

divisions formelles qui ont permis d'y intégrer de nouvelles divisions. C'est ainsi que l'on a pu intégrer, dans le titre 1er du livre 1er, un chapitre 2 par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain (art. 16 à 16-9) et un chapitre 3 sur « l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques » (art. 16-10 à 16-13). De même, dans le titre III du livre III, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a introduit un chapitre VII sur « les contrats sous forme électronique » (art. 1369-1 à 1369-3). On peut encore citer le chapitre VI sur la protection possessoire, introduit par la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 dans le titre XX du livre III (art. 2282 et 2283) ou le chapitre III-1 relatif à la vente d'immeuble à construire qui est issu, dans le titre VI du livre III, des lois n° 67-3 du 3 janvier 1967 et n° 67-547 du 7 juillet 1967 sur la vente d'immeuble à construire.

De même, la division par articles numérotés, indépendamment de leur propre modification, de compléments ou d'abrogations ..., a permis d'intégrer d'importantes réformes dans la structure permanente du Code civil, qu'il s'agisse du droit des incapacités, du divorce ou de la famille ou encore de la réforme complète, par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, du titre consacré en 1804 au contrat de société. La réforme du droit des sociétés incluse dans le Code civil par la loi du 4 janvier 1978, elle-même modifiée depuis sur certains points, a substitué aux 42 articles divisés en 4 chapitres du Code civil de 1804, 72 articles nouveaux, répartis maintenant en trois chapitres, mais toujours numérotés de 1832 à 1873. La multiplication des articles avec des numéros indexés (ex., art. 1843 à 1843-5 ou 1844 à 1844-17) permet de multiplier les textes sans bouleverser la structure du Code et sans établir de réglementation parallèle en dehors de ce Code : cela permet de recodifier sans décodifier. Dans le même ordre d'idée, on peut également citer la réforme de la responsabilité des constructeurs par la loi Spinetta du 4 janvier 1978 dont les textes ont été indexés des articles 1792 à 1792-6.

A l'heure du bi-centenaire du Code civil, nombreux sont ceux qui s'étonnent encore de sa longévité. Certains s'en émerveillent et d'autres la déplorent, appelant de leurs vœux un nouveau Code civil que plus de cinquante ans de travaux de la Commission de Réforme n'ont pu réaliser. Or, cet incontestable monument législatif que constitue le Code Napoléon domine encore le système juridique français, solide sur ses bases, mais constamment rajeuni et ouvert à toutes les innovations. Il n'est pas interdit de penser que le processus normatif du Code civil et les procédés légistiques dont il s'est nourri, bien que souvent méconnus, ont largement contribué à cette longévité. D'autres nécessaires renouveaux peuvent encore l'animer. Les beaux monuments s'entretiennent et se restaurent. Il ne sert à rien de les abattre...

LE CODE CIVIL ET L'ÉVOLUTION DU DROIT DES PERSONNES

Préservation du principe généalogique ?

Par

Raphaël DRAÏ

Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille III

*La loi est la mère commune des citoyens,
elle leur accorde une égale protection.*
Portalès

..

Les commémorations présentent une double utilité. D'abord, elles permettent d'éclairer un sujet pour son intérêt propre. Dans le cadre du présent colloque l'on traitera surtout de l'évolution du de la famille et du droit des personnes depuis deux siècles de Code civil. Cependant, l'intérêt de l'actuelle commémoration est aussi, et plus largement, de lutter contre cette forme d'oubli dont la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen avertit qu'elle est la cause du malheur des peuples et de la ruine des gouvernements. Évaluer, sous ces deux points de vue, deux centaines ininterrompues de « civilisme » y incite fortement. Une telle évaluation permettra de prendre une saine distance au regard d'opinions anecdotiques, ou impulsives, ou de jugements à l'emporte pièce sur ce sujet. Faut-il une fois de plus invoquer Braudel et sa fameuse échelle des durées courtes, longues et ... trop longues ? Tocqueville déjà avait souligné la fécondité de l'exercice (1) ? Réfléchir sur deux siècles de « civilisme » laisserait alors discerner des évolutions - ou involutions - non apparentes au premier regard, des configurations latentes, des potentialités à peine esquissées. Car ces deux siècles là contrastent avec deux siècles homologues de droit constitutionnel. D'un côté se présente un Code dont les principales assises n'ont presque pas vacillé en dépit des changements qui leur ont été apportés - ou peut être grâce à eux - ; de l'autre se donne à voir une frénésie de bouleversements aboutissant au total à toutes les formes possibles et imaginables de constitutions ainsi qu'à toutes sortes de régimes politiques, et cela dans une succession moins erratique qu'il ne le semble puisque au fond chacun de ces régimes fut conçu en réaction au

(1) Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1961.

