



HAL
open science

L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture

Caroline Siffrein-Blanc

► **To cite this version:**

Caroline Siffrein-Blanc. L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture. Droit et Architecture, reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leurs mutations, PUAM, p. 109, 2014. hal-04608559

HAL Id: hal-04608559

<https://hal.science/hal-04608559>

Submitted on 14 Jun 2024

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.

L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture

Caroline Siffrein-Blanc

MCF AMU

Introduction

1. « Droit et architecture ». La thématique est peu commune pour une juriste privatiste, spécialisée en droit de la famille. De prime abord, l'idée de relier le droit et l'architecture interpelle, interroge, surprend de part la nouveauté et la transdisciplinarité recherchée. Mais immédiatement, cette reliance, parle, évoque une évidence : le droit comme l'architecture ont pour point commun le même art celui de bâtir. Dès lors, le positionnement scientifique consiste à relier, le droit et plus particulièrement le droit de la famille à l'architecture tant dans un sens métaphorique que dans un sens plus concret.

2. L'architecture familiale classique. Jusqu'au début des années soixante, le droit de la famille reposait sur une architecture unique, classique dont l'institution du mariage constituait le socle de référence, et la filiation apparaissait comme la colonne fondatrice de la famille. Ces grands éléments reposaient eux-mêmes sur des structures bien définies. De façon très imagée, l'anthropologue Dumont a pu écrire, « de même qu'un architecte faisant des plans d'une construction doit faire choix des principes structuraux qu'il utilisera, de même, quoique de façon moins délibérée, dans la construction d'un système familial, il y a un nombre limité de principes structuraux »¹.

Il n'y a pas si longtemps, l'unique et exclusif statut de couple était le mariage et chacun s'y conformait. Le socle structurel de la famille s'appuyait sur l'union d'un homme et d'une femme, union institutionnalisée, et sacralisée par le mariage.

¹ Louis Dumont, *Introduction à deux théories d'anthropologie sociale. Groupes de filiation et alliance de mariage*, Mouton, Paris, 1971, p. 22.

Quant à la filiation, ses structures juridiques reposaient sur une identification au couple procréateur. L'anthropologie nous rappelait avec force que les systèmes de filiation sont des constructions culturelles faites à partir de quelques éléments invariants². Notre système de parenté était calqué sur les lois de la reproduction. Cela conduisait, sur le plan juridique, à une bilatéralisation du rapport de filiation et à une adoption du modèle sexué.

L'architecture familiale était à l'image de l'architecture classique, les lignes étaient simples répondant à un idéal d'ordre et de raison.

3. L'architecture familiale contemporaine. Pour autant, face à l'évolution des mœurs, l'existence même de ces structures sont en perpétuelle mouvance. L'architecture familiale classique vole ainsi en éclat pour laisser place à une architecture contemporaine plurielle. Désormais, il n'existe plus un modèle de vie à deux, une seule architecture conjugale mais bien des structures plurielles et évolutives³. Par ailleurs, les piliers fondateurs de la parenté que sont, le caractère d'exclusif et le caractère sexué de la parenté sont aujourd'hui remis en cause, tiraillés par la question des beaux-parents et par la reconnaissance de l'homoparenté.

La révolution des mœurs a bouleversé les fondations sur lesquelles reposait ainsi le droit de la famille, laissant place à une architecture familiale nouvellement dessinée (I). Le schéma classique de la famille, consacré jusqu'alors par le Code civil⁴, « vole actuellement en éclat sous la pression de l'évolution de la

² Louis Dumont, *Introduction à deux théories d'anthropologie sociale. Groupes de filiation et alliance de mariage*, Mouton, Paris, 1971 ; Jean Copans, *Introduction à l'ethnologie et à l'anthropologie*, éd. Nathan, coll. Sciences sociales, Paris, 1996 ; Robert Deliege, *Anthropologie de la parenté*, éd. Armand Colin, coll. Cursus série sociologie, 1996 ; Pierre Bourdieu, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, éd. Seuil, coll. Essais, 2000 ; Claude Riviere, *Introduction à l'anthropologie*, éd. Hachette, coll. Les fondamentaux, 2000 ; Guy Raymond, *Ombres et lumières sur la famille*, éd. Bayard, Centurion, 1999, p. 32.

³ La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité et introduisant dans le Code civil une définition légale du concubinage a consacré la pluralité des statuts de couple.

⁴ V. Marie-Thérèse Meulders-Klein, « Quelle justice pour les familles ? Origines, objectifs et spécificités du congrès », *In Familles et justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Actes du Congrès international organisé par le Centre de Droit de la famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles 5-8 juill. 1994*, (dir.) Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 1997, p. 3.

société »⁵, à tel point que l'on en vient à parler, de pluralité des types⁶ ou des modèles familiaux⁷, de famille éclatée⁸, incertaine⁹, en désordre¹⁰, en déclin¹¹ dans tous ses états¹²...

Face à l'évolution et à la diversité des structures, les relations familiales ne disparaissent pas, mais elles se réorganisent, et se redéfinissent à travers l'effectivité des rapports. De ces nouvelles relations familiales, un point commun se dégage et les rassemble : le regroupement spatial. En effet, la famille se redéfinit autour des relations quotidiennement vécues¹³. C'est l'effectivité des rapports et plus particulièrement des échanges dans un lieu de vie commun qui permet de caractériser une situation familiale. L'architecture, pris dans son sens concret, à travers la résidence, l'habitat, apparaît alors comme le point d'encrage des rapports familiaux¹⁴ (II).

⁵ Catherine Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille*, janv. 2007, étude n°3 ; Daniel Degenais, *La fin de la famille moderne, La signification des transformations contemporaines de la famille*, PUR, coll. Le sens social, 2000 ; Jacques Commaille, « L'autorité parentale en question », *In L'autorité parentale en question*, Françoise Dekeuwer-Défossez et Christine Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 221 ; Didier Le Gall et Claude Martin, « Mutation de la famille, mutation du lien familial », *In Familles et politiques sociales. Dix questions sur le lien familial contemporain*, (dir.) Didier Le Gall et Claude Martin, éd. L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1996, p. 13.

⁶ Sébastien De Benalcazar, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préf. de Bernard Beignier, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, Tome 27, 2007, p. 2.

⁷ Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chr., p. 133 ; Claude Martin, « Le lien familial à l'épreuve de la désunion et de la recomposition : bilan des travaux français », *Quels repères pour les familles recomposées ? Actes du colloque international Ministère de la recherche, Paris 2-3 décembre 1993*, (dir.) Marie-Thérèse Meulders-Klein et Irène Théry, LGDJ, coll. Droit et société, 1995, p. 95 ; Baudouin Boniface, Sylvie Julien Sant Amand-Hassani et Benoît Renaud, « Demain la famille, quel concept ? », *In Demain la famille, 95^{ème} congrès des notaires de France*, Marseille du 9 au 12 mai 1999, 1999, p. 9.

⁸ Simone Duret-Cosyns, « Les familles éclatées, et après ? », *In Les nouvelles familles, La pensée et les hommes*, Dossier édité par Jacques Lemaire, Madeleine Moulin et Marthe Van de Meulebroeke, 1996, p. 73.

⁹ Louis Roussel, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989.

¹⁰ Elisabeth Rudinesco, *La famille en désordre*, Fayard, 2002.

¹¹ Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chr., p. 133.

¹² Caroline Eliacheff, *La famille dans tous ses états*, Albin Michel, 2004.

¹³ Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 135 : « dans la constitution de la famille, l'élément charnel, biologique a perdu de son importance au profit de l'élément psychologique, affectif [...]. La famille n'est plus l'indivisible réseau tissé *jure sanguinis*, elle est un milieu éducatif qui n'existe qu'à *condition d'être quotidiennement vécue* ».

¹⁴ V. Jean-Michel Léger et Benoîte Decup-Pannier, « La famille et l'architecte : les coups de dés des concepteurs », *Espaces et sociétés*, 2005/2 n° 120-121, p. 15.

