

## Françoise Dekeuwer Défossez

Les organisateurs de ce Colloque ont souhaité y insérer une intervention juridique, parce que le droit est l'expression du vouloir vivre ensemble d'une société. Il nous dit beaucoup de choses que ce qu'une société donnée estime comme devant ou ne devant pas être. D'ailleurs, à certains égards, les citoyens cherchent aujourd'hui dans la loi des réponses qui étaient autrefois données par la morale.

Que dit le droit sur ce binôme liberté/responsabilité familiale ? L'intitulé peut paraître un peu biaisé car il suggère d'entrée de jeu que la progression des libertés individuelles viendrait en quelque sorte contrarier ou affaiblir l'exercice des responsabilités familiales. Ainsi, la contractualisation de la famille, est souvent vue comme un affaiblissement des liens, parce que cette contractualisation vient en quelque sorte alléger, assouplir ce qui ressortait autrefois de l'institution familiale. C'est une vision exagérément négative des choses, qui ne voit dans la liberté individuelle que l'aspect « je fais ce que je veux comme je veux quand je veux », alors que la liberté individuelle est également ce qui permet de s'engager, car seule une volonté libre peut être à l'origine d'un engagement.

Le terme de « liberté individuelle » est donc un peu ambigu, car il fait référence à la fois à cette liberté qui est l'expression d'une volonté changeante et sans contrainte, et en même temps à cette volonté qui librement s'enracine dans la durée d'un engagement.

Quant aux responsabilités familiales, elles sont de deux ordres assez différents au regard de l'exercice des libertés, selon que l'on s'intéresse aux relations de couples ou aux relations entre parents et enfants.

Les relations de couple sont gouvernées par la stricte égalité des sexes. Il n'y a pas lieu a priori de protéger l'un ou l'autre et la liberté individuelle est celle de deux personnes égales en droits et en dignité.

Les relations sont très différentes entre parents et enfants puisqu'il faut à tout le moins parler de dis-symétrie entre la situation des parents et celle des enfants. Dis-symétrie parce que les parents sont cause de la naissance de l'enfant. A cet ordre générationnel va se surajouter la responsabilité éducative. Les parents sont titulaires d'une autorité qui n'a pas d'équivalent du côté de l'enfant. On devine donc que les libertés individuelles dans l'exercice des responsabilités parentales vont être tout à fait différentes de ce qui se passe dans les relations de couple.

### ***1-Libertés individuelles les responsabilités dans les relations de couple***

Il faut d'abord rappeler que la liberté est au cœur de la relation de couple qui repose sur un choix mutuel. Le mariage n'est rien d'autre que l'expression d'un double consentement. La lutte contre les mariages forcés est un axe fort de la politique familiale actuelle en France. Il est cependant dommage que personne ne rappelle que c'est l'Eglise catholique qui a été la première à mener cette lutte <sup>(1)</sup>. La liberté individuelle est donc le fondement même des relations de couple.

Dans la vie quotidienne, les libertés de chacun ont progressé et les relations de couple sont devenues beaucoup moins étouffantes, beaucoup moins imposées et beaucoup plus respectueuses de l'autonomie des conjoints qu'auparavant. Mais la liberté de chacun n'est pas sans limites. Elle s'arrête aux bornes de la liberté de l'autre et doit s'effacer devant aux exigences minimales de la vie en commun.

---

<sup>1</sup> Le caractère essentiel du consentement dans le mariage a notamment été l'un des apports du IV concile de Latran, en 1215

Il existe encore aujourd'hui ce que l'on appelle dans le jargon juridique un «ordre public matrimonial», c'est-à-dire des dispositions impératives auxquelles on ne peut pas se soustraire. On verra donc d'abord l'expansion des libertés individuelles dans les relations de couple, puis les bornes que leur assigne la loi.

*Les nouvelles libertés qui gouvernent les relations de couple* sont connues, elles sont nombreuses et presque chaque jour voit s'inventer une nouvelle.

