

## Les Cahiers de droit



# L'ordre public dans les relations de famille

Jean Pineau

Volume 40, Number 2, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043544ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043544ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

### Article abstract

The traditional view has been that the organization of the family, as set forth by the legislator, was a matter of public order and that any agreement departing from the rules governing such organization would constitute a breach of classical directive public order. Yet at the same time, liberty in patrimonial relations has been an accepted principle in choosing a matrimonial regime. What is the present situation ?

It may be noted that classical directive public order, while current in countries governed by religious legal regimes, is somewhat less dynamic in countries subject to secular legal systems. In this latter context, public order does not disappear, but yields to a new legal family order more oriented towards protection while emphasizing varied content : protection of the individual, the spouses, the child's interests, mutual consent, or matters of equality, couple-based decisions, solidarity and sharing. As such, the observer notes a multiplicity of orders, which sometimes overlap and, at others, would tend to enter into conflict with one another, even projecting an impression of a certain... disorder!

### Cite this article

Pineau, J. (1999). L'ordre public dans les relations de famille. *Les Cahiers de droit*, 40(2), 323–344. <https://doi.org/10.7202/043544ar>

## L'ordre public dans les relations de famille\*

---

Jean PINEAU\*\*

*Il était traditionnellement admis que l'organisation de la famille, telle qu'elle avait été édictée par le législateur, était d'ordre public et que toute convention dérogeant aux règles gouvernant cette organisation constituait une atteinte à l'ordre public classique de direction. En revanche, la liberté était de principe dans les rapports patrimoniaux, telle la liberté dans le choix d'un régime matrimonial. Qu'en est-il aujourd'hui ?*

*On constate que l'ordre public classique de direction, s'il se maintient dans les pays relevant d'un droit religieux, marque un recul certain dans les pays soumis à un droit laïque ; il ne disparaît certes pas, mais il cède le pas à un nouvel ordre juridique familial, le plus souvent de protection, mais à contenu variable : protection de la personne, des époux, de l'intérêt de l'enfant, des consentements, ou encore égalité, collégialité, solidarité, partage. On relève donc l'existence d'une multiplicité d'ordres qui, parfois, se recoupent, mais qui, parfois aussi, entrent en conflit et peuvent donner l'impression d'un certain... désordre !*

---

*The traditional view has been that the organization of the family, as set forth by the legislator, was a matter of public order and that any agreement departing from the rules governing such organization would constitute a breach of classical directive public order. Yet at the same time, liberty in patrimonial relations has been an accepted principle in choosing a matrimonial regime. What is the present situation ?*

---

\* Le présent texte correspond au rapport général fait par l'auteur au Congrès de l'association Henri-Capitant tenu au Liban en mai 1998 sur le thème de l'ordre public.

\*\* Professeur émérite, Université de Montréal.

*It may be noted that classical directive public order, while current in countries governed by religious legal regimes, is somewhat less dynamic in countries subject to secular legal systems. In this latter context, public order does not disappear, but yields to a new legal family order more oriented towards protection while emphasizing varied content : protection of the individual, the spouses, the child's interests, mutual consent, or matters of equality, couple-based decisions, solidarity and sharing. As such, the observer notes a multiplicity of orders, which sometimes overlap and, at others, would tend to enter into conflict with one another, even projecting an impression of a certain... disorder !*

---

|                                                   | <i>Pages</i> |
|---------------------------------------------------|--------------|
| <b>1. Les relations de couple</b> .....           | 327          |
| 1.1 L'ordre public dans le concubinage .....      | 328          |
| 1.2 L'ordre public dans le mariage .....          | 330          |
| 1.2.1 L'« entrée » en mariage .....               | 330          |
| 1.2.2 Les effets du mariage .....                 | 332          |
| 1.2.2.1 Les rapports personnels des époux .....   | 332          |
| 1.2.2.2 Les rapports patrimoniaux des époux ..... | 334          |
| 1.2.3 La dislocation du couple .....              | 336          |
| 1.2.3.1 Le décès .....                            | 336          |
| 1.2.3.2 La rupture .....                          | 337          |
| <b>2. Les relations parents-enfants</b> .....     | 339          |
| 2.1 Le droit à l'enfant ? .....                   | 339          |
| 2.1.1 Le droit à l'enfant existe-t-il ? .....     | 339          |
| 2.1.2 Le droit à une filiation .....              | 340          |
| 2.2 Les droits de l'enfant .....                  | 343          |
| <b>Conclusion</b> .....                           | 344          |

---

Sujet vaste et complexe si l'on considère que l'ordre public est l'une des notions les plus floues du droit, les plus changeantes dans le temps comme dans l'espace, et que les relations de famille sont susceptibles d'englober un champ immense du droit — droit des personnes, droit patrimonial, droit social notamment —, même si la famille se rétrécit de plus en plus et surtout si, par défaut d'optimisme, on s'interroge — sans pouvoir y

répondre — sur ce qu'est devenue la famille, sur ce qu'il en reste, s'il en est encore.

