

Éthique et droit actuel de la famille

Vincent Egea

► **To cite this version:**

Vincent Egea. Éthique et droit actuel de la famille. J.-Y. Naudet. Ethique et famille, PUAM, 2018, 9782731410990. hal-02085247

HAL Id: hal-02085247

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02085247>

Submitted on 30 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉTHIQUE ET DROIT ACTUEL DE LA FAMILLE

Vincent ÉGÉA

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille,
Aix-Marseille Université

Pour traiter de l'éthique et du droit actuel de la famille¹, l'on se réfugiera derrière des définitions de l'éthique déjà proposées. Pour autant, en tant que juriste, nous ne pouvons pas ignorer l'éthique dans sa dimension d'éthique appliquée et d'éthique descriptive. Il s'agira donc plus modestement de s'interroger sur les fondements moraux du droit de la famille, les impératifs qui les gouvernent ou, pour céder à une dose de procéduralisme, à la manière dont elle s'établit. D'emblée, il convient de noter que l'intitulé qu'il nous est donné de traiter concerne l'éthique et le droit actuel de la famille, et non l'éthique et la famille. Le choix est assurément opportun car il permet de s'abstraire d'un ontologisme visant à définir la famille. Là se trouve en effet le mystère fondamental de cette matière². Voici donc que des trois piliers du droit civil chers à Carbonnier³, le contrat, la propriété, la famille, cette dernière demeure la seule qui n'est pas définie dans le Code civil qui, pourtant, régit le conseil de famille et, jusqu'à récemment du bon père de famille. L'objet du droit de la famille se dérobe et l'on ne trouve pas davantage de définition de la famille dans le Code pourtant intitulé Code de l'action sociale et des familles, ni même dans le Préambule de la Constitution de la quatrième République. L'objet du droit de la famille n'est donc pas défini. Ceci offre une certaine souplesse de qualification, permettant d'adapter le droit aux mœurs, en permettant aussi de ne pas trancher des questions que l'on pourrait qualifier de sensible, si l'on se trouve vers la philosophie politique.

En retenant l'expression « droit de la famille », il est bien question ici de normativité et le regard se tourne déjà vers une éthique appliquée. Pourtant, l'éthique se trouve bien au-delà de la norme en général et de la norme juridique en particulier. Elle se trouve au fondement même de l'appréciation portée sur les comportements humains. Puis-les qualifier de bons ? Qu'il s'agisse de comportement individuel et du rapport à soi ou, pour reprendre la distinction

¹ Le style oral a été conservé.

² Sur ce point, cf. V. EGÉA, *Droit de la famille*, éd. LexisNexis, 2016, n° 1 s.

³ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 2001, p. 255.

d'A. Sériaux⁴, du rapport aux autres. Longtemps, l'identité normative entre morale, religion et droit a permis de faciliter la réponse à cette question. Le Décalogue et le don de soi canoniste permettaient de qualifier aisément un comportement familial de bon ou, inversement, de le réprouver.

Est-ce à dire, dès lors, que le droit actuel de la famille aurait abandonné toute référence à l'éthique ?

D'emblée une réponse négative quasi-intuitive apparaît. Pour ce faire, nous retiendrons alors la définition proposée par A. Sériaux qui voit dans l'éthique « la science qui se donne pour objet les fondements et les modes privilégiés d'expression des comportements bons de l'ensemble des individus et de chaque être humain en particulier »⁵. Le droit actuel de la famille repose en réalité sur des fondements éthiques renouvelés qui se distinguent sans doute des éléments moraux classiques de la matière. La fidélité et l'adultère occupent assurément une place moins centrale en droit contemporain de la famille.

Le procéduralisme triomphant que l'on constate désormais en droit du divorce peut être vue comme une forme d'éthique où sera bon ce qui a suivi un processus discursif en respectant un formalisme, des délais, des obligations de motivations, ce compris une manière de procéder s'effectuant hors les murs des juridictions. De ce point de vue, le divorce par consentement mutuel par acte contresigné par des avocats constitue l'aboutissement d'un lent processus dans lequel la manière de faire semble bien l'emporter sur le fond de la norme. Les causes de ce phénomène sont connues et se trouvent du côté de l'égalité entre les membres de la famille et entre les familles, sécularisation des sociétés contemporaines occidentales, pédocentrisme...