I. Les mouvances de l'architecture familiale

4. De l'immobilisme à la flexibilité de la notion de famille. Pratiquement immobiles pendant quatre-vingts ans, les dispositions du Code civil relatives à la famille commencent à être modifiées en 1884, lorsque le divorce est rétabli. Se succèdent dès lors des séries de réformes incessantes, traduisant l'évolution des mœurs et des idées. À partir de 1964, une entreprise de reconstruction est confiée à Jean Carbonnier, qui «refonde» le droit civil de la famille¹⁵, tout en préservant un modèle conjugal autour du mariage et un modèle structuré de la parenté autour du « couple procréateur ». La suite de l'histoire se poursuit avec la loi du 15 novembre 1999 qui crée le Pacte civil de solidarité et inscrit le concubinage dans le Code civil et s'achève avec l'adoption de la loi du 17 mai 2013¹⁶ qui ouvre le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Plus que jamais, l'aphorisme du doyen Carbonnier¹⁷, « A chacun sa famille, à chacun son droit », se voit confirmé d'une manière que son auteur n'avait sans doute pas prévu. En effet, ces dernières évolutions ont transformé sans commune mesure l'architecture de la famille, d'une part en rejetant le modèle traditionnel conjugal (A) et d'autre part en remettant en cause les structures fondamentales de la parenté (B).

¹⁵ Jean-François Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *PA*, 21 mai 2010, p. 11.

¹⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013 p. 8253, *Dalloz actualité*, 21 mai 2013, obs. Anne Portmann.

Après avoir été adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 12 fevr. 2013 (AN n° 344), puis par le Sénat le 12 avril 2013 (texte n° 349), le texte est revenu en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale pour un vote définitif le 23 avril 2013 (n° 120) puis le texte a été validé par le Conseil constitutionnel le 17 mai 2013 (V. la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013) et promulguée dès le lendemain au Journal officiel. Sur la présentation du projet de loi, V. *Dalloz actualité*, 9 nov. 2012, obs. Inès Gallmeister ; sur l'adoption en première lecture par l'Assemblée nationale, V. *Dalloz actualité*, 14 fevr. 2013 ; par le Sénat, V. *Dalloz actualité*, 16 avr. 2013.

V. plus particulièrement dans une littérature abondante, Françoise Dekeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012. 98 ; Jean Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe », *JCP* 2012. 2000 ; Hugues Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013. 100 ; Adeline Cheynet de Beaupré, « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5 ; Claire Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. famille* 2013. Dossier 2 ; Aurélie Lebel, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ fam.* 2013. 122.

¹⁷ Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, 1995, p. 181.

A. Du pluralisme des couples au rejet du modèle traditionnel

Que le pluralisme ait investi le domaine conjugal n'est pas une découverte. Que le pluralisme puisse être accessible de façon égalitaire apparaît comme une avancée souhaitable et légitime (1). En revanche, que cette nouveauté transcende les fondements de la famille et laisse place à défamiliarisation du lien conjugal semble tout de même plus contestable (2).

1. La multiplication des « socles » conjugaux

5. Le couple, une pyramide à trois étages. Au regard des structures du couple le pluralisme législatif paraît évident¹⁸. Le mariage, seul organisé jusqu'à présent par le Code civil, s'est trouvé remplacé par une « pyramide » à trois étages : concubinage, Pacs et mariage¹⁹. Cette gradation s'organise selon une logique qui donne plus de droits à ceux dont l'engagement est plus intense.

Il est vrai que, si le PACS a permis de répondre à une aspiration réelle de la société et que son régime a été significativement renforcé et rapproché de celui du mariage²⁰, des différences importantes subsistent²¹ le faisant apparaître comme un statut de seconde zone par rapport au mariage²². Or, étant la seule

¹⁸ Philippe Delmas Saint-Hilaire « Reconstruire le couple autour de la trilogie mariage, pacs, concubinage », *JCP*, 2010, 653.

¹⁹ Françoise Dekeuwer-Defossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *PA*, 28 avril 1999 n° 84, p. 29.

²⁰ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 4 juin 2006, p. 9513.

²¹ Au plan patrimonial, le partenaire pacsé n'acquiert pas la qualité d'héritier *ab intestat* lors du décès de son compagnon. Pour palier à cette non reconnaissance du lien conjugal, les partenaires doivent prévoir un testament pour transmettre leur patrimoine dans la limite de la quotité disponible de droit commun ne bénéficiant pas d'une quotité spéciale entre partenaire. En ce cas, la fiscalité a en revanche été alignée sur celle du mariage par la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 (*JO* 22 août 2007 ; art. 796-0bis du CGI). On peut également ajouter comme autre limitation le fait que le partenaire ne bénéficie pas de la pension de réversion du prémourant. (Art. L. 39 du Code des pensions civiles et militaires de retraite. Article jugé conforme à la constitution V. Cons. const., déc. 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, *JO* 30 Juill. 2011, *Dr. famille*, 2011, com. n°143, obs. Virginie Larribau-Terneyre)

Mais ce ne sont pas tant les effets patrimoniaux qui marquent la différence avec le mariage mais bien plus les effets d'ordre personnel. Symboliquement, le pacs ne bénéficie pas d'une cérémonie devant le Maire mais se conclut devant le greffier du tribunal d'instance ou devant le notaire. Il ne produit aucun effet sur le nom, ni sur la nationalité, n'entraîne pas d'obligation de fidélité, ne crée pas de lien d'alliance et peut être rompu sans procédure ni indemnités. Enfin, le pacs n'ouvre pas l'accès à la parenté.

²² Françoise Dekeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, 2012, 98.

forme d'union qui était ouverte aux couples de même sexe, ses insuffisances ont été dénoncées et perçues comme discriminatoires.

6. Le mariage, un statut de couple parmi les autres. Pour fonder le grief de discrimination, les auteurs du projet de loi sont partis du postulat que le mariage n'était qu'un statut de couple parmi les autres. Traditionnellement, le mariage est conçu comme l'acte fondateur d'une famille²³ car les enfants qui en sont issus sont automatiquement rattachés à leur père et à leur mère. A cette conception « traditionnelle », les partisans du « mariage pour tous » opposent un changement de nature. Le mariage est désormais conçu, vécu, pensé par les individus et par la société comme un statut du couple²⁴ qui officialise l'affection que se portent deux personnes²⁵. Le mariage est alors « défamiliarisé »²⁶ pour être « conjugalisé ». En s'appuyant sur cette vision « modernisée » du mariage, le réserver aux couples de sexe différent passait pour une différence de traitement injustifiée. L'institution du mariage a donc fait preuve de flexibilité, pour s'ouvrir aux couples de même sexe et devenir ainsi un socle conjugal parmi les autres.

7. Vers une cohérence architecturale de la pyramide conjugale. De prime abord, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe redonne au droit de la conjugalité une certaine cohérence. Trois modes de conjugalité sont ouverts à tous les individus quelle que soit leur orientation sexuelle, trois modes de conjugalité correspondant à trois « statuts » comportant des droits et des

²³ Jean Carbonnier considérait que « l'institution matrimoniale incluait une présomption de paternité qu'il considérait comme le cœur du mariage ». Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801 : « La publicité, la solennité des mariages peuvent seules prévenir ces conjonctions vagues et illicites qui sont si peu favorables à la propagation de l'espèce ».

²⁴ Hugues Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.

²⁵ Prop. de loi n° 745, enregistrée le 27 août 2012, exposé des motifs, p. 4 : « si le mariage consacre l'amour entre deux personnes, croit-on que les personnes de même sexe ne sont pas en mesure d'éprouver l'une pour l'autre ce sentiment qui n'a pas de sexe ? ».

²⁶ Le gouvernement parle de présenter fin 2013 une « loi sur la famille ». La question légitime est alors : pourquoi n'a-t-on pas attendu cette « loi sur la famille » pour discuter d'évolution du mariage ? En effet, jusqu'à nouvel ordre, l'acte fondateur de la famille, c'est le mariage. C'est pour attaquer cette situation que le pouvoir actuel dissocie dans son programme législatif le mariage et la loi sur la famille. Dans l'idéologie sous-jacente, mariage et famille sont dissociés.

obligations que l'on suppose proportionnés à l'intensité de l'engagement ²⁷. Il n'y a plus un modèle conjugal mais des modèles conjugaux. Toutefois pour solidifier cette cohérence retrouvée, il faut absolument que le droit joue son rôle de bâtisseur en maintenant la singularité des modèles conjugaux. En effet, à quoi bon multiplier l'offre de conjugalité, si le pacs se rapproche du mariage et qu'inversement le mariage se veut plus libéral. Ce n'est qu'à travers la différenciation des statuts, variant selon la profondeur des engagements, que la pyramide conjugale retrouvera tout son éclat.