La difficulté s'accroît plus encore lorsqu'on doit présenter une synthèse de quatorze rapports nationaux provenant de pays dont le droit est tantôt laïque, tantôt religieux — chrétien ou musulman — ou encore coutumier ; ces pays sont l'Argentine, la Belgique, le Brésil, le Cameroun, le Canada (Québec), l'Espagne, la France, la Grèce, le Japon, le Koweït, le Liban, la Pologne, le Portugal et la Turquie<sup>1</sup>.

Aussi est-il essentiel d'inviter le lecteur à consulter les rapports nationaux en question — d'ailleurs remarquables — afin d'avoir une vue plus précise de l'évolution de l'ordre public dans chacun de ces pays, notre rapport général tendant seulement à dégager les lignes de force et les grandes orientations susceptibles de répondre au thème proposé, dans le cadre de la famille.

Il est cependant nécessaire, avant d'aborder le sujet proprement dit, d'indiquer le sens que nous entendons donner à « ordre public ».

On sait qu'il est impossible de s'accorder sur une définition précise, même si de brillantes thèses de doctorat ont été soutenues sur le sujet ; déjà à l'époque de sa thèse, M. Malaurie comptait vingt-deux définitions doctrinales et jurisprudentielles et nous en offrait une vingt-troisième. Cependant, la première question qui se posait à nous était de décider si nous devions ou non considérer toutes les règles impératives comme des règles d'ordre public. Certes, on s'entend pour dire que la loi n'est pas l'unique source de l'ordre public, puisqu'on reconnaît l'existence d'un ordre public judiciaire, mais certains auteurs ont contesté que toutes les lois impératives fussent d'ordre public, ce qui est d'ailleurs très vraisemblable : ainsi en est-il de MM. Marty et Raynaud et notamment de M. Hauser, le rapporteur français. Afin d'éviter que les auteurs des rapports se lancent trop longuement sur ce premier point de friction, nous avons préféré leur indiquer qu'il serait probablement avantageux de tenir pour acquis, aux fins de leurs rapports, que sont qualifiées d'ordre public toutes les dispositions auxquelles le législateur entend donner expressément un caractère impératif et celles auxquelles les tribunaux ont reconnu un caractère d'ordre public. Pour ne pas leur compliquer le choix des règles à commenter, nous avons donc préféré nous ranger aux côtés de MM. Carbonnier, Ghestin, Weill et Terré, mais nous avons été rassuré lorsque nous avons lu, dans le rapport de M. Hauser, que, « dans le domaine du droit familial plus particulièrement, le repli relatif

---

1. À cette liste on ajoutera les rapports du Guatemala et de l'Italie dont nous n'avons malheureusement pas pu faire état, compte tenu de leur arrivée tardive.

de l'ordre public pourrait conduire à un recoupement plus net de la notion et de celle de loi impérative ».

Cela étant, l'ordre public serait cet ordre flou et changeant qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou au mieux-être de la société en général, et l'on sait qu'il se manifeste dans tous les domaines de l'activité humaine. On enseigne traditionnellement que l'ordre public classique est un ordre public politique et moral, ordre public de direction, alors que le nouvel ordre public serait économique et social, ce dernier se rapprochant de l'ordre politique de direction lorsqu'il vise à imposer une conception déterminée de l'intérêt général, alors qu'il serait un ordre public de protection lorsqu'il aurait pour but de protéger une catégorie particulière de personnes.

On a parfois présenté la distinction direction/protection selon le caractère positif ou négatif de la norme obligatoire : l'ordre de direction commanderait, aurait donc un contenu positif, tandis que l'ordre de protection prohiberait, serait une interdiction et aurait donc un contenu négatif. Il importe peu, en vérité, de savoir si la loi commande ou prohibe, mais il importe de déterminer si la règle obligatoire a pour but de protéger la collectivité ou, plutôt, certains intérêts catégoriels ou particuliers. Cependant, il n'est pas toujours aisé de savoir si la mesure adoptée va dans le sens de la protection ou de la direction ni de déterminer l'objectif poursuivi par la norme. Il est donc nécessaire d'examiner, dans chaque situation donnée, l'ensemble des circonstances pour juger si la règle violée participe de l'ordre de direction ou de protection. Où se situerait, alors, l'ordre public de la famille ?

On avait traditionnellement admis que l'organisation de la famille, telle qu'elle avait été édictée par le législateur, était d'ordre public et que l'on ne pouvait y déroger par des conventions particulières. Même si la volonté de l'individu joue un rôle important, tel le consentement de chacun des époux lorsqu'ils se marient, cette volonté n'exprime qu'une adhésion à un cadre légal qui en détermine les effets juridiques, qui est le modèle, bon pour tous. C'est ainsi que sont interdits les conventions relatives aux devoirs et droits résultant du mariage ou relatives à l'autorité parentale, les pactes de séparation amiable, la convention par laquelle une personne renoncerait à son droit aux aliments, etc. : il y aurait là une atteinte aux bases mêmes sur lesquelles repose la société, atteinte à l'ordre public classique de direction.