Dans le même temps, demeurent pourtant des fondements éthiques que l'on qualifiera volontiers de plus classiques, qui continuent d'être affirmés notamment face à l'essor de techniques biomédicales.

I. L'essor de fondements éthiques nouveaux

Parmi les nouveaux fondements éthiques qui paraissent affecter le droit actuel de la famille, l'on peut distinguer le mutualisme et le procéduralisme.

⁴ A. SÉRIAUX, *V^o Éthique*, in *Dictionnaire de culture juridique*, éd. PUF, dir. D. SALAS et D. ALLAND.

⁵ A. SÉRIAUX, *art. précit.*

A. Le mutualisme

Il est bon de gérer le patrimoine du couple de manière mutualiste. Tel semble être le maître mot du droit contemporain de la famille, pour le PACS et pour le mariage. Le membre d'un couple qui finance seul l'achat d'un bien indivis peut-il, au moment de la liquidation du régime matrimonial (pour les époux séparés de biens) ou patrimonial (pour les partenaires de PACS) réclamer le remboursement de ce qu'il a versé en plus ?

La question est fondamentale car lorsque l'acte d'acquisition est silencieux sur la part de financement respectif des époux, ils sont présumés être propriétaire indivis, chacun possédant une quote-part de cinquante pour cent des droits. Le titre l'emporte en effet sur la finance. Il pourrait *a priori* paraître juste et bon que celui qui a financé plus puisse récupérer le surplus de sa cotisation. Ceci est notamment vrai s'il est par ailleurs l'époux trompé ou l'époux bafoué.

Dans le droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975, l'époux *solvens* ne manquait pas d'invoquer l'existence d'une libéralité entre époux afin de la révoquer, du moins lorsque le divorce n'était pas prononcé à ses torts exclusifs. Où l'on voit que la morale avait un rôle important à jouer. Financer seul l'acquisition du bien apparaissait comme une forme d'appauvrissement au profit de celui qui se trouve titulaire, sans payer, de cinquante pour cent des droits indivis. L'on permettait donc, par dérogation au principe classique d'irrévocabilité des donations, de revenir sur cette libéralité indirecte ou déguisée. En réalité, la jurisprudence a peu à peu érigé d'importants obstacles face à une telle demande de révocation de la part de celui qui, au temps où le couple était heureux et uni, finança avec désintéressement l'acquisition d'un patrimoine familial. En effet, elle mit en place une véritable présomption d'absence d'intention libérale bénéficiant à l'époux enrichi. Voici donc que celui-ci n'était plus considéré comme un donataire, mais comme le bénéficiaire d'un acte à titre onéreux. Il incombait donc au prétendu donateur, le *solvens*, de renverser cette présomption d'absence d'intention libérale. Redoutable preuve à rapporter ! Il est bien difficile de sonder les cœurs et les reins, selon la formule de Carbonnier, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de renverser une présomption d'absence d'un tel sentiment. Celui qui fit don de son patrimoine au temps du bonheur conjugal ne peut réclamer le remboursement du trop versé, lorsque survient la discorde.

Une telle jurisprudence met en lumière un nouveau fondement éthique : la demande du *solvens* pourtant parfaitement légale et fondée, d'un point de vue arithmétique, cédait ici face à une certaine conception du bon.

Depuis la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004, les libéralités entre époux ne sont plus révocables et le débat s'est en partie déplacé vers le

terrain de la contribution aux charges du mariage. L'époux *solvens* exécute-t-il son obligation de contribuer aux charges du mariage en finançant davantage ou bien peut-il réclamer un quelconque remboursement ?

La jurisprudence considère que constitue un mode d'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage le fait pour un époux de rembourser seul les échéances du prêt immobilier ayant permis de financer l'acquisition du logement de la famille⁶. La situation s'avère par ailleurs compliquée par l'insertion quasi-systématique dans les contrats de séparation de biens d'une clause selon laquelle les époux sont réputés contribuer au jour le jour aux charges du mariage. Après avoir jugé un temps qu'une telle clause ne posait qu'une présomption simple, la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence en retenant inversement le caractère irréfragable de la présomption⁷. Concrètement, cela signifie que perdue au temps de la rupture une sorte de mutualisation en cours durant le mariage⁸. Il paraît désormais acquis que, pour une dépense qualifiée de contribution aux charges du mariage, l'époux *solvens* ne saurait réclamer un quelconque remboursement. L'idée paraît simple et consiste à ne pas revenir sur ce qui a été fait par amour au temps du bonheur conjugal.