précédent, et parfois comme son systématique contre-pied, en attendant que le suivant lui inflige un sort analogue, parricide pour tout dire. Pourtant, à y regarder de près, l'on pourrait penser que les changements bi-centennaires intervenus dans l'ordre civil, surtout en ce qu'ils affectent la famille et l'état des personnes, si ce n'est la notion de personne elle-même, s'avèrent bien plus perturbants que les bouleversements de l'ordre constitutionnel. Pour rappeler une expression de Georges Vedel, la France a toujours été régie par deux sortes de constitutions, les unes visibles, sans doute variables et inconstantes, et l'autre, immuable, reliant au-delà des apparences et des logomachies juridiques l'Ancien régime et la Révolution, l'Empire et la République. La portée de ces changements – dont nous aurons à prendre la mesure – se juge au projet global qu'avaient mis en œuvre les promoteurs du Code Civil, et par suite aux différents plans de l'être, individuel et collectif, qu'ils se proposaient d'atteindre et de lier entre eux. Portalis l'exprime à merveille : « Notre objet a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille (...) Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques et c'est par la petite patrie qui est la famille, que l'on s'attache la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris et les bons fils qui font les bons citoyens » (2). Dont acte mais relevons au passage le caractère exclusivement masculin de cette énumération programmatique. En outre, et sans postuler de hiérarchie entre normes civiles et normes constitutionnelles, ne faut-il pas être particulièrement attentifs à l'article 7 du Code bicentenaire : « L'exercice des droits civils est indépendant des droits politiques lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». L'article 7 ne donne-t-il pas à comprendre qu'en vérité l'ordre civil – ordre est à entendre au sens de Santi Romano (3) – est supérieur à l'ordre constitutionnel et politique puisqu'il n'est pas soumis à ses fluctuations ni à ses déboires, qu'il touche à une réalité plus structurelle, à un degré de l'être encore plus essentiel (4) ? Le relever c'est éviter de mettre le doigt dans la querelle de préséance qui oppose dans la prestigieuse Cité du droit pur publicistes et privatistes. Notre approche incite au contraire à juger de la prééminence réelle d'un ordre, quel qu'il soit, relativement aux troubles que provoquent ses perturbations ou ses dislocations. A cet égard il serait difficile de soutenir en 2004, telles quelles, les paroles précitées de Portalis. Au bout de deux siècles consommés le droit civil de la famille et des personnes est tellement transformé que l'on peut se demander s'il conserve le moindre sens à l'idée de famille entendue comme cette petite patrie où se déroule la propédeutique de la Grande. Quant à la notion de personne, elle s'est tant détachée de l'image « traditionnelle » du corps et de la bipolarité des sexes que l'on ne saurait dire à quel élément de la réalité elle se rapporte encore. Quoi qu'il en coûte, ne faut-il pas lucidement constater qu'en deux siècles le droit civil de la famille « décomposée – recomposée » et des personnes dés sexuées n'a cessé d'étendre le domaine de ... l'incivilité au point que le principe de généalogie s'y soit dissout ? Néanmoins, et sans rien en rabattre, un tel alarmisme ne procède-t-il pas d'une conception trop étroite et amblyope de la civilité ? Les incivilités du Code civil ne sont-elles pas de surface ? Ne contribuent-elles pas plutôt à élargir le domaine de la société qualifiée elle aussi de civile en ce qu'elle privilégie l'intégration sur l'exclusion ou sur la méconnaissance (5) ? Faudra-t-il conclure à une sorte de « ruse » de la juridicité, comme si les concessions consenties sur le

(2) Cf. Jean-Luc A. Chartier, *Portalis père du Code civil*, Fayard, 2004., p. 176.

(3) Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

(4) Cf. La loi du 3 novembre 1940 portant statut des Juifs (modifiée par les lois du 3 et 11 avril 1941).

(5) Cf. Raphaël Draï, *Science administrative, éthique et gouvernance*, Librairie de l'Université - PUAM, 2002.

principe de généalogie personnelle permettaient de renforcer le principe de généalogie sociale et politique ?

I - INCIVILITÉS DU CODE CIVIL

Pour juger de l'importance réelle d'une question il est bon d'en prendre quelques mesures chiffrées. Selon Pierre Catala, par comparaison avec les autres titres du Code civil, c'est le titre concernant les droits de la famille qui comporte le plus grand nombre de modifications (89 %). Au regard du Code de 1804, 3 articles sur 60 ont survécu en matière de filiation. Aucun en matière de divorce (6). Le Code de 2004 présenterait-il les aspects d'un champ de décombres tandis que les dégâts continuent. Par exemple, la réforme du divorce introduite en 2004 rendrait-elle encore plus précaire l'engagement conjugal déjà réduit à une simple formalité ? Plus grave : le Code civil ne ferme plus à double tour la porte au mariage homosexuel après avoir reconnu avec la loi sur le PACS de 1999 les « simples » unions entre personnes du même sexe. Kelsen nous a rendus suffisamment attentifs à la dynamique du droit (7) pour s'attendre maintenant à une plus ferme revendication en vue de l'adoption homoparentale. Au point que l'on doute si le Code civil soit en état de préserver l'un des principes vitaux de l'identité humaine : le principe généalogique. En quoi ce principe consiste-t-il ?

A - Principe de juridicité et principe généalogique

Jean Carbonnier a rappelé l'influence parfois méconnue de la philosophie kantienne sur Portalis (8). Pourtant il n'est pas sûr que Portalis et Kant se fussent profondément entendus à propos du principe juridique de généalogie, lequel comporte au moins deux éléments. Certes, le droit civil détermine dans l'ordre familial les positions respectives des parents, géniteurs ou non, et celle des enfants, légitimes ou pas. L'interdit de l'inceste s'y discerne comme un fil rouge, ayant pour but de préserver ces positions non – confusionnelles et de maintenir l'écart qui les sépare. Encore faut-il que le Droit de la généalogie puisse exciper de sa généalogie propre. Autrement dit, il est indispensable que le citoyen incité à l'appliquer sache en percevoir l'origine afin de soutenir la légitimité du commandement par la clarté du commencement. Telle était l'intention que Portalis avait faufilée dans le projet de Code commandé par Bonaparte : établir l'acte de naissance du nouvel ordre civil, bref *donner au droit civil un état civil* : « La disposition la plus essentielle du Projet est qu'à compter du jour où les nouvelles lois civiles sont exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le code civil » (9). La nouvelle généalogie du droit civil, avérée et proclamée en 1804, veut renforcer le droit de la généalogie quelque peu malmené durant la Révolution. Dans son *Histoire du Consulat et de l'Empire* Louis Madelin rappelle l'importance attachée par Bonaparte à la stabilité du mariage et de la famille après les excès de la Révolution et du Directoire avec la promotion d'un « droit » hyper-individualiste privilégiant la rupture sur l'union et la déliaison sur le lien social. Reconstituer un dispositif de repères fixes devenait

(6) Pierre Catala, in : *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

(7) Kelsen, *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 255.

(8) Jean Carbonnier, *Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique*, Revue de la Recherche juridique, Droit Prospectif, 1984-3.

(9) Jean-Luc A. Chartier, *op cit.* p.203.

une nécessité à la fois individuelle et politique. Malleville le confirmera : « Les pères sont la providence des familles comme le gouvernement actuel est la providence de l'État » (10). En somme la famille providentielle restaurée et l'État providence naissant se servent l'un à l'autre d'arc-boutant.