Cependant, dans les rapports patrimoniaux, le cadre souhaité par le législateur ne serait pas nécessairement ébranlé par un choix autre, exprimé par les époux : tel serait le cas des régimes matrimoniaux qui laisseraient aux époux la liberté d'opter.

Ce schéma qui fut longtemps celui de nombreuses législations, est loin de correspondre à la réalité d'aujourd'hui.

Nous aurons l'occasion de constater que, si l'ordre public classique de direction se maintient dans les pays relevant d'un droit religieux, il marque un recul certain dans les pays soumis à un droit laïque ; mais ce n'est pas à dire que l'ordre public disparaît. On constate en effet l'émergence d'un nouvel ordre public familial, le plus souvent de protection, mais à contenu variable : protection de la personne, protection des époux, protection de l'enfant, protection du consentement, multiplicité d'ordres qui tantôt se recoupent, tantôt entrent en conflit, de sorte que l'on peut avoir, *a priori*, l'impression de partir à l'aventure dans un ordre dispersé !

Nous tenterons d'y voir plus clair en envisageant, dans les rapports nationaux qui nous sont soumis, la place occupée par l'ordre public familial, d'une part dans les relations de couple et, d'autre part, dans les relations parents-enfants<sup>2</sup>.

### 1. Les relations de couple

Il paraîtrait convenable de traiter en premier lieu du mariage, cette union de droit sur laquelle repose la famille ; c'est probablement l'acte où l'on sent le plus le poids de l'ordre public, clairement de direction : stabilité, durée. On pourrait ajouter : hors le mariage, point de salut. Le concubinage n'est qu'une situation de fait, longtemps condamnée socialement.

Or, aujourd'hui, dans de nombreux pays, le nombre de mariages est en baisse constante, tandis qu'augmente sans cesse le nombre des unions de fait que certains voudraient voir accéder à un statut juridique.

Le déclin du mariage et l'essor du concubinage nous incitent alors à inverser l'ordre de l'examen de ces unions, d'autant que, pour évoquer l'importance sociale du mariage, il n'y a rien de tel que d'aborder le discrédit dont il souffre.

---

2. Étant donné l'ampleur du sujet, nous ne nous aventurerons pas dans la jungle de l'ordre public international, tant il est vrai que même des auteurs comme Batifol et Lagarde ont reconnu le « caractère incertain et difficilement prévisible de l'intervention de l'ordre public ». L'ordre public international ayant pour fonction de poser les limites au-delà desquelles le système de droit d'un pays déterminé n'est plus capable de tolérer les règles d'un système étranger, on ne peut que faire preuve de circonspection, surtout en matière familiale, et d'une extrême discrétion.

### 1.1 L'ordre public dans le concubinage

Dans la plupart des pays, le concubinage n'a pas réussi à se faire reconnaître comme une union de droit : c'est le mariage seul qui a une vie juridique.

La condamnation est nette dans les communautés soumises au droit musulman, soit le Koweït et le Liban. En ce qui concerne le Liban, il importe de rappeler que ce pays est composé de quatre communautés musulmanes et d'une douzaine de communautés chrétiennes, et que le statut personnel est soumis à la loi de chacune de ces communautés, le droit patrimonial étant soumis à un droit laïque plus ou moins unifié. La législation libanaise touchant les communautés non musulmanes n'interdit pas en tant que tel le concubinage, mais elle le considère avec défaveur, tout en reconnaissant la possibilité pour les concubins de conclure des conventions particulières, pourvu que celles-ci ne soient pas inspirées par le désir de nouer ou de prolonger des relations illicites (ce qui était également la règle en d'autres pays) : en pareil cas, il y aurait atteinte à l'ordre public, *a fortiori* dans le cadre d'un concubinage adultérin. Et pourtant une décision de 1992 semble ouvrir une voie plus libérale en validant la libéralité faite par un époux adultérin à sa concubine pour la remercier d'avoir vieilli avec lui : début d'affaiblissement de l'ordre, même dans les communautés chrétiennes.

L'Argentine, la France, la Grèce, le Portugal et le Québec n'ont certes pas condamné le concubinage sans pour autant lui dresser un statut, mais c'est en passant par les effets de cette union que l'ordre public doit se sentir rongé. Les concubins portugais sont « demandeurs » de droit ; de la même façon, les concubins québécois (comme les Polonais) sont assimilés aux époux dans les lois à caractère social, selon qu'ils ont vécu ensemble tantôt un an, tantôt trois ou encore sept ans : ils deviennent « bénéficiaires » selon la durée de l'épreuve et ils concluent des conventions ou créent des sociétés de fait. Le droit social comme le droit commun grugent l'ordre. Les Français sont engagés, nous dit-on, dans les « grandes manœuvres » : la concubine a-t-elle droit à réparation en cas de mort accidentelle de son concubin ? Valse-hésitation de 1930 à 1970 et, actuellement, que ce soit sur le terrain du droit social, fiscal et même civil, « le concubinage a gagné d'importantes parts de marché, sans qu'on l'ait encore défini », nous indique le rapporteur français. Ne discute-t-on pas d'ailleurs de l'adoption d'une loi sur un « contrat d'union » ?