8. Un dessin brouillé. Face à cette apparente clarté, certaines lignes et certains traits architecturaux du dessin d'ensemble semble toutefois brouillés. En effet si l'on change la définition du mariage, pour l'ouvrir aux personnes de même sexe, encore faut-il rester cohérent. Or, l'un des principaux paradoxes du projet de loi est d'avoir tout à la fois redéfini le mariage comme un simple statut conjugal pour ensuite maintenir la présomption de paternité et faire de l'adoption un de ses effets. Le mariage emportant une dimension généalogique forte, renoue ainsi avec sa conception traditionnelle d'acte fondateur d'une famille ²⁸.

2. La désolidarisation « boiteuse » du lien conjugal et du lien parental

9. Une désolidarisation « boiteuse ». Ouvrir le mariage aux couples de même sexe, suppose comme nous venons de le voir, une redéfinition du mariage autour du couple et donc une désolidarisation du lien conjugal avec le lien parental. Or, le projet de loi se garde bien d'opérer une réelle désolidarisation, puisqu'il maintient de façon plus ou moins « boiteuse » un lien entre mariage et parenté. D'un côté, la présomption de paternité est préservée au seul bénéfice des couples hétérosexuels mariés, de l'autre l'adoption apparait comme un des effets du mariage.

²⁷ Hugues Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.

²⁸ *Ibid.*

10. Présomption de paternité, présomption de parenté, ou absence de présomption ? En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la question fondamentale du devenir de la présomption de paternité se pose. En effet, dans sa fonction traditionnelle, le mariage a toujours été considéré comme le bastion de la famille puisqu'il avait pour fonction principal de rattacher juridiquement les enfants au mari de la mère : c'est le sens de la présomption de paternité²⁹. Que faire de cette présomption, dès lors que le mariage s'est recentré sur le couple, dont les membres sont de sexe différent ou de même sexe ?

Il y a trois options possibles³⁰. La première formule, qui a été retenue par le projet de loi, consiste à préserver la présomption de paternité tout en la réservant aux couples de sexe différent³¹. Le mariage emporterait donc des effets différents selon que le couple est hétérosexuel ou homosexuel. Cette option ne répond pas pleinement aux attentes des couples homosexuels. En particulier, la conjointe de la mère n'acceptera pas longtemps de devoir adopter l'enfant de sa conjointe alors que, si elle était un homme, elle serait désignée comme père par la loi³². Amputé de cette institution qui constitue la « poutre de soutènement » entre mariage et filiation, le mariage des personnes de même sexe apparaît alors comme une fausse copie du vrai mariage. Cette position pourrait trouver des difficultés à être maintenue sur le long terme ; le principe d'égalité entre tous les couples pourrait être invoqué pour refuser toute différence de traitement.

Pour réaliser une égalité totale au sein des couples, la solution la plus radicale consisterait à envisager la suppression de la présomption de paternité³³. Or, supprimer la présomption reviendrait à vider de son sens le mariage, banalisant

²⁹ Selon l'article 312 du Code civil, « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

³⁰ Françoise Dekeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, 2012, 98.

³¹ La présomption de paternité a été neutralisée dans quasiment tous les pays qui ont admis le mariage homosexuel (à l'exception du Canada et de l'Argentine). Sophie Paricard, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé » *Dr. famille*, n° 1, janv. 2013, dossier 8.

³² Aude Mirkovic, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. famille*, n° 1, Janv. 2013, dossier 5.

³³ Caroline Mécarry, « Mariage pour tous : ouverture de tous les droits », http://www.huffingtonpost.fr/caroline-mecarry/adoption-mariage-gay_b_2541947.html

la situation des couples mariés ce qui ne va pas dans le sens des perspectives précédemment évoquées de singulariser les différents modes conjugaux.

Enfin pour éviter ce risque, la troisième et dernière solution consisterait à transformer la présomption de paternité en une « présomption de parenté » fondée uniquement sur le mariage. L'épouse de la mère deviendrait par l'effet de la loi, le parent de l'enfant. A l'heure actuelle, une telle solution dénaturerait le mécanisme de la présomption qui s'appuie sur une probabilité, celle de la conformité de lien légal avec la réalité biologique et avec elle tout le droit de la filiation³⁴. Le lien de filiation pourrait se décomposer en de multiples composantes. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer la situation dans laquelle le géniteur de l'enfant, souhaiterait faire établir sa paternité, entrant en conflit avec la présomption de parenté de l'épouse de la mère. Impossible alors pour le droit de trancher car on toucherait à deux systèmes différents : l'un juridique, l'autre biologique. La solution sera inéluctablement l'éclatement de la filiation, permettant des schémas familiaux à 4, 5, 6... parents.

On comprend que la loi n'ait pas choisi des perspectives aussi révolutionnaires. Pour autant, la voie dans laquelle elle s'est engagée, crée un système boiteux dont la pérennité reste douteuse.

11. « Refamiliariser » le mariage : l'adoption un effet du mariage. Alors qu'avec l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, conjugalité et parenté devaient constituer deux questions distinctes, le projet de loi se singularise par son incohérence. En effet, le raisonnement fut le suivant : puisque le mariage est ouvert aux personnes de même sexe, l'adoption doit suivre, comme s'il s'agissait d'un « effet » du mariage³⁵.

12. Les failles architecturales. Le constat est éloquent. En ouvrant le mariage au couple de même sexe sur le fondement d'une définition modernisée du

³⁴ Le mari pourrait contester la filiation sur les bases biologiques, mais pas l'épouse de la mère... Bancal ! Ou alors, le mari se verrait refuser le droit de contester sa paternité et l'on reviendrait à un système antique où on attribuait, nécessairement et sans appel possible, l'enfant au mari...

³⁵ Hugues Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.

mariage tout refusant une désolidarisation plénière entre mariage et parenté, c'est toute l'architecture familiale nouvellement dessinée qui apparaît bancal ; fondation et pilier étant parsemés de failles.

Si le projet de loi, qui permet l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, constitue une mouvance considérable en ce qu'il fait du mariage une institution flexible, c'est l'accès à la parenté pour le couple de même sexe qui représente la remise en cause structurale la plus fondamentale.

B. De la structuration à la déstructuration de la parenté

13. Construire des identités. La réalité d'un système de parenté, en tant que partie de la structure sociale dépend de la sélection de ses principes. En effet, les principes participent à l'équilibre de notre société et permettent la création d'un repère social indispensable au sein du groupe comme au sein de la société. Soucieuses de répondre à cette construction identitaire, les règles de la filiation s'articulaient jusqu'à très récemment, autour de principes de structuration, piliers architecturaux de la parenté, directement issu d'un référent, celui de la loi de l'espèce³⁶ (1).

14. Le système de parenté soumis à des mutations. Pourtant la parenté subit aujourd'hui des mutations sans précédent. Face aux structures préétablies, s'opposent les nouvelles revendications qui, au nom des désirs individuels, tentent d'en briser les limites. Face à un sujet aussi passionnant et passionnel que le désir d'enfant et le mal d'enfant, la volonté se veut souveraine, sans obstacle menaçant ainsi le système de parenté de déconstruction (2).

³⁶ Pierre Legendre, « Pouvoir généalogique de l'État », *In Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant*, Confrontations Européennes Régionales, éd. Chronique sociale, coll. Synthèse, 1992, p. 17, p. 365 : « Tout individu joue son identité selon ce rapport à ce référent ».