En matière d'indivision spéciale entre partenaire de PACS, le constat est identique lorsque les partenaires choisissent le régime spécial de l'indivision de l'article 515-5-1 du Code civil⁹. Le partenaire *solvens* qui finança tout, animé d'un esprit mutualiste au temps de l'union, ne saurait réclamer un quelconque remboursement au temps de la liquidation. De manière quelque peu paradoxale, seuls les concubins échappent en partie à cette règle.

Partant, pour les couples mariés ou pacsés, la faute morale pourrait bien résider désormais dans cette atteinte à l'esprit mutualiste qui marqua de son empreinte la vie du couple.

⁶ Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 11-26.748, Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, n° 05-15.980, *D.* 2013.2242, obs. V. BRÉMOND ; *AJ fam.* 2013.448, obs. B. DE BOYSSON ; Civ. 1^{re}, 15 mai 2013, n° 11-26.933 ; *Dr. Fam.* 2013, com. n° 110, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2013.582, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2013.383, obs. S. BLANC-PÉLISSIER ; Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, n° 05-15.980 ; *Bull. I.*, n° 160, *JCP éd. G.* 2006, I, 193, obs. G. WIEDERKHER ; *AJ fam.* 2006.293, obs. P. HILT.

⁷ Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-21.892

⁸ Sur cette idée, cf. Ph. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté », in *Mél. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 461

⁹ Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de la convention. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale.

B. Le procéduralisme

Le droit de la famille offre une illustration du champ de l'éthique de la discussion et du procéduralisme qui peut l'accompagner. À bien des égards, les choix moraux qui dictaient naguère la norme en droit de la famille ont été remplacés par la manière de faire. Le propos se vérifie en particulier dans les actions en établissement ou en contestation de paternité qui furent longtemps orientées pour protéger la tranquillité et la paix des familles, c'est-à-dire la situation de l'homme marié. Il s'agissait en quelque sorte de ne pas révéler, par l'admission d'une action judiciaire, qu'un adultère a été commis, afin de préserver la famille légitime. La justification morale du rejet du divorce par consentement mutuel s'inscrivait dans une perspective un peu différente. Il s'agissait alors de ne pas permettre aux époux de disposer de leur état civil. À partir de 1975 et la consécration du divorce par requête conjointe, la disponibilité s'accroît. Pour autant, les préoccupations éthiques n'ont pas disparu, comme en atteste la consécration de la clause d'exceptionnelle dureté, défense au fond, permettant à l'époux malade ou heurté dans ses convictions de s'opposer au divorce.

Ces conceptions éthiques ne sont plus et désormais, à bien des égards, il semble que respecter une procédure paraît bien suffire pour l'établissement du bon. Le propos vaut pour le processus législatif et il suffit pour s'en convaincre de songer au rôle que joua l'étude d'impact, dans un processus de légitimation du choix politique, lors des débats parlementaires en 2012-2013, au moment du mariage dit « pour tous ».

Dans la vie familiale quotidienne et, finalement, assez ordinaire, cette logique procédurale s'impose, selon deux modalités. La procéduralisation s'entend bien sûr au sens judiciaire du terme. L'on sait depuis Habermas que le tribunal doit conserver un certain nombre d'analogies avec le *forum* antique où les raisons de chacun pourront être entendues. Mais la procéduralisation prend une autre forme, extra-judiciaire, qui se déploie hors les murs des juridictions. Il s'agit alors de faire respecter une manière de procéder, en déterminant un formalisme des actes, des délais à respecter, voire des obligations de motivation de son comportement.

S'agissant de la procéduralisation au sens judiciaire du terme, le droit de filiation offre un très bel exemple de ce basculement du bon. La question n'est plus de savoir s'il convient d'admettre une action en établissement de la filiation à l'égard d'un homme marié, mais de faciliter l'accès à la preuve biologique, tout en enfermant ceci dans des délais de prescription. L'homme qui reconnaît un enfant qu'il sait ne pas être le sien et se comporte comme père durant cinq ans voit sa paternité devenir inattaquable. Une fin de non-recevoir est érigée face à l'action en contestation. La procédure légitime ici un choix éthique. Avant l'écoulement d'un délai de cinq ans de possession d'état, la vérité biologique l'emporte. En revanche, après cinq ans de possession d'état, la vérité sociologique triomphe car

pour reprendre les mots que Marcel Pagnol fait dire à César : *Le vrai père, c'est celui qui aime*. Cette perspective disparaît en pratique derrière une logique procédurale dans laquelle le plus déterminant pour l'emporter sera de faire remonter le plus loin possible le point de départ de la prescription.