On retrouve la même absence de cohérence en Belgique, mais un pas supplémentaire vient d'y être franchi. Le 19 mars 1998, la Chambre des représentants a voté la création d'un contrat de « cohabitation légale », comportant des obligations déterminées, sans faire bénéficier les concubins

de tous les droits des époux (cette loi n'est cependant pas encore en vigueur) : voilà bien l'ordre public du mariage ébranlé, puisque désormais la loi offre le choix (ou est sur le point de l'offrir) entre deux « modèles » de vie commune.

Il est également intéressant d'observer le cas du Brésil. La Constitution de 1988 prévoit trois types de famille : la famille traditionnelle, constituée par le mariage, la famille monoparentale, et l'« union stable », qui est une union sans mariage entre un homme et une femme que l'on n'appelle plus concubins mais plutôt « cohabitants » (*conviventes*). Ces derniers ont un statut identique à celui des époux, tant dans leurs rapports personnels — sauf l'obligation de fidélité — que dans les rapports patrimoniaux. L'ordre public perdure donc, et même doublement.

En Turquie, le concubinage n'est pas reconnu, mais de nombreux couples se retrouvent dans cette situation, particulièrement dans les campagnes, parce qu'ils sont mariés religieusement et non point civilement, ce que condamne le *Code pénal*, d'où les problèmes et les subterfuges. En Espagne, même si on ne le reconnaît pas, on tendrait, semble-t-il, à aller vers une réglementation.

Il reste enfin le cas du Japon. Avant la Seconde Guerre mondiale, malgré l'importance du mariage réglementé par le *Code civil*, qui en 1998, fêtait son centenaire, le concubinage était fort répandu, car de nombreux couples vivaient dans cette situation sans le savoir, ignorant que, pour être mariés, ils devaient procéder à une déclaration de mariage ; en outre, certaines règles strictes constituaient de véritables obstacles au mariage. Aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles venues, encore ici, protéger les concubins en développant la théorie de l'assimilation du concubinage au mariage. Toutefois, en 1947, les parties du *Code civil* de 1898 traitant de la famille ont été complètement modifiées ; les obstacles à la volonté de se marier ont alors été levés, de sorte que les couples vivant depuis lors en concubinage sont ceux qui choisissent véritablement cette union, afin de se soustraire aux effets du mariage. Il est cependant un concubinage qui est considéré comme une atteinte à l'institution du mariage, c'est le concubinage qui comporte un adultère. Ainsi, en application du Code de 1898, était jugé contraire à l'ordre public le contrat de *mékaké*, ce terme désignant la maîtresse dont la vie est assurée par le patron ; or, deux décisions récentes ont consacré l'estompement de l'ordre public classique, afin d'assurer une certaine protection de la vie de la concubine.

On constate donc que, dans toutes les législations, sauf en droit musulman, l'ordre public du mariage recule pour faire place peut-être à un nouvel ordre — dont on ne sait trop s'il est de direction ou de protection — qui proposerait un choix entre deux « modèles » de vie commune et qui



peut-être s'attacherait aussi à protéger, dans le couple, la personne qui serait victime de son choix.

## **1.2 L'ordre public dans le mariage**

Nous envisagerons tout d'abord le rôle de l'ordre public relativement à l'entrée en mariage, puis son rôle dans le cadre des effets du mariage, enfin dans le contexte de la dislocation du couple.

### **1.2.1 L'« entrée » en mariage**

L'essor du concubinage nous fait donc dire que le mariage n'est plus tout à fait ce modèle unique proposé par l'État et sur lequel repose la famille, contrat-institution impliquant, sinon l'indissolubilité, tout au moins la stabilité, la durée. Néanmoins, nombreuses sont les règles qui ne peuvent être mises de côté par la volonté des époux. Dans le droit de tous ces pays, nous trouvons l'imposition d'une célébration publique, sauf pour les communautés musulmanes du Liban et du Koweït qui ne connaissent aucune cérémonie particulière, si ce n'est que les exigences des règles de preuve relatives au mariage permettent de prétendre en définitive qu'il y a une certaine solennité. Hors ces pays, le mariage célébré est généralement civil, séculier, mais en Grèce, en Espagne, au Portugal et au Québec, le mariage religieux est également reconnu valide, comme le mariage civil, tandis qu'au Liban les communautés chrétiennes ne connaissent que le mariage religieux. Il semblerait que la Pologne songe à retourner à la possibilité d'un mariage religieux qui produirait des effets civils.