La plus récente est la liberté de choisir la forme d'union du couple. On peut choisir de vivre en couple homosexuel ou en couple hétérosexuel (mais choisit-on vraiment ?). On peut aussi choisir le mariage, le pacs ou le concubinage.

Ce choix n'est d'ailleurs pas toujours bien compris ou bien assumé. En effet, les couples choisissent l'un des statuts, mais sont parfois tout à fait surpris et déstabilisés par les conséquences de leur choix. Ainsi, ceux qui ont vécu en concubinage s'estimeront lésés parce que le survivant ne touchera pas la pension de reversion du prédecedé.

Le binôme liberté/engagement, choix/conséquences n'est pas toujours bien appréhendé. Certains responsables politiques ou sociaux voudraient aligner les conséquences du concubinage sur le mariage, par souci d'égalité, sans se rendre compte que ce serait faire du concubinage un mariage bis et donner à une union sans engagement les mêmes conséquences qu'une union avec engagement. Or, ce serait profondément illogique et surtout, cela ne correspondrait pas à la volonté des couples qui se retrouveraient engagés alors qu'ils n'ont aucunement voulu l'être.

Cette liberté de choix n'empêche cependant pas le mariage de rester en droit français le modèle de référence. Par ailleurs, il reste actuellement réservé aux unions hétérosexuelles.

La seconde liberté qui a énormément progressé au cours des dernières années est la liberté de rompre. Le droit de rompre l'union est consubstantiel du concubinage ou du pacs. Aucune clause, aucune convention, aucun accord ne peut empêcher un concubin ou un pacsé de quitter l'autre. Cela fait partie des caractéristiques mêmes de l'union. Parce que cette liberté de rompre est une liberté individuelle et qu'il n'est pas permis de renoncer par contrat à sa liberté individuelle.

Le mariage, lui aussi, est devenu une union susceptible de rupture unilatérale. Depuis la loi du 26 mai 2004, il existe véritablement un « droit au divorce » en ce sens qu'un époux qui veut être libéré de son union a le droit de divorcer, même sans avoir de faute à reprocher à l'autre, et même si l'autre souhaite demeurer marié. La différence avec le pacs ou le concubinage est l'existence d'un délai minimum de deux ans de séparation de fait, et surtout l'existence d'une procédure qui garantit l'équité du règlement des conséquences de la séparation.

Un certain nombre de juristes souhaiteraient que le droit civil accepte de reconnaître une forme de mariage indissoluble qui serait réservée à ceux qui en feraient le choix. Mais la loi française s'y refuse. Parce qu'à l'heure actuelle, le divorce est devenu un droit d'ordre public, car on sait bien que certains engagements ne peuvent pas être pris parce qu'ils ne pourraient pas être tenus. L'expérience enseigne que la possibilité de rompre est indispensable pour qu'un avenir puisse s'ouvrir dans certaines situations où le couple ne fonctionne plus du tout. Cette faculté de rompre est donc de plus en plus ouverte, mais elle est toujours contrôlée et notamment les répudiations musulmanes ne sont absolument pas admises à cause de leur caractère unilatéral, arbitraire et sexiste.

*En second lieu, subsistent un certain nombre d'obligations qui sont hors d'atteinte des libertés individuelles.* La première exigence non négociable est le respect de l'autre. Une loi du 4 avril 2006 a introduit dans l'article 212 du Code Civil cette exigence du respect mutuel des époux l'un envers l'autre. Ce respect mutuel induit un certain nombre d'interdictions de comportements qui ne sont pas admis dans les couples. Par exemple, toutes les violences sont désormais pourchassées et de même la liberté doit présider dans les relations sexuelles. L'exigence de respect n'a pas été introduite dans le régime juridique du pacs, mais les violences conjugales et sexuelles y sont réprimées avec la même énergie que dans les couples mariés.

Cette exigence de respect est un frein à la liberté de l'un, mais pour respecter la liberté et la dignité de l'autre. On peut lui rattacher l'obligation de fidélité, qui elle aussi n'existe que dans le mariage (il n'y a pas d'exigence de fidélité dans le pacs).