La procéduralisation de manière extra-judiciaire triomphe avec le nouveau divorce par consentement mutuel sans juge. Alors que jusqu'au premier janvier 2017, le juge aux affaires familiales homologuait les conventions de divorce et vérifiait alors l'opportunité et la légitimité du contenu de la convention, en somme s'assurait qu'elle fut juste, ceci a disparu¹⁰. Désormais, une convention déséquilibrée, tant sur le plan patrimonial que personnel, peut trouver une pleine efficacité juridique, dès lors que les deux avocats adressent un projet de convention en courrier en recommandé avec accusé de réception aux époux. S'ouvre alors un délai de quinze jours où, comme en matière de prêt immobilier, les époux doivent s'abstenir de signer la convention et doivent réfléchir. Puis, se tient réunion à quatre pour signer et contresigner la convention. Enfin, dans les sept jours ladite convention signée est transmise au notaire en vue d'un dépôt au rang des minutes. Il est de ce point de vue significatif de constater que l'on assiste aujourd'hui à une quasi-obsession des rédacteurs d'actes pour cette manière de procéder, le tout consistant à trouver un notaire qui voudra bien enregistrer l'acte. Le contenu importe finalement moins. En tout cas, les causes de la désunion telles que l'adultère, voire la violence, demeurent totalement indifférentes. L'impératif de la règle de droit, pour reprendre l'approche structurale motulskienne, à savoir en l'espèce la modification de l'état civil des époux¹¹ résulte du strict respect des délais et du formalisme.

Ainsi, mutualisme et procéduralisme constituent deux fondements éthiques du droit contemporain de la famille. Il serait toutefois inexact de limiter cette approche d'éthique descriptive à ceci car, dans le même temps, survivent des fondements éthiques plus classiques.

II. La survivance de fondements éthiques classiques

Des fondements éthiques de physionomie plus classique demeurent en droit de la famille, même s'ils sont de plus en plus discutés et confrontés à la logique des droits fondamentaux. Deux exemples permettent de s'en convaincre et proviennent l'un du rejet de l'inceste et l'autre de la distinction entre l'objet et du sujet de droit.

¹⁰ La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, du 18 novembre 2016 a supprimé la nécessité d'une homologation de la convention de divorce par consentement mutuel par le juge aux affaires familiales. Ce texte est entré en application le 1^{er} janvier 2017.

¹¹ Ils redeviennent célibataires.

A. Le rejet de l'inceste

L'éthique contemporaine tolérerait mal qu'un enfant, parce qu'issu d'une infidélité, se trouve privé de son droit à l'établissement d'une filiation. Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, tel que dégagé par la Cour européenne des droits de l'Homme s'avère si puissant que le principe de l'action ne peut qu'être retenu. Admettre l'inverse serait assurément perçu comme une insupportable cruauté envers l'enfant. Ainsi, les qualificatifs de naturel, adultérin et légitime ont disparu du Code civil¹², au profit d'un droit de *La filiation* unifié. Une exception notable demeure cependant, afin de protéger l'ordre public et l'intérêt général. En effet, l'enfant qualifié d'incestueux¹³, ne peut pas faire l'objet d'un double rattachement juridique à ses parents, du moins lorsque l'inceste est dit « absolu »¹⁴. Cet enfant se trouve privé de la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents. Pour le droit civil, le caractère consenti ou non de la relation s'avère indifférent, dès lors que la qualification d'inceste s'entend en cette matière aussi bien de relations contraintes mais aussi des relations consenties, contrairement au droit pénal. La qualification est retenue dès lors qu'il existe entre les parents un empêchement absolu à mariage. Au demeurant, la prohibition du double rattachement vaut également en cas d'adoption de l'enfant. Dans une affaire célèbre¹⁵, un demi-frère conçut un enfant avec sa demi-sœur. La jurisprudence refusa ici l'adoption de l'enfant par l'autre parent, qui était aussi son oncle.

La prohibition de l'inceste, plus ancienne des lois sociales selon Levi Strauss, se retrouve ailleurs. Évidente en matière de mariage, elle a fait l'objet d'une diffusion en matière de PACS.