Dans le droit de tous ces pays, nous retrouvons des règles semblables d'ordre public, avec quelques variantes, relativement aux empêchements au mariage : consentement, âge, parenté. On ne s'y attardera pas.

En revanche, il était banal, mais habituel, d'enseigner que le mariage impliquait deux personnes de sexe différent ; cela paraissait si évident que, dans bien des pays, le législateur n'éprouvait pas même le besoin de le mentionner. Désormais, la question semble se poser : à l'instar de la Pologne, le législateur québécois, dans le nouveau Code civil mis en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, a considéré qu'il n'était pas inutile de préciser que le mariage ne pouvait être contracté qu'entre un homme et une femme. Il a résisté à l'appel des groupes requéreurs de droits, mais il n'est pas certain que, dans peu de temps, on ne faiblisse quelque peu sur le sujet, même si la Cour suprême n'accepta pas, en 1995, que le terme « conjoint » utilisé dans le cadre d'une loi sociale pût viser un couple du même sexe. De toute façon, même si le couple homosexuel ne réussit pas à se hisser au niveau du mariage, lui aussi gagne des « parts de marché », si l'on considère que les

« contrats d'union » ou de « cohabitation légale » peuvent concerner, le cas échéant, les homosexuels autant que les hétérosexuels : nous pensons en particulier à la Belgique et à la France. En effet, certains posent la question notamment sous l'angle de la discrimination quant à l'orientation sexuelle, atteinte à un droit fondamental de la personne, ou sous l'angle d'une atteinte au principe d'égalité : là encore, c'est au moins par le biais des effets de cette union que sera entamé l'ordre public classique. Le Japon même, pour qui la différence de sexe allait de soi, commence à en douter ; le Brésil y réfléchit, mais la question du mariage de conjoints homosexuels ne semble pas s'être encore posée en Espagne.

Cependant, comme le souligne le rapporteur français, le respect de ces droits fondamentaux qui permettrait l'union homosexuelle, cet autre « modèle familial », n'autoriserait-il pas ce couple à se procurer un enfant par adoption ou par procréation médicalement assistée ? Pourquoi pas, diront certains ? Qu'en sera-t-il alors du droit de l'enfant, et l'ordre public de ce nouveau couple ne devrait-il pas trouver, face à lui, l'ordre public de l'intérêt de l'enfant ? Il s'agira, en ce cas, d'arbitrer ce conflit d'ordres.

Le transsexualisme pose également un problème à l'égard du mariage. Le Québec adopta en 1965 une loi sur le changement de prénom, qui fut modifiée en 1977 pour y ajouter un autre changement, celui du sexe, de sorte que la situation était mûre pour que le nouveau Code civil traitât, dans le chapitre sur le nom, du changement de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance, en n'accordant cette possibilité qu'au seul majeur canadien, non marié, domicilié au Québec depuis au moins un an : ayant ainsi changé d'état, cette nouvelle personne peut épouser quelqu'un de son sexe d'origine.

La Belgique semble avoir connu quelques difficultés, les tribunaux s'opposant à une rectification des actes de l'état civil, qui ne relevait pas d'une erreur initiale, ce qui devait conduire à une plainte auprès de la Cour européenne des droits de l'homme ; la réponse douteuse ou étrange de la Cour de Strasbourg permit aux tribunaux belges d'aller ici et là sans que le législateur intervînt, ce qui favorise, semble-t-il, la politique du « laisser-faire » propre à la protection de la paix sociale.

Au Portugal, la personne mariée qui change de sexe voit son mariage invalidé, mais la doctrine ne semble fournir aucune réponse au mariage de la personne qui a changé de sexe. En Pologne comme en Espagne, les tribunaux ont refusé de tels mariages, mais on admet, en ce dernier pays, la rectification de la mention de sexe dans les actes de l'état civil. En Grèce, pour que le mariage soit valide, il est nécessaire d'apporter au tribunal la preuve du changement, alors qu'en Argentine l'intervention chirurgicale nécessite une autorisation judiciaire préalable. Quant au Japon, enfin, ce type

d'opération est autorisé depuis peu de temps, mais toutes ces questions portant sur le sexe semblent y remettre en cause le mariage lui-même. L'ordre de direction ne rompt pas, mais il fléchit sérieusement !

Autre question que l'on ne peut éviter de poser : celle de la polygamie. Si l'ordre public de direction impose la monogamie dans les pays non musulmans, au contraire le Liban et le Koweït — mais non point la Turquie (qui a adopté en 1926 le *Code civil suisse*) — connaissent la polygamie, mais dans un sens uniquement, la femme ne pouvant avoir qu'un seul mari, alors que le fait pour l'homme d'avoir quatre femmes constitue un empêchement d'ordre public à en épouser une cinquième (à moins qu'il n'en répudie une pour épouser une nouvelle quatrième). Quant au Cameroun, la polygamie qui relève du droit coutumier y a été consacrée par une ordonnance du 21 juin 1981 sur l'état civil : c'est la forme matrimoniale du droit commun camerounais.