Reprenant les métaphores précitées de Portalis l'on ira jusqu'à soutenir que la sûreté - pour ne pas dire la pureté - généalogique familiale permet de pallier les incertitudes de la généalogie ... de l'État et de l'ordre juridique qui s'en réclame directement. Puisque Portalis n'ignorait pas les écrits de Emmanuel Kant, ce dernier tenait sur l'origine de l'État des propos qu'il convient de se remettre en mémoire tant ils semblent s'évader du sens commun : « L'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui y est soumis, insondable du point de vue pratique, c'est-à-dire que le sujet ne doit pas discuter activement de cette origine comme d'un droit contestable (*jus controversum*) relativement à l'obéissance qu'il lui doit. « Toute autorité vient de Dieu » n'exprime pas un fondement historique de la Constitution civile mais une idée comme principe de raison pratique : on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, quelle qu'en puisse être l'origine » (11). Le contenu et la facture assertoriques d'une pareille pétition de principes suffisent à montrer à quel point le principe généalogique du droit public est simultanément irremplaçable et précaire. Prenant la raison à rebours, Kant lui interdit de mettre en œuvre son propre principe, celui qui la porte à s'interroger sur l'origine de l'Institution, laquelle par ailleurs ne cesse de s'en réclamer pour assurer ses assises. De si flagrantes incohérences révèlent à quel point le principe généalogique peut être méconnu par ceux là-mêmes qui prétendent lui conférer une force législative. Qui d'autre que Bonaparte était le mieux placé pour le comprendre, lui que ses ennemis ne cesseront de traiter d'*usurpateur*, surtout après l'assassinat du Duc d'Enghien, forfait par lequel il prétendait assurer une totale subrogation de la dynastie des Bourbons et des Capétiens au profit de la sienne que le Ciel lui refusera longtemps ? De telles constatations mettent en évidence l'incidence du parricide et de l'infanticide dans le conflit des généalogies car cette incidence se constaterait aussi dans l'histoire de la famille royale d'Orléans. Elles ne pourraient s'éclairer que par des vues propres à l'anthropologie psychanalytique. Un tel jugement trouvera néanmoins ses circonstances atténuantes chez Victor Hugo qui faisait remarquer à propos de l'Empereur : « Les dégâts qu'il a fait dans le principe d'autorité sont irréparables (...) Il a frappé de désuétudes les axiomes royalistes, fondement des sociétés (...) L'Histoire lui en tiendra compte, il lui sera beaucoup pardonné parce qu'il a beaucoup cassé » (12). L'existence de la société n'est plus assurée lorsque les deux principes généalogiques en cause, loin de se renforcer l'un l'autre, se minent réciproquement ; lorsqu'un droit aux origines obscures ou inavouables sert d'alibi au démariage et à la déparentalité, si l'on peut ainsi nommer l'incapacité à s'engager dans d'autres liens que précaires, qu'ils soient conjugaux ou parentaux. Car la mise en cause du principe généalogique finit par altérer jusqu'à l'idée même de nature. Comme l'écrit Emmanuel Putman, le droit civil serait-il entré dans l'âge de l'anxiété (13) ? Serait-il devenu à son tour source d'incertitude au point de renier sa raison d'être telle que Portalis la définissait ?

(10) In Jean François, Niort, *Homo Civilis*, PUAM, 2004, Tome 1, p. 143.

(11) Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, Vrin, 1979, p. 201.

(12) Victor Hugo, *William Shakespeare*, Garnier - Flammarion, 2003, p. 474.

(13) Emmanuel Putman, Qualité humaine et droit des personnes et de la famille, Revue de la Recherche juridique, Droit Prospectif, 2003-2.

B - Que reste-t-il de la nature ?

Dans ce domaine aussi l'évolution bicentenaire du droit de la famille et des personnes entérinée par le Code civil suscite de multiples craintes provenant de nombreuses disciplines constitutives des sciences humaines et sociales. La force de leur expression et leur convergence ne sauraient être sous-estimées sous prétexte qu'elles seraient rétrogrades ou même réactionnaires. En France, les désillusions du progrès se paient toujours d'un progrès corrélatif de la désillusion, laquelle signale le décrochage du réel et l'intensification du non-sens affectant toute entreprise humaine et toute symbolisation sociale. Comme le note une fois encore le Doyen Carbonnier, désormais une pulsion intensément ressentie déclare sa vocation à devenir droit positif (14). La pulsion est simultanément désymbolisée et juridicisée ! Quand le droit non seulement ne sait plus identifier ce qu'est la nature mais qu'il la saccage à l'aveuglette, il se dénature lui-même, ruine le principe généalogique et aggrave la confusion ambiante. Car c'est peu de dire que le droit soit devenu anxiogène. Il apparaît à présent comme l'un des facteurs les plus puissants et les plus constants du confusionnisme des repères qui aboutit à rien de moins qu'à la dissolution du concept de nature et des images de corps. Qui en douterait n'aurait qu'à prendre connaissance du jugement rendu par le tribunal de Neufchâteau le 14 janvier 1987 : « Attendu que le sexe évolue et se modifie, que le critère morphologique externe est incomplet, faux et artificiel, qu'on ne peut prêter aux auteurs du Code civil la volonté de figer le concept de sexe qui n'est pas spécifiquement juridique en lui assignant à jamais la compréhension que lui reconnaît la science de l'époque ... » (15). Ce jugement n'est pas le seul du genre (16). Tout se passe comme si l'élargissement du champ d'application du droit des personnes pour des motifs humanistes non dépourvus de démagogie se payait par l'abrasement de l'image du corps qui est censée en structurer les pulsions et par l'abrogation de la notion « nucléaire » de sexe ainsi relativisée sans doute pour la première fois depuis que le droit existe et qu'il se nomme de ce nom. Le sacro-saint principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est allègrement violé. Le droit civil est devenu un droit « à la carte » et la sexualité considérée comme strictement subjective. Le doyen Carbonnier est donc fondé à conclure que désormais le droit ne régule plus les pulsions, qu'il est investi par elles, qu'il est pour ainsi dire « pulsionné ». Sexe variable, famille évanescence, généalogie douteuse : ne dirait-on pas que l'ambiance post-moderne réédite l'ambiance post-thermidorienne, qu'elle en reconstitue avec les outrances l'irresponsabilité ?