¹² Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

¹³ Sur lequel : A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Mél. M. Ancel*, éd. Pedone, 1975, p. 309.

¹⁴ Le qualificatif d'absolu renvoie ici aux empêchements à mariage. Un empêchement à mariage de ce degré existe en ligne ascendante (entre parent et enfant par exemple) et collatérale (frère et sœur par exemple).

¹⁵ Sur laquelle : D. FENOUILLET ; « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr fam.* 2003, études n° 29 ; D. GUEVEL, « Taire ses origines : la filiation incestueuse », in P. BLOCH et D. DEPADT-SEBAG, dir., *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, éd. Dalloz, 2007, p. 73 ; E. VIGANOTI, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr fam.* 2010, études n° 16.

B. La distinction entre l'objet et le sujet de droit

La tension éthique entre l'objet et le sujet, ensuite, trouve une illustration évidente avec le cas de gestations pour autrui faites à l'étranger. On se souvient que le principe de nullité des conventions des gestations pour autrui fut posé pour la première fois par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1991¹⁶. Lors de la rédaction des premières lois bioéthiques en 1994, fut rédigé un article 16-7 du Code civil disposant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». La difficulté va naître ensuite au sujet de la reconnaissance des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui, les parents d'intention français ayant choisi volontairement de contourner la loi française¹⁷.

Il est aujourd'hui question, pour certains, d'admettre des gestations pour autrui qualifiée d'éthiques, c'est-à-dire faites à titre gratuit et sans que la gestatrice ne soit aussi donneuse d'ovule. Une telle technique permettrait, selon ses défenseurs, de satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, à savoir d'être rattaché au couple d'intention. Elle exprimerait également une expression du droit à la libre disposition de son corps, lui-même composante du droit à l'autonomie personnelle, lui-même composante du droit au respect de la vie privée... Elle permettrait enfin de répondre à l'infertilité.

Cette approche prétendument éthique se heurte à une autre éthique. En refusant la gestation pour autrui, comme continue de le faire le droit français, il s'agit de protéger l'humanité de l'être humain pour reprendre la formule d'Alain SUPIOT¹⁸. Le qualificatif d'éthique apparaît alors, dans les deux camps doctrinaux comme une justification d'un choix opéré *a priori*.

À dire vrai, les débats en ce domaine aboutissent souvent à confronter des conflits de croyance, nourris à grand renfort d'arguments tirés de la religion, la philosophie, les droits de l'Homme (ou ceux de l'enfant !), la psychanalyse, et qui fréquemment ont davantage pour vocation de légitimer une opinion plus que de procéder à une véritable démonstration.

¹⁶ Ass. Plén. 31 mai 1991, *JCP éd. G.* 1991, II, 21752, communication J. BERNARD ; concl. DONTENWILLE ; note F. TERRÉ ; *D.* 1991.417, rapp. Y. CHARTIER ; note D. THOUVENIN ; *Rép. Def.* 1991.1267, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1991.517, obs. D. HUET-WEILLER.

¹⁷ Sur l'ensemble de la question, cf. V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., spéc. n° 834 s. ; en dernier lieu, cf. not. CEDH, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, *Mennesson c/ France* ; *D.* 2014.1797, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2014.1806, note L. D'AVOUT ; *AJ fam.* 2014.499, note B. HAFTEL ; *RTD civ.* 2014.616, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2014.835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Recherche sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Le seuil, 2005.

Une nouvelle face de l'éthique apparaît alors car il s'agit aussi, en continuant de prohiber les gestations pour autrui de protéger les générations futures, questionnement essentiel de l'éthique appliquée contemporaine. Désormais, le droit français maintient le principe de la prohibition, tout en considérant que la convention de gestation pour autrui faite à l'étranger ne fait pas obstacle à la transcription sur les registres français d'état civil de l'acte de naissance étranger, dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité¹⁹.

Il s'agit ce faisant de tenter d'établir un subtil équilibre entre le maintien d'un principe éthique d'une part et la prise en compte de la situation concrète de l'enfant d'autre part. Une telle tension se révèle en définitive assez caractéristique des mouvements qui affectent le droit contemporain de la famille.

¹⁹ Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002 ; *D.* 2015.1819, note H. FULCHIRON et Ch. BIDAUD-GARON ; *D.* 2015.1173, obs. D. SINDRES ; *D.* 2015.1919, obs. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2015.496, obs. F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2015.364, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2015.581, obs. J. HAUSER.