1. Les principes de structuration de la parenté

15. Des structures issues de la Nature. Selon les anthropologues ³⁷, « un système de parenté est d'abord un *système social* qui repose sur des structures et des valeurs à évolution lente » ³⁸. Dans les sociétés occidentales, la filiation est dite indifférenciée ou cognatique ³⁹ l'individu est apparenté de la même manière à ses père et mère, sans privilégier une ligne de descendance en particulier. Ce mode structuraliste se fonde sur un fait naturel, à savoir que tout individu est un descendant à part égale de son père et de sa mère. Ainsi, le système de filiation indifférencié dispose-t-il, pour assigner les individus à des places et leur attribuer des droits, de normes préférentielles qui se confondent avec les faits de la nature et de la reproduction. Selon les doctrines de droit naturel, la validité du droit positif a pour fondement un ordre préétabli par la nature en tant qu'autorité suprême, supérieure au législateur humain ⁴⁰.

16. Les principes structuraux. Cette doctrine se traduit dans notre système de parenté, par un modèle généalogique, qui a été conceptualisé par l'anthropologue québécoise Mme Ouellette ⁴¹. « Il s'agit d'un modèle selon lequel chaque individu est issu de deux autres individus d'une génération ascendante et de sexes différents qui l'auraient en principe conjointement engendré, ses père et mère ». En d'autres termes, le système de parenté se

³⁷ Françoise Heritier-Auge, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes, mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale », *In Génétique, procréation et droit, Actes du Colloque du 18 et 19 janvier 1985*, éd. Hubet-Nyssen, coll. Actes Sud, 1985, p. 237.

³⁸ Catherine Labrusse-Riou, « La vérité dans le droit des personnes », *In L'homme la nature et le droit*, (dir.) Bernard Edelman et Marie-Angèle Hermitte, éd. Christian Bourgeois, 1988, p. 159.

³⁹ Françoise Heritier, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, éd. Jacob, 1996, p. 44. V. en comparaison avec la filiation unilinéaire. Cette filiation unilinéaire se présente sous deux formes, patrilinéaire lorsque les relations s'établissent seulement à l'égard des parents par les hommes et inversement pour le système matrilinéaire. Dans ces systèmes unilinéaires, une seule ligne est alors reconnue comme donnant la filiation. Les individus se connaissent des rapports de consanguinité avec tous les parents situés dans les autres chaînes de consanguinité, mais cette reconnaissance n'a rien à voir avec la filiation et les droits qui vont de pair - droits de succession, d'héritage, de reconnaissance du groupe social auquel on appartient.

⁴⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, éd. Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 222 ; Alain Seriaux, « V° "Droit naturel" », *RRJ droit prospectif*, 2000-4, p. 1349 ; Alain Seriaux, « Pluralisme juridique et droit naturel », *RRJ droit prospectif*, 1993-2, p. 585.

⁴¹ Françoise-Romaine Ouellette, « Les usages contemporains de l'adoption », *In Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, (dir.) Agnès Fine, Paris, éd. Maison des sciences de l'homme, coll. Ethnologie de la France, 1998, p. 153 ; Françoise-Romaine Ouellette, « Parenté et adoption », *Sociétés contemporaines*, 2000, n°38, p. 49.

construit autour de principes fondamentaux directement inspirés de l'ordre de la nature ⁴² se traduisant par quelques invariants biologiques universels ⁴³ : la construction d'un individu implique le concours de deux personnes (le principe d'exclusivité)⁴⁴, de sexe différent (le principe sexué). Cela ne signifie pas que le système de parenté soit la traduction des purs faits biologiques, mais cela impose qu'il tienne compte des données biologiques pour construire des structures indisponibles ⁴⁵.

L'évolution du droit contemporain de la famille a fait naître de nombreuses revendications telles que la place des beaux-parents, l'homoparenté qui a, ainsi, créé une instabilité certaine dans les principes structuraux. Or, la maîtrise et le forçage de la nature peuvent conduire à l'effondrement des structures anthropologiques de la parenté, sans que nous soyons pour autant capable de remplacer ces structures, prétendument périmées, par d'autres ⁴⁶.

2. Le système de parenté menacé de déconstruction

17. La parenté nouvellement conceptualisée. Depuis la très récente loi du 17 mai 2013 ouvrant l'adoption aux couples homosexuels, la parenté se définit non, comme cela a toujours été le cas, sur le fondement de la relation père/mère mais sur la base de la sexualité du couple. Cette nouvelle orientation conduit à remettre totalement en cause notre actuelle conception de la parenté ⁴⁷ et plus

⁴² Anne Cadoret, « La parenté aujourd'hui : agencement de la filiation et de l'alliance », *Sociétés contemporaines*, 2000, n°38, p. 5 : Ce modèle véhicule l'idée que la filiation étant un fait de nature, elle s'accompagne de normes impératives afin que chaque individu ne soit mis en position de fils ou de fille que par rapport à un seul homme et à une seule femme.

⁴³ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1990, p. 73.

⁴⁴ V. Caroline Siffrein-blanc, *La parenté en droit civil français, Etude critique*, PUAM, 2009.

⁴⁵ Pierre Legendre, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ.*, 1990, p 639 : « Que chaque sujet puisse symboliser le rapport biologique de l'individu à l'espèce, c'est-à-dire subisse de façon vivable la loi de la différenciation, telle est la finalité des montages juridiques qui font de chaque être humain un être social en l'assignant dans une filiation » .

⁴⁶ Catherine Labrusse-Riou, « La vérité dans le droit des personnes », *In L'homme la nature et le droit*, (dir.) Bernard Edelman et Marie-Angèle Hermitte, éd. Christian Bourgeois, 1988, p. 159.

Françoise Blaise-Kopp, « Enfant : Grandir avec des parents pour devenir homme ou femme », *RRJ Droit prospectif*, 2004, n°4, p. 2695 : Ces principes étant des réponses afin de créer des identités individuelles à partir de différences manifestes entre les sexes, les générations et l'ordre des naissances (aînés et cadets) leur altération met en danger l'instauration de l'identité des sujets dans la parenté, puis au-delà, dans la société.

⁴⁷ Clotilde Brunetti-Pons, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 1 partie » *Dr. famille* n° 5, Mai 2003, chron. 15

précisément son caractère sexué. Cette dernière ne serait plus caractérisée par l'existence d'un lien biologique entre les parents et leurs enfants mais par la matérialité de la liaison intime entre deux personnes. Ceux sont donc les piliers, les fondations de la parenté qui sont aujourd'hui remis en cause ou extrêmement vulnérabilisés.

18. Se penser en tant qu'humain. L'origine du principe sexué du système de parenté provient de la nature même de l'Homme. En effet, la naissance d'un individu passe par un mode de reproduction sexuée⁴⁸, à la différence du mode de reproduction asexuée⁴⁹. « Même si la filiation est coupée de l'engendrement, ou n'en découle pas nécessairement, elle est néanmoins substantiellement reliée à l'idée de reproduction bisexuée, c'est-à-dire qu'elle s'y réfère nécessairement, à travers les genres masculin et féminin, comme support d'affiliation au groupe »⁵⁰. Ni le masculin, ni le féminin ne récapitulent tout l'humain⁵¹.

19. La perte des repères identitaires. L'une des composantes irréductibles de l'identité humaine tient dans le respect de ce référent au principe sexué, pilier fondateur du système de parenté. Plus que menacé, ce pilier est désormais remis en cause puisque la loi du 17 mai 2013 ouvre l'accès de la parenté au couple homosexuel en précisant toutefois « via le mécanisme de l'adoption ». Il ne s'agit pas seulement pour deux femmes ou deux hommes d'élever ensemble un

⁴⁸ <http://www.pass.be/cmsmedia/fr> ; Gilles Raoul-Cormeil, « Clonage reproductif et filiation. La chaîne des interdits », *JCP éd. G.*, 2008, I, 128. Par sexuée, on entend que les individus sont différenciés en mâle et femelle, mais surtout que chacun possède une lignée de cellules germinales, qui, par méiose, se divisent en gamètes mâles ou femelles, portant la moitié du nombre normal de chromosomes. Il y a 46 chromosomes (23 paires) dans le noyau de chaque cellule humaine sauf pour les cellules reproductrices. Les ovules chez la femme et les spermatozoïdes chez l'homme ne renferment que 23 chromosomes. Au moment de la fécondation, la fusion entre les noyaux du spermatozoïde et de l'ovule reconstitue pour l'enfant un patrimoine génétique complet de 23 paires de chromosomes, dont la 23^{ème} détermine le sexe.