On notera que le mari polygame qui désirerait entrer au Canada avec ses épouses se heurterait au *Règlement sur l'immigration* qui exclut expressément les conjoints de tels mariages, et advenant même le cas d'une installation au Québec de tous ces époux mariés valablement à l'étranger, il y a tout lieu de croire que la validité de ces mariages ne serait pas reconnue parce qu'une telle reconnaissance conduirait « à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales » (art. 3081 C.c.Q.).

Enfin, la disparité de culte peut être également un empêchement au mariage, d'ordre public, sans que l'égalité des époux soit respectée, puisque la femme musulmane ne peut pas épouser un non-musulman, alors que l'homme musulman peut épouser une chrétienne ou une juive.

Il est donc permis de dire que l'ordre public relativement à l'« entrée en mariage » n'a bougé — oserons-nous dire — que sur des questions de sexe, ce qui permet cependant de mettre dès maintenant au jour le développement du principe d'égalité et la tendance à protéger le consentement des personnes.

### 1.2.2 Les effets du mariage

Nous envisagerons le rôle de l'ordre public, d'une part, dans les rapports personnels des époux et, d'autre part, dans leurs rapports patrimoniaux.

#### 1.2.2.1 Les rapports personnels des époux

Pendant longtemps, l'organisation de la famille tournait impérativement autour du chef, lequel était en l'occurrence le mari, qui était supposé

assurer l'ordre. C'est encore le cas de la Turquie, puisque le *Code civil* de ce pays est de 1926 ; mais un projet de nouveau code est en préparation et prône, comme les codes des autres pays ici représentés, les principes d'égalité et de collégialité. Le Liban a ratifié la *Convention de New York* du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, mais sous réserve de trois articles qui sont en contradiction avec la loi interne, notamment l'article relatif à l'égalité des droits et des devoirs dans les relations matrimoniales et dans les rapports familiaux. En revanche, le *Recueil des lois des églises orientales* du 18 octobre 1990, applicables aux communautés catholiques, pose le principe de l'égalité des époux relativement à leurs droits et leurs devoirs, donc il y a évolution.

Quant au droit des communautés musulmanes, le mari demeure le chef de la famille et, à ce titre, il a des obligations spéciales en même temps que des droits, notamment le droit à l'obéissance de la femme, alors que celle-ci, en tant que maîtresse du foyer, a des obligations spéciales envers mari, enfants et foyer, moyennant ses droits à une dot, à l'entretien et à un bon traitement.

On retrouve partout les obligations réciproques de fidélité, de secours, d'assistance et de cohabitation, auxquelles aucun des époux ne peut renoncer. Cependant, l'auteur du rapport belge s'interroge sur un éventuel affaiblissement de l'obligation de fidélité, à l'occasion de deux arrêts de la Cour de cassation, dans le cadre d'un concubinage adultère, qui lui font se demander si l'adultère ne passerait pas « dans le domaine du droit fondamental au respect de la vie privée, c'est-à-dire de la liberté en matière affective et sexuelle, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Cette interrogation nous fait songer à la loi canadienne sur le divorce qui insiste expressément sur la conception du divorce-remède — échec du mariage —, repoussant toute idée de sanction, et dont la première cause de divorce énoncée est l'adultère : aussi nous demandons-nous s'il ne serait pas possible de soutenir qu'un « petit adultère de passage » ne constituerait pas nécessairement un échec du mariage et ne serait donc pas une cause péremptoire du divorce ! Relâchement de l'obligation de fidélité !

Quant au devoir de cohabitation, il semble devoir s'interpréter de façon de plus en plus élastique, se dégageant toujours plus de l'idée de cohabitation charnelle, tout au moins en France et au Québec, si l'on considère que les époux peuvent avoir des domiciles distincts, ce qui est aussi le cas au Portugal, ce qui risque, parfois, de ne pas faciliter les rapprochements, même si l'on nous dit que l'un n'empêche pas l'autre.

### 1.2.2.2 Les rapports patrimoniaux des époux

Nous ne débattons pas de la question de savoir si les dispositions communes à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial, parfois appelées « régime primaire », sont des effets directs du mariage ou constituent un véritable régime matrimonial. Pourtant la question est importante en droit international privé, et elle l'est d'autant plus que le contenu de ces dispositions communes peut varier d'un pays à l'autre : par exemple, le contenu des règles françaises et belges va beaucoup moins loin que le contenu des dispositions brésiliennes ou québécoises (lesquelles vont jusqu'à imposer un partage de certains biens qualifiés par la loi).