Au-delà de la situation des personnes, la définition de l'*institution* se trouve minée à son tour avec la destructuration de l'institution proprement familiale dès lors que le Sujet hyperbolisé, faisant de son désir sa loi puis la Loi, s'autorise de lui-même à décider de la tradition dans laquelle il s'insère (17). Xavier Dijon rappelle les avertissements du Doyen Gény : « Admettre les enfants naturels dans la famille, les placer au rang des enfants légitimes serait ruiner l'institution fondamentale du mariage. A quoi bon s'astreindre à des règles et à des formalités gênantes si le même résultat peut être obtenu en s'en passant ? » Les familles nouvelles dites recomposées, hétéro-parentales ou homo-parentales au gré des

(14) Cf. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2000, Tome 1, p. 131.

(15) Cf. Xavier Dijon, *Droit naturel*, PUF, 1999, p. 224.

(16) *Les grands arrêts, op cit.* p. 120 et sq. Cf. également Vincent Berger, *Jurisprudence de de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2004, p. 424 et sq.

(17) Sur la « détraditionalisation », cf. *Detraditionalization*, Edited by Paul Heelas, Scott Lash and Paul Morris, Blackwell, 1996.

recompositions, légitimant le concubinage et rabaisant le mariage, que toutes les religions sanctifient, à une convention de gré à gré, ne connaissent plus de différence entre enfants légitimes et enfants naturels, seraient-ils adultérins. La transgression érigée en exemple est venue de haut. Lors des obsèques de François Mitterrand en 1996 ses deux familles, légitime et adultérine, avaient été conviées à se réunir l'on dirait presque : solennellement. De la sorte la théorie des « deux corps du Roi », illustrée par l'organisation de deux cérémonies - l'une intime à Jarnac, l'autre solennelle à Notre Dame de Paris - avait en somme officialisé ce type de famille(s) par un véritable coup de force médiatique. N'en résulte-t-il pas que les concepts essentiels de la parenté en soient troublés, démonétisés et que, là encore, sous prétexte d'humanisme et de largeur de vue l'on porte atteinte aux « fondamentaux » de l'identité humaine, tels qu'ils s'inscrivent dans les langues les plus immémoriales ? Emile Benveniste relève dans son *Vocabulaire des institutions indo-européennes* qu'en langue assyrienne les désignations du père et de la mère (le singulier est notable) sont les seuls qui soient transcrits *en clair* et non sous la forme décalée d'idéogrammes (18).

Lorsque l'anthropologue rejoint le linguiste qui conforte le juriste, se contentera-t-on de hausser les épaules ? Qu'affirme l'anthropologue : « De l'ancrage dans le corps humain et de l'observance fondamentale de la différence des sexes et de leur nécessaire réunion pour procréer sont issues toutes les catégories conceptuelles essentielles, base de tout discours, qu'il s'agisse de la représentation ou du savoir scientifique » (19). Ces considérations ne sont pas subsidiaires ! Et F. Héritier-Augier d'ajouter : « Le masculin doit toujours construire sa légitimité face au fait massif de la procréation et de l'engendrement féminins » (20). Confronté à des constats aussi catégoriques le jugement précité du tribunal de Neufchâteau n'apparaît-il pas dévastateur dans sa teneur immédiate et irresponsable quant à sa portée ? Ne projette-t-il pas le droit civil des personnes hors du champ que structurent toutes les lois de l'identité humaine, objectivement reconnues, au point que l'on se demande si un tel « jugement » se situe vraiment dans le domaine de la juridicité ? De quel droit un juge se met-il à légiférer sur l'identité humaine et à se faire « juge esthétique » comme l'on se fait chirurgien esthétique ? Ce ne sera pas la première fois que droit et loi se contredisent. Ce qui passe ici pour droit ne désigne en réalité qu'un arbitraire passe-droit, une forme prédatrice de passage à l'acte (21). Une lucide évaluation de cette sorte est vitale. Une fois le sexe relativisé, la filiation le sera ensuite, au point que l'on finira par confondre naissance humaine et reproduction biologique (22). La psychanalyse fait chorus avec les disciplines précitées : « Les nouveaux traitements de la reproduction pulvérisent le droit de la filiation, détraquent la parenté, font éclater la maternité en fonctions morcelées, décomposent le juridique et procèdent d'une visée inconscient de dissociation » (23). La gravité du jugement précédent tient dans sa dernière appréciation. En langage psychanalytique, ce qu'il est convenu d'appeler une visée inconscient de dissociation

(18) Emile Benveniste, *Le vocabulaire des Institutions indo - européennes*, Editions de Minuit, 1975, Tome 1, p. 255 et sq.

(19) Cf. Elisabeth Coupé-Rougier, *Les logiques de la parenté en anthropologie sociale*, Césure, *Les Logiques du discours*, 1993 - 3.

(20) *id.* p. 249.

(21) Jacques Lacan, *L'acte psychanalytique*, Séminaire 1967- 1968, H.C Association freudienne internationale, HC, 2001.

(22) Francis Fukuyama, *La fin de l'homme, Les conséquences de la révolution biotechnique*, Gallimard, Folio, 2004.

(23) Monique Vacquin, cité par Xavier Dijon, *op. cit.*, p. 204.

signale le travail destructeur de la pulsion de mort (24). Désormais, cette pulsion gîte au chaud dans notre bicentenaire Code civil.

Au terme de cette première analyse, le résultat semble on ne peut plus accablant puisque la défense du transexualisme aboutit à la déssexualisation et celle de l'homosexualité au retour à la phase protoplasmique de l'identité humaine. La mise sur un même plan des enfants issus du mariage et de ceux conçus hors mariage reconstituent rien de moins que des formes de hordes et d'engeances dont on se demande bien pourquoi l'interdit de l'inceste y soit encore plus ou moins tabou (25). Quant à la reproduction « laborantine » de l'être humain, elle efface toute différence sérieuse entre le règne humain et le règne animal. Comment en est-on arrivés là ? Du Panthéon où se trouvent ses cendres Portalis doit se couvrir le visage, à l'instar de Virgile pénétrant dans la Rome désertée des Dieux. La désespérance des uns joue aux vases communicants avec le triomphalisme des autres. Ne dirait-on pas que le sujet *inassouvi* - l'épithète est de Balzac (26) - se retourne contre l'espèce dont il est issu ?

