis juridiques que posent certaines situations hors mariage

La création d'un statut ad hoc, si elle devait intervenir, n'intéressera sans doute qu'une fraction marginale des gens vivant en situation maritale ; les autres, la très grande majorité selon toute vraisemblance, demeureront dans l'état actuel du droit, sans préjudice des évolutions des textes ou de la jurisprudence. Or, cet état soulève diverses difficultés, quant à la preuve et aux effets de cette situation, de pur fait mais productrice de conséquences juridiques qui vont croissant.

Si l'on admet que l'intérêt bien compris du droit, c'est d'apporter de l'ordre et de la sécurité aux partenaires de la vie sociale, il faut donc, indépendamment des jugements de valeur que l'on peut porter à cet égard, donner aux gens des instruments pour régler leurs rapports et prévenir leurs conflits.

■ *Renforcer la preuve du concubinage*

S'agissant d'une situation de fait, la question de la preuve est essentielle. Or, on ne peut absolument pas se satisfaire de la situation actuelle, où les documents délivrés par les mairies n'offrent pas, tant en eux-mêmes que dans la pratique qui en est faite, une assise juridique suffisamment solide et crédible : les "certificats de concubinage" ou "de vie en commun", dont on se contente en général, procèdent d'une forme de détournement d'un texte qui n'est pas fait pour cela et n'ont pas la moindre valeur authentique, même si, en fait, on feint de le croire... Et la situation est devenue encore plus anormale et confuse, depuis que des mairies (environ 300...) délivrent ces actes à des couples homosexuels.



Certes, la preuve peut se faire par tous moyens, mais il serait commode, en pratique, de disposer d'un titre ad hoc. Il faut donc prévoir une forme d'acte authentique, qui pourrait, par exemple, être fondé sur une déclaration solennelle des intéressés devant notaire et corroboré par des affirmations de témoins sous serment. Ce serait aussi un moyen de limiter les fraudes... nombreuses.

■ *Aménager les effets du concubinage*

Situation par définition précaire, fondée sur la primauté des liens affectifs, et la plupart du temps, l'indifférence aux dimensions juridiques de la question, le concubinage peut, en particulier lorsqu'il se termine, déboucher sur des grosses difficultés matérielles. Et, en dehors même de toute perspective de rupture, il ne peut y avoir qu'avantage à ce que les partenaires de cette espèce de société de fait qu'est leur couple – au sein de laquelle les intérêts, notamment professionnels, peuvent être substantiels, parfois – règlent leurs rapports dans des conditions propres à assurer une sécurité et une prévisibilité suffisantes, tant pour eux-mêmes que pour les tiers.

Il faut donc encourager au maximum, dans le cadre de la liberté contractuelle, les gens qui vivent ensemble à organiser leurs relations patrimoniales et, compte tenu des enjeux, le notariat a là un rôle privilégié à jouer et à développer. Cela, certes, se fait déjà ; mais il conviendrait certainement d'approfondir la question et de s'adapter, commodément et à relativement peu de frais, aux situations les plus courantes ; avec, par exemple, un contrat de type "société civile", pour mettre en commun des éléments de gestion patrimoniale, à l'instar des régimes matrimoniaux, mais sans la dimension symbolique attachée au mariage. Il existe des sociétés civiles pour l'exercice en commun de la propriété ou d'une profession, pourquoi pas pour la vie commune ?

Mais, bien entendu, cela devrait s'inscrire dans un aménagement d'ensemble, juridique, social et fiscal (spécialement en matière de succession) qui, sans sacrifier la préférence pour le mariage, pourrait offrir une "prime" à ceux qui acceptent de mettre un peu plus de

droit et de rigueur dans leurs relations, par rapport à ceux qui préfèrent rester dans l'informel...

II - LES CONDITIONS DU DIVORCE

Les mêmes raisons qui poussent au développement de la famille hors mariage jouent aussi contre la stabilité du couple dans le mariage.

Les statistiques attestent de l'ampleur du phénomène (environ 110 000 par an, soit un doublement depuis 1975 ; un divorce pour trois mariages, un pour deux dans les grandes villes...) ; et les praticiens mesurent la gravité des conséquences en termes de dégâts humains et sociaux.

On dénonce aussi, du côté des justiciables, le coût et la lenteur des procédures. De fait, alors que la justice civile est embouteillée, la part du contentieux engendré, directement ou indirectement (conflits sur les pensions, le droit de garde, etc.) par les séparations de couples, est considérable ; la tentation est donc forte de s'orienter vers des formules de substitution et/ou de dérivation en tout cas, de simplification et accélération.

Au-delà de ces considérations "utilitaristes" – dont on doit relativiser la prise en compte, car c'est à l'institution de s'adapter aux besoins de son public et non l'inverse ! – on doit se demander si un certain assouplissement des conditions du divorce ne serait pas de l'intérêt bien compris de l'institution du mariage : la perspective d'une séparation difficile et douloureuse peut dissuader des couples de se marier ou de se remarier...