⁴⁹ V° « Reproduction asexuée », http://fr.wikipedia.org/wiki/Reproduction_asexu%C3%A9e. Chez les végétaux, elle s'observe couramment, un fragment peut donner un organisme complet. Chez certains animaux (cnidaires, planaires, nnélides...), on observe également cette réplication autonome. Par scissiparité ou par bourgeonnement, une cellule-mère donne naissance à une série de cellules-filles identiques

⁵⁰ Françoise Heritier, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, éd. Jacob, 1996, p. 280.

⁵¹ Jean-Louis Renchon, « A-t-on bien compris ce que serait une "adoption homosexuelle" ? », http://abandon-adoption.hautetfort.com/avis_d_expert/ : De la même manière, « qu'il est tout à fait certain que nous avons besoin d'eau et d'oxygène pour vivre, il est presque tout autant certain que nous avons besoin, pour être des hommes et des femmes, d'être pensés par les autres et de nous penser nous-même comme étant nés d'un homme et d'une femme ».

V. également : Xavier Lacroix, « Qu'est ce qui fait la famille aujourd'hui », www.unaf.fr/IMG/pdf/interventionlacroix212.pdf : Qu'il soit garçon ou fille, l'enfant a donc besoin, pour la découverte de son identité d'un jeu subtil d'identification et de différenciation avec ses deux instances paternelles et maternelles.

enfant, d'exercer des fonctions parentales, mais il s'agit pour eux d'obtenir un statut de parents, relevant du registre de la parenté et non de la parentalité.

20. La possibilité d'adopter à deux un même enfant. Les couples de même sexe accèdent, désormais par le biais du mariage, à la possibilité d'adopter à deux un enfant privé de famille. L'enfant est alors privé de ce référent essentiel à la construction identitaire, celui d'avoir un père et une mère quand bien même il serait désiré, aimé et choyé ⁵².

Si l'adoption classique d'un enfant abandonné est visée, sa mise en œuvre ne sera que très marginale. On sait bien que les enfants adoptables sont rares et que les couples de même sexe auront beaucoup de mal à en adopter. Le projet est donc surtout fait pour permettre l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe.

21. La possibilité d'adopter l'enfant de l'autre, le moyen de légaliser des détournements d'institution. L'adoption de l'enfant du conjoint présuppose qu'un des époux soit déjà parent. Cette réalité biologique rend l'adoption de l'enfant du conjoint homosexuel inacceptable car elle implique la procréation d'un enfant à la demande ⁵³. De toute évidence, l'enfant est juridiquement adoptable parce qu'il a, le plus souvent, été conçu de manière à ce qu'il n'ait qu'un seul parent : la femme inséminée à l'étranger, l'homme ayant recours à une mère porteuse. Ces naissances d'enfants sans père ou sans mère ne sont que le produit d'une fraude à la loi. En effet, malgré les récentes révisions des lois bioéthiques ⁵⁴, sont toujours refusés les recours de convenance à un don de sperme anonyme et à la gestation pour autrui ⁵⁵. Or, en l'état, le projet de loi,

⁵² Aude Mirkovic, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. famille*, n° 1, Janv. 2013, dossier 5 : Comme l'a très justement relevé Madame Mirkovic, l'adoption est un remède visant à réparer le dommage subi par l'enfant privé de sa famille biologique. « Mais elle ne peut être ce remède que si l'enfant est adopté par un homme et une femme. En effet, le fait que les parents adoptifs ne soient pas les parents biologiques peut être compensé par la mise en place de la filiation symbolique. Mais cela nécessite un cadre cohérent au regard des exigences objectives de la biologie pour engendrer un enfant : un père et une mère. C'est pourquoi l'enfant adopté par des personnes de même sexe est finalement privé deux fois de parents : une première fois par la vie, une seconde fois par la loi, puisque ses « parents » ne peuvent lui indiquer une origine, fût-elle symbolique ».

⁵³ Claire Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. famille* 2013. Dossier 2.

⁵⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011, relative à la bioéthique.

⁵⁵ Art. 16-7 du code civil.

encourage outrageusement les pratiques illégales qui seront de plus en plus pratiquées hors de France puisque l'adoption de l'enfant du conjoint viendra couronner de succès la démarche initiée au mépris de la loi.

22. Non à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui : jusqu'à quand ? Le projet avait écarté *ab initio* les débats sur la procréation médicalement assistée et sur la gestation pour autrui, limitant l'accès à la parenté au recours à l'adoption. Mais pour combien de temps ? En effet, sur les fondements du droit à une vie familiale combinée avec le principe de non discrimination, il semble tout à fait possible d'envisager un recours devant la Cour européenne pour obtenir l'accès à la parenté via la procréation médicalement assistée voire la gestation pour autrui. En effet, si le résultat n'est pas certain, il demeure probable. La Cour pourrait condamner la France qui réserve la procréation médicalement assistée à certains couples mariés et qui la refuse à d'autres⁵⁶. En analysant la position de la Cour, la non-discrimination semble imposer de traiter à l'identique les couples hétérosexuels et homosexuels qui relèvent du même statut juridique, en particulier en ce qui concerne l'accès à l'enfant⁵⁷. Le dernier obstacle à l'égalité totale des couples homosexuels et hétérosexuels restait le mariage. Or, c'est précisément ce dernier bastion de la justification d'un traitement inégalitaire en matière de filiation que fait tomber la nouvelle loi française sur le mariage pour tous, plaçant dorénavant sur un pied d'égalité juridique les couples hétérosexuels et homosexuels⁵⁸. Par conséquent, il se pourrait qu'à l'avenir, la Cour européenne impose à la France d'aller plus loin

⁵⁶Pour étayer ces propos, la Cour européenne a très récemment condamné, sur le fondement de la vie privée et de la non-discrimination combinées, le système autrichien qui opérait une différence sur la question de l'adoption coparentale entre les couples hétérosexuels et homosexuels non mariés.

CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, X. et a. c/ Autriche : *JurisData* n° 2013-004791 ; *Dr. famille*, avril 2013, com. 53, obs. Claire Neirinck ; *D.* 2013. 502, obs. Inès Gallmeister ; *D.* 2013, p. 1286, note Julie Ferrero ; *AJ fam.* 2013. 227, obs. François Chénéde.

Au contraire, dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France*, avait jugé que le refus de l'adoption de l'enfant de la partenaire ne réalisait pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/France*, *Dr. famille*, 2012, com. 82, obs. C. Neirinck ; *D.* 2013. 798, obs. Mélina Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2012. 220, obs. Caroline Siffrein-Blanc, et 163, point de vue François Chénéde ; *RTD civ.* 2012. 275, obs. Jean-Pierre Marguénaud, et 306, obs. Jean Hauser.

⁵⁷ Julie Ferrero, « l'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe », obs. sous CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, X. et a. c/ Autriche, *D.* 2013, 1286.

⁵⁸*Ibid.*

encore, en ouvrant la procréation médicalement assistée, et de tirer ainsi toutes les conséquences de ce choix de société au nom du principe de non-discrimination.

23. L'homoparenté une brèche ouverte vers la « pluriparenté ». Fondé sur le modèle de la reproduction biologique, le système de parenté se construit autour de la norme d'exclusivité, ce qui signifie que chaque individu n'est en position de fils ou de fille que par rapport à un seul père ou une seule mère⁵⁹. Certes, s'il est vrai que la réforme ne touche pas à ce pilier puisqu'elle limite encore le nombre de parent à deux, il n'en demeure pas moins qu'en ouvrant l'adoption aux couples homosexuels, le fondement biologique étant laissée de côté, il n'y a donc plus aucune raison de limiter le nombre des parents à deux⁶⁰. Si la parenté devient uniquement une parenté « sociale », « intentionnelle », comment justifier que cette dernière reste bilinéaire et exclusive ? En supprimant, le référent à la nature, une brèche est ouverte vers la pluriparenté. Cette multiparenté est la conséquence logique de l'homoparenté, l'enfant ayant trois ou quatre parents qui l'éduquent et se considèrent comme parent à part entière. Il n'est plus possible de donner la préférence à la biologie comme il ne semble pas non plus possible de donner la préférence à une filiation intentionnelle plus qu'une autre.