Quoi qu'il en soit, on observe que ce qui était autrefois laissé au choix des époux se rétrécit de plus en plus. Ainsi en est-il des charges du mariage : lorsque jadis le mari était le chef de la famille, il était d'ordre public qu'il assumât toutes les charges, tout au moins à titre principal : responsabilité du mari et protection de la femme. Depuis la disparition de cette fonction, dans la plupart des pays, les époux peuvent s'entendre sur leur répartition et, à défaut, la loi prévoit une répartition proportionnelle à leurs facultés respectives ; mais s'agissant d'une contribution de la part de chacun d'eux, compte tenu du principe d'égalité, l'un des époux ne peut plus s'engager à les assumer seul : en revanche, ils pourront s'entendre sur les modalités d'exécution, sauf, semble-t-il, au Brésil. Il y a donc un recul de l'ordre ancien au profit du respect de l'égalité, tout en consentant aux époux un certain pouvoir de négociation leur permettant d'adapter la règle à leur propre situation. En revanche, « absolument impératives » sont les règles relatives au logement de la famille et aux meubles à vocation familiale qui le garnissent, auxquelles les époux ne peuvent déroger. Le rapporteur français nous dit que toutes ces règles communes sont destinées à sauvegarder la famille « non pas en fonction d'un modèle autoritairement défini, mais plutôt autour de chacun des membres et de l'addition de leurs intérêts », c'est-à-dire à protéger l'union de ces intérêts : c'est bien là un ordre public nouveau qui apporte des limites à l'organisation des effets patrimoniaux découlant directement du mariage. Plus grave nous paraît être le cas du Québec qui, le 1<sup>er</sup> juillet 1989, mettait en vigueur un véritable « régime primaire » applicable impérativement à tous les époux, quel que soit leur régime, et imposant un partage d'une certaine catégorie de biens — biens à vocation familiale —, alors même que le régime légal (société d'acquêts) implique un partage et que l'on prétend laisser les époux libres de choisir leur régime ; nous voyons là un modèle de régime de biens imposé par l'État à tous les époux, une résurrection de l'ordre de direction, le « costume Mao » des biens.

Quant aux régimes matrimoniaux eux-mêmes, nous retrouvons dans chacun des pays des dispositions du même type : un régime légal tantôt à

caractère communautaire, tantôt de séparation, et des régimes conventionnels. En Grèce toutefois, on semble n'avoir pas la possibilité de choisir un régime véritablement de séparation, comme au Québec, avec la différence qu'en Grèce la séparation de biens est le régime légal ; un droit impératif de participation aux acquêts y est prévu, afin précisément de corriger les aléas de ce régime auquel les couples adhèrent très majoritairement, aléas que semble connaître la femme japonaise mariée, elle aussi, sous le régime légal de la séparation.

L'évolution de l'ordre public dans le cadre des régimes porte essentiellement sur la question de l'immutabilité des régimes, qui était la règle d'ordre public, véritablement de direction, et qui le demeure en Argentine et au Brésil, vraisemblablement en Turquie, également au Portugal avec toutefois la possibilité de changement dans certaines conditions. La Belgique et la France ont adopté le principe d'une mutabilité contrôlée (encore qu'en France les discussions ont été vives pour savoir s'il s'agissait d'une immutabilité atténuée ou d'une mutabilité contrôlée) ; le Québec, après avoir adopté une mutabilité contrôlée, a supprimé tout contrôle dans son nouveau code sans que cela donne lieu à quelque problème. On constate donc, en ce domaine, un très net recul de l'ordre public de direction : la stabilité patrimoniale ne s'impose pas, pourvu que les tiers n'en souffrent point. Aussi la condamnation des libéralités entre époux a-t-elle disparu dans ces pays.

En revanche, la loi veille à ce que les libéralités ne se révèlent pas frauduleuses ni immorales (donation dans le cadre d'un concubinage adultérin) et elle prohibe toujours les conditions potestatives, les donations de biens à venir, les pactes sur succession future, la renonciation à une succession non ouverte : l'ordre de direction continue à s'affirmer.

Au Koweït comme au Liban, le mari et la femme sont, sur le plan des biens, des étrangers l'un à l'égard de l'autre et il n'y a pas de loi particulière gouvernant les époux. Chacun gère ses affaires à sa guise, ce qui n'empêche pas, dans les communautés non musulmanes, l'existence de comptes joints, de propriétés indivises et des situations de fait qui mènent à la confusion des biens : c'est alors le droit commun du Liban qui est appliqué par les tribunaux civils.

Quant aux communautés musulmanes, on l'a dit, le mari doit pourvoir aux besoins de la femme et des enfants et remettre à celle-ci une dot (*mahr*) qui est censée assurer sa fortune et dont elle peut disposer, même en la remettant à son mari.