C'est en tout cas l'intérêt de la société en même temps que celui de toutes les personnes en cause que le divorce intervienne dans des conditions qui soient le moins possible "traumatisantes" en elles-mêmes ou génératrices de contentieux ultérieur (ce qui peut être parfois contradictoire : un divorce "bâclé" par des gens pressés "d'en finir" est l'assurance de contestations ultérieures...) ; c'est-à-dire, non point de le rendre plus "civil", comme on a pu le dire un

peu hâtivement, mais certainement plus “civilisé”.

Cela oblige à s'interroger sur le rôle du juge et sur la place à réserver à la notion de “faute”.

1/ Se passer du juge ?

Diverses propositions ont pu être faites à cet égard, allant du divorce symétrique au mariage devant le seul officier de l'état civil (au moins dans des cas à préciser, tournant autour de l'idée de consentement mutuel avec, le cas échéant, absence d'enfants...) à une restriction du rôle du juge au profit du maire et/ou du notaire.

Au-delà de choix de société dont on ne discutera pas ici, on peut se demander, en tant que juriste, si le débat doit porter sur le principe de l'intervention du juge ou sur les modalités ; en particulier, sur le point de savoir si cette intervention doit être toujours systématique et a priori, comme aujourd'hui, ou si, dans certains cas au moins, elle ne pourrait pas être simplement facultative, subsidiaire ou a posteriori, sur demande expresse d'une partie.

■ Une garantie à conserver

Un divorce est en effet, compte tenu de l'importance de l'institution du mariage dans la vie civile, un acte toujours grave, mettant en jeu des intérêts, individuels et collectifs, de premier plan. Dans cette optique, l'intervention du juge, gardien habituel et naturel de ces enjeux, apparaît comme la garantie d'un arbitrage de qualité, avec une prise en compte de tous les intérêts en cause et d'une prévention, autant que possible, des conflits ultérieurs.

Il est certain, à cet égard, que l'officier de l'état civil n'a ni légitimité ni compétence pour se substituer au juge, pas plus, au demeurant, qu'un notaire : il paraît difficilement envisageable de lui permettre un contrôle de fond, sur le consentement ou les modalités et un pouvoir d'arbitrage ! Prévoir donc un divorce par simple déclaration devant lui serait prendre un risque sérieux (sans même parler de la dimension symbolique, qui révèle des choix de valeurs de chacun ; mais on ne peut la perdre de vue : il s'agit de

savoir si le mariage n'est qu'un accord de volonté formel, ou une institution qui dépasse ceux qui y entrent...) ; en particulier, parce que le consentement peut être forcé : une des raisons d'être de la procédure est de faire émerger, le cas échéant, les réticences intimes et les difficultés occultées.

■ Une intervention à redéfinir

L'intervention du juge pourrait en effet n'être que facultative, au moins dans certains cas (consentement mutuel, en tout cas, que la demande soit conjointe ou formulée par un seul des époux mais acceptée par l'autre) : il appartiendrait, par exemple, au notaire de dresser un acte prévoyant les modalités de la séparation, qui serait adressé systématiquement au juge ; lequel disposerait d'un délai pour convoquer les parties, s'il en éprouvait le besoin, ou pendant lequel chaque personne intéressée pourrait le saisir de sa contestation éventuelle ; à l'expiration du délai, l'acte produirait ses effets.

Dans les autres hypothèses de divorce, il conviendrait, entre autres réformes de procédures qu'on n'abordera pas ici, d'imposer (sauf dispense expresse par le juge, dûment justifiée), la rédaction préalable d'un projet de partage de la communauté : le divorce doit être un point final, non le début d'une nouvelle course d'obstacles procédurale, comme c'est trop souvent le cas !

2/ Se passer de la faute ?

Existe-t-il un droit au divorce ? Et si oui, sur quoi le fonder ?

On ne discute plus guère à cet égard, sauf dans une perspective religieuse par exemple, le droit “duel” (rupture par accord des volontés) ; la question se pose essentiellement du droit “singulier” : si l'un veut divorcer, dans quelles conditions peut-il l'imposer à l'autre ? Si la volonté unilatérale suffit, c'est admettre la répudiation pure et simple...

■ *Un archaïsme "pervers"*

Notre droit, parmi les États développés, est un des rares à attacher encore une telle importance à la faute, faisant du divorce hors consentement mutuel, la sanction d'une violation des obligations du mariage (à l'exception de l'hypothèse, limitée et pénalisante, de la rupture de la vie commune, qui s'inspire, mais dans un "paysage" marqué par la faute lui aussi, de la conception du "divorce-remède").