24. Penser le lien humain. « [...] Il faut que la société s'interroge à nouveau sur ses propres fondements : d'où viennent les humains ? Si l'on répond qu'ils viennent d'un don mutuel de l'homme et de la femme, alors il devient impossible pour le droit de banaliser l'unicité de la figure parentale qui assume la différence sexuelle dans la parole humaine. L'engendrement des humains par un lien, humain lui aussi, se donne à lire non pas comme une option quelconque du sujet mais comme une norme qui institue le droit »⁶¹. Aujourd'hui c'est cette norme qui est remise en question et qui laisse plané sur la famille une

⁵⁹ Sylvie Cadolle, « Allons-nous vers une pluriparentalité ? L'exemple des configurations familiales recomposées », *Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité*, 2007, n°4, p. 13.

⁶⁰ Aude Mirkovic, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. famille*, n° 1, Janv. 2013, dossier 5.

⁶¹ Xavier Dijon, *Droit naturel. Les questions du droit*, Tome I, éd. PUF, coll. Thémis droit privé, 1998, p. 196.

architecture futuriste sans doute ni rempart à tel point que l'on se demande si l'on ne se dirige pas vers « Le meilleur des mondes » d'Aldous Huxley.

A l'heure de cette mouvance architecturale familiale, la résidence va apparaître comme un élément clé et fédérateur des relations familiales.

II. L'architecture, le point d'encrage des rapports familiaux

25. L'espace familial, point d'encrage des liens familiaux. A un moment où les formes et les structures familiales connaissent des bouleversements sans précédent, que le particularisme des nouvelles relations familiales se trouve notamment dans l'affaiblissement de l'institution du mariage et du degré de consanguinité, l'espace familial, ou encore la corésidence semble jouer un rôle fondamental tant dans la construction des liens familiaux (A) que dans leur préservation (B).

A. La communauté de vie, fondation des liens familiaux

26. Lorsque liens et lieux se confondent. Le concept de famille a toujours été écartelé entre le concept de corésidence et celui de parenté et d'alliance⁶². Aujourd'hui, il semble que le concept de corésidence ait pris le pas sur les liens de sang et d'alliance pour devenir l'élément fédérateur dans la définition des relations familiales. A ce titre, la notion de « couple » ne se définit aujourd'hui qu'à travers la notion de communauté de vie (1) et les familles recomposées n'ont d'existence que lorsque liens et lieux se confondent, se rassemblent et se partagent (2).

⁶² Catherine Bonvalet, « Sociologie de la famille, sociologie du logement : un lien à redéfinir », *Sociétés contemporaines*, 1997, n°25, p.25.

1. La communauté de vie, pivot de la notion de couple

27. La notion de couple, une notion fédératrice ⁶³. En droit civil de la famille, le mot « couple » a longtemps été ignoré, notamment par la doctrine, qui ne parlait que de mariage, pour l'opposer à l'union libre ⁶⁴. En effet, le mariage constituait l'unique structure conjugale, et la conjugalité n'avait de résonance qu'à travers cette institution. Aujourd'hui, ce modèle familial a cédé le pas à un pluralisme conjugal.

Certes, le terme de couple est rarement employé ⁶⁵ et le droit civil contemporain est surtout un droit des couples ⁶⁶. Pour autant, aujourd'hui encore plus qu'hier, avec la réforme du mariage, il semble possible de réunir les différentes formes de conjugalités autour d'une notion unique : le couple défini comme, une union volontaire entre deux personnes physiques de même sexe ou de sexe différent résidant ensemble et partageant une communauté de vie.

28. La communauté de vie, dénominateur commun des couples. À la lecture de ce qui a déjà été écrit sur le sujet, on voit assez distinctement qu'il ressort des définitions du PACS ⁶⁷, du concubinage ⁶⁸ et des obligations du mariage ⁶⁹ que le couple repose principalement, sur la notion de communauté de vie. Il est vrai

⁶³ Jean-François Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *PA*, 21 mai 2010, p. 11.

Sur la notion de couple, v. notamment, Hervé Lécuyer, « La notion juridique de couple », *Dr. & patr.* 1997, n° 53, p. 62 ; Jean-Jacques Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. famille*, 2003, comm. 22 ; Jean-Jacques Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, sous la direction de Fulchiron H., Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », juin 2009.

⁶⁴ Philippe Malaurie, « Couple, procréation et parenté (Colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997) », *D.* 1998, p.127.

⁶⁵ Il est question d'époux, de concubins, de partenaires, d'époux, il est question de parents ou des père et mère et des relations avec leurs enfants, mais il n'est pas souvent question de couple. Le mot est entré dans le langage législatif pour la première fois avec les lois du 29 juill. 1994 sur la bioéthique lorsqu'elles ont régi l'assistance médicale à la procréation (Ancien Art. L. 152-2 du C. santé publ. : « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »). Il est par la suite apparu subrepticement avec la loi du 15 novembre 1999 pour définir le concubinage et faire de la « vie en couple » une condition d'application de cette notion. Mais la notion de couple ne sert alors que de qualificatif et non de référence (Jean-Jacques Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. famille*, 2003, comm. 22).

⁶⁶ Domanique Grillet-Ponton, « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP G* 2002, I, 108.

⁶⁷ Art. 515-1 du code civil : « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

⁶⁸ Art. 515-8 du code civil : « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

⁶⁹ Art. 215 du code civil.

qu'elle constitue, en l'état actuel des textes et sans rien y changer, une sorte de dénominateur commun des couples⁷⁰.

29. La cohabitation, critère déterminant de la communauté de vie. Si la notion de communauté de vie n'est pas définie par la loi, le Conseil constitutionnel⁷¹ estime qu'elle « ne concerne pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune (...) suppose outre une résidence commune, une vie de couple ». En d'autres termes, la communauté de vie préjuge de la part de chacun de ses membres une volonté de vivre à deux en couple, ce qui suppose une communauté de lit et de vie, dans le but de partager les relations affectives, intellectuelles et sexuelles.

Pour ce faire, la communauté de vie s'entend nécessairement d'une communauté d'habitation. Seule une cohabitation physique, une unité de foyer, un vivre ensemble sous le même toit permet de transformer un simple lien affectif en un lien de couple. La relation sentimentale devient ménage de part cette espace commun partagé ; « Boire, manger, coucher ensemble c'est... couple ce me semble »⁷². C'est donc bien la résidence qui crée le lien conjugal et constitue ainsi le pivot de la notion de couple.

2. La communauté de vie, charnière des recompositions familiales

30. Des relations fondées sur le vécu partagé. L'évolution des mœurs qui s'est traduite par un déclin du mariage, par le nombre croissant de divorces, de

⁷⁰Jean-Jacques Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. famille*, 2003, comm. 22 ; Cyril Noblot, « La sincérité dans la formation du couple », *Dr. et patr.*, mars 2001 ; Gaël Henaff, « Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple », *PA*, 1999, n° 84, p. 41 ; Gaël Henaff, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551 ; Françoise Dekeuwer-Défossez, « Couple et cohabitation », *In (ss dir.) C. Brunetti-Pons, La notion juridique de couple, Colloque de l'Université de Reims, Economica*, 1998 ; C. Brunetti-Pons, « Couple, concubinage et PACS. De l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », *In Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999* ; LGDJ, 2002.

⁷¹ Cons. Const. n°99-419 DC, 9 nov. 1999, *D.*, 2000, som., p. 424, obs. Stéphane Garneri ; *JCP éd. G.*, 2000, I, 261, obs. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux.