Pourtant ces cris d'alarme et ces mises en garde laissent une question, une seule question, mais de taille, sans réponse : que faire des individus que la société ne reconnaît pas comme des sujets de droit à part entière ni comme des personnes intégrales et intégrables (27) ?

II - « RUSE » DE LA RAISON JURIDIQUE ET SOCIÉTÉ CIVILE RÉELLE

A - L'aimantation des extrêmes

Quel sort, en effet, réserver au transsexuel, à l'homosexuel, à l'enfant né hors mariage ? Faut-il les condamner à la mort civile, équivalent de la mort physique ? Dans ce cas que devient la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui fonde les différences sociales sur la seule considération des mérites et des talents ? Que devient la loi immémoriale qui n'enjoint : *nulla poena sine lege* que parce qu'elle enjoint aussi : *nulla poena sine crimen* ? Dans ces cas précités où est le crime dont l'État de droit interdit qu'il soit qualifié si n'y sont pas réunis un élément matériel, certes, mais aussi un élément intentionnel ? Comment qualifier de crime non pas un acte mais un état et, qui plus est, un état qui ne résulte pas d'un choix personnel, même s'il peut être « assumé », comme l'on dit, par la suite, et souvent avec excès et par défi comme le fait Gide dans son *Corydon* ? Une loi conduisant à une autre loi, il faut rappeler la « loi » bergsonienne de double frénésie, conçue à propos de l'interaction entre mystique et politique (28). La méconnaissance de l'une de ces deux propensions de l'esprit et, corrélativement, l'hyperbolisation de l'autre ne se bornent à pas à leur expression verbale. Elles conduisent au refoulement de la propension méconnue et condamnent l'autre à en contenir les retours obsessifs. Jusqu'au moment où ce retour se produit, avec une violence diluvienne, emportant sur son passage censures inflexibles, interdits mutiques et jusqu'au sens de la limite. Qui incriminer, sachant qu'une limite n'est pas un but ultime, qu'elle doit ouvrir à une alternative porteuse de sens, bref qu'elle

(24) Peter Gay, *Le suicide d'une république* : Weimar, Gallimard, 1995.

(25) Cf. Raphaël Draï, *Grands problèmes politiques contemporains, Les nouvelles échelles de la responsabilité politique*, Librairie de l'Université - PUAM, 2001.

(26) Dans *Le médecin de campagne*.

(27) Alain Ehrenberg, *L'individu incertain*, Livre de poche, Essais, 1986.

(28) Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, *Œuvres*, Edition du centenaire, 1959.

aussi doit être limitée ? L'histoire de l'*homo civilis* en France et les avatars de la censure le démontrent amplement (29). Quiconque a lu quelques lignes de Freud n'ignore pas que l'amour est l'envers de la haine, que l'orgie est soeur de l'ascèse, qu'aucune pulsion n'est libidinalement « pure », sans être reliée – sinon « alliée » – à celle qui la tend comme un ressort. Se plaint-on que le divorce soit devenu plus égalitaire ? Que la femme ne soit plus traitée comme une perpétuelle mineure ? Sous l'échafaudage des normes juridiques il faut savoir identifier la somme de fantasmes qui résistent à leur propre élaboration. Quoi oserait aujourd'hui faire siennes les vues du Tribun Lahary tentant de justifier à propos de la condition de la femme en droit civil la véritable mise aux fers juridique d'une moitié de l'espèce humaine par l'autre : « Ni son âge, ni son instruction ni ses vertus ne lui suffisent pour se diriger au milieu des pièges qui environnent sa frêle existence. Quelles que soient ses qualités morales, sa faiblesse, sa bonté, sa dangereuse sensibilité sont inhérents à sa nature (...) il est indispensable de la défendre à son insu et même contre sa volonté » (30). Rapportés au jugement précité du tribunal de Neufchâteau, ces vues ne constituent-elles pas une parfaite illustration de la loi bergsonienne de double frénésie ? Sous couvert de défendre des valeurs suréminentes par le moyen de la loi et du droit elles contribuent à les plonger dans une confusion générale. C'est une bien étrange conception du droit naturel que celle qui excepte de ses bontés et de ses largesses un être doté d'une sensibilité unilatéralement qualifiée de « dangereuse ». Dangereuse pour qui ? Et pourquoi « dangereuse » ? L'on préconisera une méthode quasi infallible pour mesurer le sérieux d'un argument : il suffit de se demander à son propos ce qu'en dit Molière. Voici ce que Lahary eût entendu déclarer par Lisette s'il avait assisté à une représentation de *L'Ecole des Maris* :

« Notre honneur est, Monsieur, bien sujet à faiblesse

S'il faut qu'il ait besoin qu'on le garde sans cesse.

Pensez-vous, après tout, que ces précautions

Servent de quelque obstacle à nos intentions,

Et quand nous nous mettons quelque chose dans la tête

Que l'homme le plus fin ne soit pas une bête ?

Toutes ces gardes là sont visions de fou :

Le plus sûr, ma foi, est de se fier à nous » (31).

Quant au fait de défendre la femme à son insu et contre sa volonté, l'argument *ad hoc* rappelle crûment l'une des formules les plus malheureuses de Rousseau à propos de la Volonté générale, laquelle selon ses sophismes pseudo-mathématiques ne pourrait rencontrer d'opposant qui ne soit, en tant que tel, faiblement éclairé, fortement déraisonnable et qu'ainsi il faudrait « forcer d'être libre » (32). Le sens littéraire d'une pareille formule ne saurait en masquer la caractère pernicieux puisqu'elle vicia en les associant les notions peu affines de contrainte et de liberté, comme les étrusques attachaient ensemble un vivant et un mort. Il importe donc de retrouver le sens véritable des catégories juridiques que déforment des acceptions qui ne traduisent en fait que l'abus temporaire de situation dominante.