De fait, la moitié des procédures de divorce entrent dans ce cadre (avec une tendance à l'augmentation) – ce qui, outre la charge pour les tribunaux, est générateur de tensions dans les familles et, eu égard au caractère très passionnel de ce genre de conflits, pousse à leur radicalisation. De plus, il peut apparaître passablement artificiel de prétendre faire "l'autopsie" de l'échec d'un couple, même si l'on peut imputer des torts caractérisés à l'un de ses membres.

■ *Pour une logique de compensation*

Il serait donc préférable de se focaliser sur les circonstances et les conséquences de la rupture elle-même, dans un esprit d'équité, plus que sur le respect du "contrat" conjugal, dont on peut estimer qu'il relève d'abord de l'intimité du couple et de sa responsabilité mutuelle ; même si aucune formule de réparation du préjudice causé par la rupture – ce qui est une exigence de bon sens et de justice qu'on ne peut pas faire disparaître au profit d'une conception trop stricte du "divorce-remède" – ne pourra se passer complètement d'une appréciation des torts respectifs à cet égard.

Dans cette optique, la séparation pourrait, comme motif autonome, être retenue avec une durée sensiblement inférieure aux six ans requis aujourd'hui ; et, dans tous les cas, on privilégierait une logique indemnitaire de compensation des conséquences particulièrement dures de la rupture pour l'un des conjoints.

III - LE LIEN DE FAMILLE, DE LA VIE À LA MORT

L'appartenance à la famille, quand elle ne résulte pas du lien d'alliance, découle du rattachement à une lignée ; d'où le droit à une généalogie, qui établit le lien avec les autres membres de la famille. Elle se traduit, principalement, par la reconnaissance d'un droit de succession. Or, des progrès importants sont à faire en la matière pour que notre droit, soit mieux emprise sur les réalités pratiques et psychologiques.

1/ *Mieux affirmer le rattachement à la lignée*

Dès lors que la famille prend l'allure d'une "mosaïque" (famille "recomposée"), détachée, qui plus est, très souvent, du cadre du mariage (1/3 des naissances) et donc de la présomption de paternité, voire de la sexualité "naturelle" (conception in vitro – en attendant le clonage ?...), il est d'autant plus important, socialement et individuellement, matériellement et psychologiquement, que la filiation puisse être établie avec le plus haut degré de certitude et se manifester, d'abord, par le nom : c'est le besoin d'un "fil d'Ariane", d'une "traçabilité". Un fait aussi lourd de conséquences doit pouvoir échapper à toute instabilité et relativité.

■ *Préserver la transmission du nom de famille*

Il faut récuser là un féminisme mal placé qui dénonce parfois comme une "discrimination" la règle française, héritée de l'histoire, de la prévalence du nom paternel ; de même que la tendance à vouloir réduire l'identité de l'individu à une simple question de caractère privé : le libre choix du nom de famille serait la négation même du nom de famille – et donc, un peu, de celle-ci – et provoquerait une grande confusion identitaire, individuelle et collective.

■ *Mieux protéger le droit à une filiation*

Ce droit résulte de la Convention internationale sur les droits de l'Enfant, mais il est bafoué, parfois, dans le droit et dans la pratique administrative (accouchement sous X ; non-reconnaissance par le père ; secret des origines en matière d'adoption ou de procréation



artificielle...). De manière certes prudente mais résolue, il faudrait faire évoluer cette situation quand cela apparaît possible et, en tout état de cause, faire prévaloir la vérité biologique, même post-mortem, ce que la science moderne, au surplus, autorise avec un haut degré de fiabilité.

2/ Moderniser le droit des successions

Notre droit est passablement désuet et en retrait par rapport à beaucoup d'autres sur des points essentiels. Il faut s'interroger sur une reprise du projet préparé par J. Toubon, qui améliorerait sensiblement celui déposé par le gouvernement Balladur.

Parallèlement, une révision complète de la fiscalité, pour supprimer les taux confiscatoires et, tout en conservant une différence entre membres de la famille et autres héritiers, éviter d'écraser autant ces derniers s'imposerait sans doute comme un accompagnement logique.

■ *Accroître la liberté de tester*

Il conviendrait de réfléchir à une limitation de la réserve héréditaire (ne pas aller au-delà de $1/2$? En tout cas, pas plus de $2/3$; une suppression heurterait sans doute une majorité de Français attachés à l'égalitarisme républicain qu'elle représente). Outre le supplément de liberté que cette mesure signifierait, elle favoriserait sans doute un renforcement des liens de famille, en réduisant l'automatisme de l'héritage (qui encourage l'ingratitude...).

■ *Faire du conjoint un héritier réservataire*

Le conjoint survivant est aujourd'hui réduit à la portion congrue ; il était prévu dans le projet précité, tout à la fois, d'augmenter ses droits ($1/4$ en pleine propriété, outre des droits particuliers sur le logement conjugal) et de mieux les garantir par un droit de réserve analogue à celui des enfants, ce qui constituerait aussi une reconnaissance de la place prise par le lien d'alliance dans la famille.