⁷² M. Bodin, « Boire, manger, coucher ensemble c'est... couple ce me semble », *Cahiers jurisp. Aquitaine*, 1999, n° 3.

séparations, de nouvelles unions, a conduit à l'élaboration de nouveaux modèles familiaux venus compléter le triptyque traditionnel père, mère et enfant. A côté de la famille nucléaire, centrée sur les parents et les enfants, de nouvelles figures familiales ont émergé. On songe notamment à ce tiers, désigné sous le vocable de « beau-parent » qui, à un moment donné, parce qu'il partage la vie d'un parent, partage celle de son enfant⁷³. Même si ce beau-parent, « ni parent, ni ami »⁷⁴, peine à trouver place aux côtés d'un père et d'une mère censés demeurer présents dans la vie de l'enfant, il tisse des liens par la force des gestes, des actes, des sentiments nés de l'expérience partagée d'une vie « familiale »⁷⁵. Le fondement de ces relations n'est autre que la *corésidence*⁷⁶. En effet, la recomposition familiale débute ainsi au moment où un adulte, cohabite avec son partenaire et ses enfants, qu'ils partagent sous le même toit la vie du quotidien⁷⁷. Que ce parent, se remarie se pacse ou demeure en concubinage, l'essentiel de la construction du lien recomposé s'appuie sur le partage d'un foyer commun. Depuis quelques années, le droit prend acte de cet état de fait et s'interroge sur la place ou encore le statut qu'il faut ou non reconnaître à cette nouvelle figure familiale⁷⁸. Et, bien qu'aucun des projets n'ait abouti, ils témoignent de

⁷³ Valérie Depadt-Sebag, « La reconnaissance juridique des tiers « beaux-parents » : entre adoption simple et délégation-partage », *D.*, 2011, p. 2494.

⁷⁴ Irène Théry, « Trouver le mot juste : langage et parenté dans les recompositions familiales après-divorce », in M. Segalen (sous la dir. de), *Jeux de famille*, Paris, Presses du CNRS, 1991, p. 137-156.

⁷⁵ Agnès Martial, *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposées*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2003.

⁷⁶ Agnès Martial, « Famille recomposée : Les familles recomposées : le point de vue de l'ethnologue », *AJF*, 2007, p. 288.

⁷⁷ Muriel Rebourg « Les familles recomposées : La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJF*, 2007, p.290.

⁷⁸ « Couple, Filiation et parenté aujourd'hui », rapport rédigé par I. Théry à la demande conjointe de la ministre de l'emploi et de la solidarité et du garde des Sceaux, 1998 ; « Rénover le droit de la famille », rapport au garde des Sceaux du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez, sept. 1999 ; Rapport 2006 de la Défenseure des enfants, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », La Doc. fr., nov. 2006, 84 p. ; Rachida Dati, min. Justice, « Vers un renforcement des droits du beau-parent », *Le Monde*, 10 avr. 2008 ; « Intérêt de l'enfant, Autorité parentale et droit des tiers », rapport présenté par J. Léonetti, 2009 ; « Avant-projet de loi portant diverses dispositions relatives au droit de la famille », 2013.

V. Marie-Claire Rivier, « L'introuvable statut du beau-parent », in *L'autorité parentale en question*, Françoise Dekeuwer-Défossez et Christine Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 177 ; Aude Mirkovic, « Un statut pour le beau-parent ? », *D.*, 2008, p. 1709 ; Virginie Larribau-Terneyre, « Où l'on reparle des droits du « beau-parent », *Dr. famille*, n° 5, Mai 2008, repère 5 ; Valérie Depadt-Sebag, « La reconnaissance juridique des tiers « beaux-

l'attention des pouvoirs publics à l'égard de la situation juridique de celui ou celle qui réside avec l'enfant, qui partage sa vie et crée ainsi des liens affectifs avec lui.

31. De la reconnaissance au « droit à » avoir des relations personnelles avec le bel-enfant. Sans leur reconnaître un statut, les dernières réformes tendent à renforcer la reconnaissance de ces liens. Aux termes de l'article 371-4 du code civil, nouvellement modifié par la loi du 17 mai 2013, « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, *en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». La modification n'est pas fondamentale, elle donne en revanche une valeur symbolique importante à ce tiers qui a partagé la vie de l'enfant en résidant de manière stable avec lui. L'avant-projet de loi sur la famille quant à lui va plus loin, puisqu'il affirme le « *droit à entretenir* » des relations personnelles avec l'enfant⁷⁹, sauf s'il devait en pratique être contraire à l'intérêt de l'enfant. A l'inverse du système actuel, le maintien des liens avec l'enfant ne supposerait plus la démonstration positive d'un intérêt. Il existe tout de même une condition *sine qua non* à l'obtention de ce droit : avoir vécu avec l'enfant⁸⁰. Ce critère fondamental, faisant appel à une corésidence partagée, risque toutefois d'être insuffisant en l'absence de précision de stabilité et de durée⁸¹.

On l'aura compris la résidence familiale devient l'élément clé de définition des nouvelles figures familiales. Mais outre de créer du lien, la résidence conserve et préserve les liens familiaux

parents » : entre adoption simple et délégation-partage », *D.*, 2011, p. 2494 ; Benoît de Boysson, « La famille dans l'avant-projet : une tierce préoccupation », *AJF*, 2013, p. 173.

⁷⁹ Article 6 : Au premier alinéa de l'article 371- 4 du code civil, après les mots « avec ses ascendants » sont insérés les mots : « et avec un ancien conjoint, partenaire ou concubin de l'un de ses parents, avec lequel il a vécu ».

⁸⁰ Benoît de Boysson, « La famille dans l'avant-projet : une tierce préoccupation », *AJF*, 2013, p. 173.

⁸¹ L'affirmation de ce droit sans plus de précision peut laisser pour le moins perplexe face à la problématique de l'éventuelle multiplication des « beaux-parents » dont la profusion sera au détriment de la stabilité de l'enfant.

B. La communauté de vie, ciment des liens familiaux

32. L'enracinement dans le passé, le présent et l'avenir. Le lien de parenté ne se construit pas seulement sur le rapport de droit établi entre deux personnes, ni sur un rapport passé touchant aux origines. Il doit s'enraciner dans la conviction d'appartenir, pour le présent et pour l'avenir, à un système fixant des repères stables. Ce sont les relations durables, que l'enfant entretient avec ses parents, qui lui donnent la conviction psychique et physique d'appartenir à un système de parenté.

33. La vie de la parenté perturbée. Toutefois, les situations dans lesquelles un enfant ne vit pas avec ses deux parents deviennent de plus en plus fréquentes⁸². Bien qu'en augmentation ces dernières années, la résidence alternée reste rare et la résidence du père l'exception⁸³. Alors que les droits et les devoirs restent les mêmes lorsque les parents sont séparés⁸⁴, les circonstances peuvent rendre délicate leur mise en œuvre pour le parent qui ne vit plus avec l'enfant⁸⁵. Ainsi, qu'on le veuille ou non, l'un des parents, celui chez qui l'enfant a sa résidence habituelle, pèse d'un poids beaucoup plus lourd dans les décisions que l'autre parent qui dispose seulement d'un droit trop souvent appelé « droit de visite et d'hébergement ». On peut craindre, ce qui s'avère malheureusement assez fréquent, que les liens avec le parent non hébergeant se distendent puis se

⁸² Hugues Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, (dir.) Jacqueline Rubellin-Devichi, Centre de droit de la famille, éd. CNRS, Paris, 1985, p. 12 ; Hugues Fulchiron, « Pourquoi légiférer sur l'autorité parentale ? », *In L'autorité parentale en question*, Françoise Dekeuwer-Défossez et Christine Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 27.

Arnaud Régnier-Loilie, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et sociétés*, mai 2013.

⁸³ Arnaud Régnier-Loilie, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et sociétés*, mai 2013.

Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, 25 janvier 2006, n°2832, www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp, p. 212. Dans les faits, parmi les enfants de parents séparés qui vivent avec leur mère, soit 85% de l'ensemble de ces enfants, 42% voient leur père plus d'une fois par mois, 19% moins d'une fois par mois et 34% ne le voient jamais.

⁸⁴ Article 373-2 du Code civil. Michel Thizon, « Pour améliorer encore la coparentalité », *AJF*, 2003, p. 302.