B - Droit civil, justice et compassion

Plutôt que de déplorer une évolution cataclysmique, quitte à ne la regarder que d'un œil, ne faut-il pas se demander si depuis deux cent ans le Code civil n'a

(29) Cf Raphaël Draï, *Science administrative op. cit.*

(30) Jean - François Niort, *op. cit.* p. 157.

(31) Acte premier, scène II.

(32) Rousseau, *Le Contrat social*, Éditions de la Pléiade.

pas entériné les progrès de la société qualifiée, elle aussi, de civile, autrement dit d'une société qui ne s'accommode d'aucune forme d'exclusion a priori et qui se préoccupe plutôt d'inclusion et d'intégration ? Quoi que l'on pense du concept de parité, seule sa mise en œuvre permet l'engagement d'un dialogue réellement démocratique – au sens de l'article Premier de la Constitution – lorsque sévit une inégalité tellement patente qu'elle ne peut se justifier qu'au titre d'une conception discriminatoire de la nature si ce n'est de la parole divine. C'est pourquoi après avoir écouté les signaux d'alarme tirés dans toutes les sciences humaines et sociales, il faut se demander si d'autres signaux, de tonalité quelque peu différente, n'en proviennent pas également. Et d'abord tant qu'à citer de prestigieux juristes, il faut si possible ne pas privilégier celle de leurs vues qui confortent nos propres opinions et qui endiablent nos passions.

Le Doyen Carbonnier n'a pas exclusivement déploré que le droit actuel fut investi par des désirs pulsionnels qui arraisonnent jusqu'à l'image des corps et jusqu'à l'identité humaine. Il a tout aussi sévèrement déploré l'apparition dans les sociétés contemporaines de *non-sujets* de droit dont l'existence offense le triptyque républicain, la morale biblique et ce qui y résonne dans le droit naturel (33). Prendre en compte, et simultanément, ces deux jugements interdit le simplisme et un militantisme paré des vertus de la scientificité qui dissimule mal les contractions de l'identité confessionnelle. Il ne suffit pas de déplorer les atteintes portées à la structure familiale ou à l'image traditionnelle du corps sexué puis de condamner les méfaits de la dé-traditionalisation. Du même mouvement il faut se demander si ces condamnations n'ont pas pour conséquence directe de maintenir dans leur non-état civil présent des non-sujets de droit, au risque d'offenser, cette fois, la démocratie véritable. Sans qu'il y paraisse trop et sans que le juriste s'en inquiète beaucoup, n'en résulte-t-il pas une oblique *pénalisation* du droit civil qui s'autoriserait à infliger rien de moins que des peines d'inexistence ? En ce sens les voix qui proviennent des sciences humaines et sociales ne sont pas unanimes. L'on a déjà cité Emile Benveniste, à la fois linguiste et anthropologue. Comme pour Jean Carbonnier, après lui avoir fait dire ce qu'il a vraiment dit, il importe de ne pas lui faire dire ce qu'il n'a jamais dit, ayant même dit le contraire. Reprenons *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. Celui-ci présente une particularité vraiment remarquable. S'il désigne une forme de parenté initiale que l'on pourrait qualifier de parenté étroite : la parenté biologique, celle-ci débouche sur une parenté que l'on pourrait qualifier de ample, sur une parenté sociale ou spirituelle procédant d'une communauté de pensée ou d'idéal. Les faits de langage ne souffrent aucune contestation superficielle et polémique. Ainsi les termes de *genitor* et de *genitrix* correspondent bien à la première de ces formes. Le niveau de leur signification est inclus dans leur dénomination : il s'agit bien d'une parenté biologique provenant d'une naissance sexuée, biparentale, forcément binaire. *Pater* et *mater*, que l'on utilise trop souvent à tort au premier niveau, désignent au contraire des formes de parenté qui outrepassent la première. Elles impliquent une volonté d'intégration de l'externe vers l'interne, du marginal vers le cordial, de sorte que l'externe ne désigne plus le domaine de l'aliénation et de manière que l'interne ne soit plus homologue au renfermement sur soi. Il n'en va pas autrement du mot *frater* placé d'emblée au second niveau, au point que pour désigner la fraternité familiale biologique, la *fraternité*, le mot *adelphos* se soit progressivement forgé (34).

(33) Cf. *Sujet de droit*, Archives de Philosophie du droit, 1989.

(34) Emile Benveniste, *op.cit.* p. 255 et sq.

L'on constate ainsi la place de plus en plus grande faite à l'altérité afin qu'elle ne devienne pas l'antinomie de l'identité ni de l'intimité, régressant elles-mêmes au degré de l'entropie. N'est ce pas ces significations du second niveau (35) qui sont postulées par le triptyque républicain : liberté, égalité, fraternité ?

L'examen du vocabulaire indo-européen de la parenté conduit à deux autres observations. L'une éclaire brutalement le statut de la femme. Benveniste le souligne : dans cette contrée linguistique le mot désignant le mariage est à sens unique et postule la passivité de la future épouse. La femme n'est pas une partenaire véritable dans le *connubium*. Elle n'épouse pas : elle est épousée. Cette passivité la relègue au rang clair-obscur d'une quasi-personne, ou d'un quasi objet. Ce statut est-il compatible avec le principe d'égalité proclamée en 1789 puis en 1945 et que vient de confirmer la Charte européenne des droits fondamentaux ? Autrement, à quel titre récuser et combattre les droits confessionnels qui prorogent cette infériorité, quitte à la parer de vertus théologiques ? L'autre remarque concerne la conception de l'ordre juridique que révèle ce vocabulaire : l'interdit y apparaît invariablement relié à l'alternative, la sévérité à la compassion. Selon telle ou telle aire culturelle, lorsque le père se doit d'être sévère, l'oncle fait preuve de bienveillance. A l'inverse lorsqu'il appartient à l'oncle d'incarner la sévérité, le père doit se faire bienveillant. Un tel équilibre n'est pas respecté lorsqu'en invoquant son auto-défense un ordre juridique exclut ce qui ne lui semble pas auto-compatible et auto-immune. Dans ce cas la question précédente se répète : que faire des exclus, qu'ils soient envisagés à l'échelle individuelle ou à l'échelle de groupes et de plus vastes collectivités ? Doit-on les reléguer au rang non pas mêmes d'agrégats pseudo-subjectifs mais de *ségrégats* ? Si tel était le cas il faudrait admettre que la notion de civilité en ressource fort restreinte pour ne pas dire discriminatoire, au risque de perdre son sens premier. Ce sens originel et normatif ne fait pas opposer *civil* à *public* mais *civil* à *hostile*. Plus la notion de civilité s'élargit et devient non pas ségrégative mais intégrative, plus la part « d'ennemicité » qu'elle comporte se réduit à son tour. Et point n'est besoin de mettre cette approche en contradiction antagoniste avec la psychanalyse ou avec la théologie.