L'autre exigence non négociable est un ensemble d'obligations réciproques, comportant notamment une solidarité financière entre les membres du couple. Cette solidarité existe dans le mariage et dans le pacs, mais pas dans le concubinage, ce qui est source de graves injustices lors de la rupture. Ceci dit, la solidarité pour les dettes n'est pas toujours bien vécue.

C'est peut-être au niveau pécuniaire que l'on voit le mieux la gradation des engagements, la gradation de leurs conséquences et le fait que l'emprise des libertés individuelles sur l'étendue des solidarités financières demeure tout à fait modeste.

## ***2- L'articulation des libertés individuelles et des responsabilités parentales***

En matière de relations entre parents et enfants, l'emprise des libertés individuelles est assez différente. Les responsabilités parentales sont consécutives à l'engendrement et elles doivent être assumées bon gré, mal gré. La pérennité des liens de filiation fait qu'ils sont largement hors d'atteinte des libertés individuelles. Un parent ne peut pas renier son enfant et un enfant ne peut pas renier ses parents. Le lien ne se supprime pas.

Pourtant, on constate que les responsabilités parentales sont quand même aussi le lieu d'une progression des libertés et de la contractualisation des relations de famille. Cela s'explique par plusieurs raisons.

D'abord parce qu'il y a aujourd'hui une liberté de devenir ou non parents. La contraception est un droit, l'interruption de grossesse également et c'est le consentement qui est le fondement du recours à l'assistance médicale à la procréation. Cette liberté de devenir parents renforce la responsabilité qui résulte de l'engendrement. Aujourd'hui, la naissance est attendue et doit être accueillie.

La liberté de devenir parents demeure cependant strictement encadrée par le système juridique. La loi sur la bioéthique du 8 juillet 2011 a retiré du code de la santé publique la notion de « projet parental » qui était une condition de recours à l'assistance médicale à la procréation, parce qu'en droit français l'assistance médicale à la procréation est une thérapeutique, et non pas un choix. De même la gestation pour autrui demeure strictement interdite. Dans le même ordre d'idées, le droit au secret de l'accouchement recule au bénéfice du droit de l'enfant à avoir sa filiation établie.

Mais surtout, la loi et les juges s'appuient sur la liberté des parents pour bien faire fonctionner l'autorité parentale. Lorsque les parents se séparent, quelle meilleure manière d'organiser l'autorité parentale que de confier cet exercice aux parents ensemble pour qu'ils continuent à s'accorder pour le bien de l'enfant.

De même, le contrat de responsabilité parentale est une sorte d'instrument juridique par lequel les parents d'un enfant dont le comportement n'est pas tout à fait parfait, acceptent de s'engager à essayer d'exercer leur autorité parentale, moyennant quoi on ne leur maintient les allocations familiales.

Toutes ces libertés sont étroitement asservies à trois grands principes qui dominent toute cette matière

Le premier principe, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui est la seule finalité de l'autorité parentale. L'autorité parentale à l'heure actuelle est un ensemble de droits et d'obligations que les parents doivent assumer dans l'intérêt exclusif de l'enfant.

Le deuxième principe supérieur est l'existence des droits de l'enfant. L'enfant est une personne, il a donc sa liberté et sa dignité. Ainsi, le droit de l'enfant à sa filiation s'oppose à la liberté des parents à ne pas établir la filiation. De même le droit de l'enfant à l'éducation s'oppose au droit que les parents pourraient avoir de lui faire arrêter l'école prématurément.

L'article 371 du Code civil (qui remonte en fait à la Genèse) énonce que « l'enfant, à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ». Ce texte a été maintenu malgré les réformes successives, mais en contrepartie, l'article 371-1 dit que les parents doivent respecter la personne de l'enfant.

Le droit essaie d'organiser la vie en commun de cet ensemble de libertés individuelles qui ne sont pas des droites parallèles qui coexistent entre elles, mais des relations entre personnes qui doivent se respecter mutuellement, ce qui implique des droits et des obligations. Droits, libertés et obligations ne sont pas antinomiques puisque bien au contraire, c'est la liberté qui fonde ces obligations.