⁸⁵ Hugues Fulchiron (dir.), *La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale*, Rapport Centre de droit de la famille, collaboration de Adeline Gouttenoire-Cornut Université Lyon III, Ministère de la justice Mission de recherche « Droit et justice », mai 1997, p. 213.

dissolvent ⁸⁶. Or, sans relation, le lien de parenté se résume à un lien patrimonial. Il faut donc se convaincre qu'en ce domaine seule la communauté de vie, entendue comme la communauté de toit, constitue le ciment des relations familiales. Certes de nombreuses réformes sont intervenues, ces dernières années⁸⁷, afin de promouvoir les relations parentales en tout genre, pour autant, des efforts supplémentaires sont envisageables.

34. La résidence alternée, le moyen concret de restaurer les fonctions biparentales. Aussi faut-il se convaincre que le seul moyen de rendre effectif un partage réel des responsabilités parentales consiste à réunir de façon régulière le parent et l'enfant. C'est vers la résidence alternée qu'il faut donc se tourner. Après avoir longtemps été décriée ⁸⁸, l'alternance semble aujourd'hui considérée comme un des moyens de garantir une véritable coparentalité ⁸⁹ et de lutter contre la démission de certains parents ⁹⁰. S'il est certain qu'elle ne fait pas

⁸⁶ Guy Raymond, *Ombres et lumières sur la famille*, éd. Bayard, Centurion, 1999, p. 224.

⁸⁷ V. notamment les avancées de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale sur la question. C'est pour répondre à cette situation que la loi du 4 mars 2002 a créé de nouveaux outils visant à renforcer l'exercice conjoint de la responsabilité. Les mesures prises en ce domaine ont consisté notamment à favoriser l'exercice consensuel de l'autorité parentale (art. 373-2-8 et 373-2-10 du Code civil), à prévoir dans les modalités de l'exercice de l'autorité parentale la fixation d'une résidence alternée (art.373-2-9 du code civil), à instaurer un double devoir à l'égard des parents celui de maintenir les relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent (art. 373-2 du code civil) et à donner au juge le pouvoir de prendre toutes mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité des liens (art. 373-2-6 du code civil). Malgré toutes les innovations issues de la réforme, il n'en demeure pas moins que l'exercice conjoint de l'autorité parentale reste parfois à l'état de principe et se heurte à des difficultés de mise en œuvre.

⁸⁸ La Cour de cassation avait condamné l'idée d'une garde alternée (Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1984, *JCP éd. G.*, 1985, II, 20412, obs. Alain Dekeuwer ; *RTD civ.*, 1984, p. 691, obs. Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi) et la loi du 22 juill. 1987 avait exigé expressément que soit fixée la résidence habituelle de l'enfant chez un seul parent. V. Vincent Bonnet, *Droit de la famille*, éd. Paradigme, 2007, n°235 ; Patrice Hilt, « Résidence alternée : Le point sur une jurisprudence partagée », *AJF*, 2001, p. 43.

⁸⁹ Élodie Mulon-Monteran, « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*, avril 2002, p. 6.

⁹⁰ Hugues Fulchiron, note ss CA Lyon., 5 octobre 1993, *JCP éd. G.*, 1994, II, 22231 : « Comment peut-il vraiment y avoir coparentalité, s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne » ; Carine Briere, « La coparentalité : mythe ou réalité ? (Commentaire de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *RD sanit. soc.*, 2002, p. 567 ; Gérard Neyrand, *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, éd. Syros, coll. Alternatives sociales, 2001.

l'unanimité pour les bébés ou les enfants encore très jeunes ⁹¹, il semble tout de même qu'elle favorise les relations biparentales ⁹².

35. La présomption de résidence alternée, le pouvoir du législateur. L'enfant ayant le droit d'être élevé par ses deux parents et les parents ayant un droit d'accès égal à leurs enfants, il pourrait être envisagée une présomption de résidence alternée ⁹³. Ainsi, en l'absence de preuve qu'elle serait incompatible avec l'intérêt de l'enfant, il s'agirait pour le juge de prononcer systématiquement cette mesure, au minimum provisoirement ⁹⁴. La corésidence deviendrait le principe, ce qui pourrait ainsi infléchir de façon tangible la réalité observée depuis longtemps, à savoir le fait que la garde des enfants est encore très majoritairement confiée à la mère⁹⁵.

⁹¹ Maurice Berger, « La résidence alternée : une loi pour adulte ? », *Gaz. Pal.*, doct., 10-12 juill. 2005, p. 2382 ; Anaïs Gabriel et Claire Strugala, « La résidence alternée de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 2005, n°245 à 246, p. 9. L'un des principaux griefs fait à la résidence alternée est précisément l'instabilité et la désorganisation des repères qu'elle engendre chez l'enfant. *Contra V. Cass.* 1^{ère} civ., 19 sept. 2007, *Dr. famille*, nov. 2007, com. n°23, note Pierre Murat.

⁹² Mireille Lasbats, « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », *AJF*, 2005, p. 140 : Selon les psychologues cette différenciation des rôles est indispensable pour que l'enfant puisse trouver des repères fiables. Les spécialistes insistent beaucoup sur la complémentarité des rôles et la marque de leurs différences. Un père ne peut pas se substituer à une mère et réciproquement.

⁹³ V. l'exemple de la Belgique. La loi belge prévoit désormais, « qu'à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents ; toutefois si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non égalitaire. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ». G. Hiernaux, « La loi du 18 juill. 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *RTD familial*, 2007, p. 9 cité par Pierre Murat, note sous *Cass.* 1^{ère} civ., 25 avril 2007, *Dr. famille*, juill. 2007, com. n°143.

⁹⁴ A l'heure actuelle, le désaccord des parents n'oblige pas le juge à passer par la phase provisoire de la résidence alternée, ce n'est qu'une possibilité supplémentaire qui lui est offerte. *Cass.* 1^{ère} civ., 14 fevr. 2006, *Dr. famille*, sept. 2006, com. n°158, note Pierre Murat ; *RTD civ.*, 2006, p. 300, obs. Jean Hauser ; *D.*, 2006, jur., p. 600.

Ainsi, que les parents s'entendent ou non, la résidence alternée pourrait devenir le principe. Seule la question de l'intérêt de l'enfant, notamment lié à des obstacles majeurs tels que l'éloignement géographique, pourrait venir l'écarter.

⁹⁵ Stéphanie Hebrard, « Loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales », *AJF*, 2003, p. 296.

L'expérience a, en outre, montré qu'en général, une fois admise, les parents y reviennent d'eux même ou aménagent différemment la répartition du temps. En effet, un juge aux affaires familiales a témoigné en ce sens, en affirmant que la résidence alternée probatoire s'est révélée être un outil d'apaisement et de gestion du conflit. « A l'issue de la période probatoire, la quasi-totalité des parents auxquels cette mesure a été imposée, avec parfois une mesure de médiation ou d'enquête sociale en parallèle, a demandé la confirmation de la résidence alternée ou une organisation différente mais consensuelle décidée au vu des contraintes de chacun ».

36. Conclusion. Les liens se sont modifiés, diversifiés, perturbant ainsi les référents familiaux. En effet, le droit du modèle, cède peu à peu devant la pluralité des options. On assiste à la mise en place d'une famille « démocratique », « anti-autoritaire », « égalitariste » concurrente du modèle traditionnel et qui bouleverse sans précédent les rapports familiaux. L'ensemble des piliers et des fondations structurant la famille sont aujourd'hui remis en cause. Le pluralisme du droit de la famille, ainsi que sa libéralisation, fait place à une multiplication des socles conjugaux et happe les principes directeurs de la parenté pour faire place à l'homoparenté et la pluriparentalité. Face à ces mouvances, la résidence, le lieu de vie commun constitue le nouveau symbole, le point de reliance des différentes relations familiales. Loin de se limiter, au lien du sang ou d'alliance, la résidence vectrice des relations éprouvées au quotidien laisse au contraire apparaître la diversité et la densité des liens familiaux. Si l'architecture de la famille est ébranlée, la famille semble se recentrer autour d'un élément architectural fondamental : sa résidence.