L'anthropologie comme la clinique psychanalytiques ne fondent pas l'identité du sujet humain (si ces deux termes ne sont pas redondants) exclusivement sur la différence des imagos du père et de la mère, une différence propice à la triangulation oedipienne et à l'apprentissage de la Loi qui s'engramme dans le Surmoi. Encore faut-il qu'entre le père et la mère existe une relation digne de ce nom. L'hétéro-parentalité n'a de sens que si elle s'étaye sur un amour véritable, lequel porte à l'attache consentie et au lien perdurable. Est-il sûr que la famille paternelle et masculinoïde y réponde lorsqu'elle dote le père du droit de vie et de mort sur sa progéniture, sous prétexte de lui inculquer le respect des vertus viriles (36) ? Là encore qu'en penserait Molière dont tout le théâtre dénonce le pouvoir abusif qui place les enfants dans le despotisme du père et la femme dans la tyrannie de l'époux !

Le droit qui sollicite le désir de mort du père, le droit potentiellement parricide, est-il encore du droit ? Par ailleurs, si l'on tient tellement à se prémunir contre l'homophilie c'est toute la conception de l'Institution qu'il faut reconsidérer. Freud a montré et démontré que dans leur composition actuelle où la représentation féminine est des plus réduite la plupart des institutions ne mettant en relation que des hommes avec des hommes prédisposent mécaniquement à cette homosexualité

(35) Cf. Karl Popper, *Objective Knowledge*, Oxford University Press, 1972.

(36) Cf. la controverse entre Robert Filmer et John Locke à propos du *Patriarcha*.

qui n'est jamais aussi phobique et auto-répulsive que lorsqu'elle devient tentante (37).

Quant à la théologie, elle ne saurait être maniée non plus comme un objet contondant. Et puisque l'on se plaît à rappeler que l'inspirateur du Code civil se disait fort impressionné par le Décalogue et par la législation qui en est issue on se bornera à deux observations. Le droit sinaïtique lie organiquement droit, vérité et altruisme. Ces trois valeurs ne demeurent des valeurs (*arakhin*) qu'à la condition de constituer ensemble ce trinôme. Lorsque l'un d'elles s'en disjoint elle perd aussitôt ce caractère quand bien même s'emphatiserait-elle ou s'hypertrophierait-elle en s'arrogeant une Majuscule. Dans ce trinôme, la vérité est plus affine non pas au droit mais à l'altruisme puisque le droit ne peut réguler que ce qui existe et que seul l'altruisme est créateur. S'agissant à présent d'appliquer ces valeurs essentielles, elles ne sauraient être mises en œuvre qu'en respectant les règles de *procédure* qui garantissent l'engagement d'un véritable dialogue à leur sujet (38). Lorsque au chapitre 18 du *Lévitique* Dieu prescrit à Moïse les règles concernant les relations sexuelles prohibées, et notamment l'interdit de l'inceste et de l'homosexualité, le texte biblique énonce : « Dieu parla à Moïse pour lui dire : « Parle aux enfants d'Israël et tu leur diras ... ». Dans l'exégèse juridique du texte biblique abordé en langue hébraïque avec ses commentaires en langue araméenne, ces deux verbes : parler et dire ne sont pas redondants. Le premier énonce la règle, en mettant l'accent sur son contenu, Le second souligne le mode d'expression et d'explication de la dite règle afin qu'elle soit socialement acceptée puis appliquée en connaissance de cause et en bonne volonté. Par ailleurs dans la structure du droit hébraïque chaque énoncé de droit positif est corrélé à un principe génératif d'ordre supérieur (*clal*), lui-même corrélé à un grand principe (*clal gadol*). Le principe des principes postule que l'Humain a été créé et façonné en corrélation avec Dieu, ce qui peut s'entendre ainsi - qui nous ramène aux vues précédentes sur le vocabulaire indo-européen de la parenté : l'homme n'est spontanément porté à éprouver de la fraternité qu'à l'égard des membres de sa propre famille, ceux qui sont reliés à lui de manière tangible à de communes et présentes références. Au-delà, sur quoi le sentiment d'une commune mais plus large appartenance s'étayera-t-il ? Précisément sur le sentiment d'appartenir à la même espèce, à l'espèce humaine, à l'Humain dont la corrélation divine devient de la sorte la plus intégrale et la plus intégrative qui soit (Gn ; 1,26). Le Prochain qu'il est enjoint d'aimer n'est pas une duplication du Sujet réceptacle de cette injonction. Il est *qui* il est. L'identité première devient identité primaire lorsqu'elle se refuse à l'interlocution. Quant au sort de l'enfant né hors mariage, pourquoi contreviendrait-il à cette autre injonction du droit sinaïtique : les enfants ne seront pas châtiés pour la faute des parents ?

C - La place de l'instance judiciaire

Nous voici donc placés devant l'ensemble des données contradictoires du débat. A quoi conduisent ces deux siècles d'évolution du droit de la famille et de la personne entérinées par le Code civil ? Pour les uns à une situation de quasi-anarchie à cause de la prévalence du contrat sur le statut, à cause de l'absolutisation des volontés individuelles, mais aussi à cause de la relativisation des valeurs et de l'effacement des catégories génériques de l'identité humaine (39). Soutenir cette seule position - qui ne manque pas d'arguments puissants - n'est-ce pas méconnaître

(37) Freud, *Contribution à l'histoire du mouvement psychanalytique*, Payot, 1973.

(38) Raphaël Draï, *La Thora, La législation de Dieu*, Michalon, 2000.

(39) Selon l'idée générale de l'ouvrage de Xavier Dijon,

enfin l'importance de l'instance judiciaire dans cette évolution ? Le droit de la famille a été profondément transformé depuis quelques décennies. Le modèle de 1804 n'a plus cours, tel qu'il était conçu : essentiellement fondé sur le pouvoir personnel du mari, empereur en sa famille, régent saturnien de sa progéniture légitime ou moins légitime. Aujourd'hui, qu'il s'agisse de l'engagement conjugal, du choix du domicile, de la contribution aux ressources de la famille et de l'autorité qui doit s'exercer vis-à-vis des enfants, puis, en cas de mésentente, qu'il soit débattu des modalités de la séparation pour que celle-ci ne dégénère pas en guerre ouverte, le mari et la femme se trouvent de plus en plus en position non-égalitaire pour ne pas dire *égalitaire*. Faut-il le regretter ? Depuis quand la force fonde-t-elle le droit ? Rousseau n'a-t-il pas délivré sur le sujet une inoubliable leçon ? D'autant que dans cette évolution, et l'accompagnant, les époux se placent sous le regard du juge (ou de *la* juge) « qui homologue, départage ou sanctionne » (40). Encore faut-il que l'institution judiciaire dispose des moyens et que les juges civils reçoivent la formation permettant de remplir au mieux les missions consistant *in fine* à ne pas faire du triptyque républicain une enseigne fallacieuse. Certes, il est loisible de s'inquiéter de la « juridiciarisation » croissante du droit de la famille et du grand nombre de magistrats appelés à s'en mêler : juge aux affaires familiales, juge des tutelles, juge des enfants, tribunal de grande instance, avant d'autres grandes bifurcations, au point qu'il faudrait envisager la création d'un juge des juges familiaux. Ce processus est-il évitable des lors qu'il s'agit, on l'a dit, de mettre la République et la Démocratie en conformité avec leurs propres normes ? Nulle institution ne peut longtemps survivre si sa capacité de médiation n'est pas assumée. Passer de la tutelle à la médiation caractérise précisément l'évolution d'une immense partie du droit public français et notamment du droit administratif afférent à la « troisième génération des droits de l'Homme ». Pourquoi en irait-il autrement pour le droit de la famille et des personnes si l'on s'agit bien toujours d'un *droit civil* (41) ?

CONCLUSION

Portalis, Pirandello et Husserl

Deux siècles ... Au bout de deux cents ans est-on enfin autorisé à parler de longue durée ? Certainement si l'on compare l'âge du Code civil à celui de la Vème République qui n'est pourtant pas l'une des plus brèves qu'ait connu l'histoire constitutionnelle de la France. La réserve s'impose à nouveau si l'on compare le Code Civil à la Loi des Douze Tables ou au *Codex* ou au *Digeste* dont il a recueilli quelques fragments et fragrances. Ne parlons même pas du Décalogue, du Code d'Hammourabi ou des lois de Manou ! Où conduira l'évolution actuelle ? Vers un effondrement encore plus grave de la société civile ou vers son renforcement ? L'évolution est en cours. Surdoué serait le navigateur capable de sonder le creux des vagues en scrutant les étoiles. L'essentiel est de garder présent à l'esprit ce que la civilité signifie avant de chercher à l'encoder plus profondément, si l'on peut ainsi s'exprimer. Portalis l'avait clairement exprimé : un code ne fait pas loi de soi et les lois ne durent qu'à condition d'être interprétées. Pourtant comme en musique l'interprétation du Code civil ne se réduit pas à l'application de règles techniques,

(40) Selon la formule de Pierre Catala. *op. cit.*

(41) Cf Raphaël Draï, *Science administrative ... op. cit.*

serait-elle accomplie avec une grande virtuosité. Il n'y doit pas manquer ce que, faute de mieux l'on nommera un certain esprit. Que serait l'esprit de civilité à venir ? Il consisterait d'abord à rappeler que celle-ci reste l'alternative de la ... prédation. Souvenons-nous de ce qu'avoue le personnage de Pirandello : « Il faut tous que vous sachiez que nous avons dans la tête comme trois ressorts de montre, le ressort du sérieux, celui de la civilité et celui de la folie. Vu que nous devons vivre en société c'est celui de la civilité qui nous sert et c'est pourquoi ce ressort se trouve ici au milieu du front, sinon l'on se dévorerait volontiers l'un l'autre, comme autant de chiens enragés » (42). Est-il possible de se forger de la civilité une représentation moins traumatique ? Husserl nous y convie dans un texte qui tomberait dans la littérature édifiante s'il n'avait été écrit pendant la conquête du pouvoir par Hitler : « Ici aussi nous voyons surgir aussitôt un *a priori*, celui de l'inséparabilité de la conscience de soi et de l'autre ; car il est simplement impensable, et non pas de l'ordre du simple fait, que je sois homme dans le monde sans être l'un des hommes. Il se peut très bien qu'il n'y ait personne dans mon champ de perception mais des compagnons d'humanité sont nécessaires en tant que réels et connus et formant l'horizon ouvert d'une rencontre possible » (43). Pour Husserl l'être humain n'est pas « jeté là » comme l'enseignait Heidegger. Il se trouve déjà là. La civilité ne consiste pas à s'en accommoder, à s'y résigner, jusqu'au moment fatal où décidément, et à nouveau, c'en sera décidément trop. Le sujet juridique civil n'a jamais son assise en soi. La civilité l'assure et le réassure contre lui-même avant de garantir qu'autrui ne lui nuira pas. Un Code civil est d'abord un texte vivant où s'énoncent à cette fin des lois qui disent des droits et prescrivent des devoirs appelés à être constamment débattus pour savoir si, au bout du compte, ils augmentent vraiment le nombre de compagnons d'humanité, comme les nomme Husserl, ou s'ils en raréfient la présence, au point que le Sujet, réduit à lui-même, commence à se fêler, puis à se fissurer, puis à se cliver. Comme les Tables de Moïse, un code ne survit que d'être sans cesse *re-écrit*, sans jamais oublier ce que fut sa toute première version.

(42) *Le bonnet de fou*, Acte 1, scène 4. La Pléiade, tome 1.

(43) *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale*, Gallimard, 1976, p. 284 et sq.