Reste le cas très particulier du Cameroun : dans un rapport saisissant, nous constatons les difficultés propres aux pays qui ont hérité de systèmes

juridiques issus de la colonisation, qui se sont plus ou moins superposés à l'ordre juridique traditionnel coutumier. C'est ainsi que le Cameroun a hérité du *Code civil* français de 1804, tel qu'il a été fixé en 1960, année de son indépendance, qui est supposé fonctionner de façon transitoire, plus ou moins en même temps que les coutumes très diverses et non codifiées. Si le Cameroun a légiféré relativement aux rapports personnels entre époux, il ne s'est jamais penché sur les rapports patrimoniaux, d'où les problèmes lorsqu'il s'agit d'adapter un droit français de 1960 à des coutumes ancestrales. Nous ne pouvons ici en parler plus longuement, mais un seul exemple suffira à illustrer le propos : comment liquider une supposée communauté de meubles et acquêts dans le cadre d'unions polygames ?

### 1.2.3 La dislocation du couple

La dislocation a lieu, on le devine, par le décès de l'un des époux ou par la rupture.

#### 1.2.3.1 Le décès

On observera que la liberté illimitée de tester n'est admise qu'au Québec qui, sur ce point, a toujours connu ce principe propre au droit anglais : on ne mélange pas les affaires de cœur et les affaires tout court. Les autres pays prônent une liberté limitée à la quotité disponible, retenant la partie indisponible pour le bénéfice des héritiers réservataires, où le conjoint survivant — qui jadis recevait la portion congrue — se voit aujourd'hui venir plus franchement en concurrence avec les enfants ; certes, les parts de chacun peuvent varier d'un pays à l'autre, selon qu'il y a ou non des enfants et selon leur nombre, mais il est clair que l'ordre public de direction qui caractérisait le droit des successions soucieux d'assurer la conservation du patrimoine familial commence à s'effriter. En Pologne, le principe est certes la liberté, mais la loi prévoit une sorte de réserve au profit du conjoint, des descendants et des ascendants, qui consiste en un droit de créance à l'égard de la masse successorale. Le rapporteur français signale que « le contournement de cet ordre est en marche », en recourant aux achats en tontine ou en indivision, ou à la mutation du régime matrimonial et à l'adoption d'une communauté universelle ou autres montages complexes.

Pour le rapporteur belge, « il ne s'impose plus d'assurer à tout prix la conservation des biens de la famille » ni une totale égalité ; l'interdiction des substitutions, nous dit-il, même si elle doit demeurer le principe pour des motifs socio-économiques, nuit au crédit et l'interdiction des pactes sur succession future devrait pouvoir se concilier avec un ordre public socio-économique afin de favoriser les arrangements de famille. Le principe

même de l'existence d'une réserve semble aussi être remise en question en Espagne.

Au Liban, une loi de 1959 s'appliquant aux communautés non musulmanes élargit, elle aussi, la vocation successorale du conjoint survivant, mais l'ordre public qu'elle affirme est, nous dit-on, relativisé par le recours à des évaluations dérisoires et par le secours du secret bancaire, de la simulation ou de l'évasion fiscale.

Ainsi, d'un ordre public de direction, on passe à une idée d'assistance ou de solidarité familiale entre les générations.

Revenant au Québec, on doit signaler que, à la veille de l'adoption du nouveau Code civil, les discussions furent vives sur le maintien de la liberté illimitée de tester ou l'adoption d'une réserve, mais la liberté de tester s'est avérée avoir des défenseurs irréductibles. C'est donc par le biais des régimes matrimoniaux et par l'instauration de la survie d'une obligation alimentaire que le principe fut ébréché : partage impératif du fameux « patrimoine familial » et droit accordé à tout créancier d'aliments de réclamer de la succession une contribution financière à titre d'aliments, droit qui est d'ailleurs encadré de règles assez strictes, dont on ne peut pas dire qu'elles soient simples.

Ainsi, du principe des limitations à la liberté, on va vers l'assouplissement de ces limites, et du principe de la liberté totale, on va vers des limitations à cette liberté. Il doit bien y avoir quelque part des points de jonction : on y retrouve l'idée d'assistance ou de solidarité.

Quant aux communautés musulmanes, elles semblent également connaître le principe de répartition de même que le droit du conjoint survivant à une part, celle de la femme n'étant cependant pas identique à celle du mari.

### **1.2.3.2 La rupture**

L'indissolubilité du mariage assurait dans l'ancien droit la stabilité de la famille. Elle ne perdure que dans les communautés catholiques du Liban, où cependant le recours à la théorie des nullités semble s'être considérablement développé. La seule façon de dénouer la crise du couple consiste à recourir à la séparation de corps qui, d'ailleurs, existe encore dans la plupart des pays, sauf en Grèce, et sanctionne la faute conjugale : c'est ce que l'on a parfois appelé le « divorce des catholiques ». Une autre façon plus radicale de sortir du mariage se trouve cependant dans la conversion de la religion catholique à la religion orthodoxe, par exemple, qui, elle, admet le divorce-sanction, méthode utilisée, nous dit-on, au Liban.



Les autres pays admettent tous le divorce : conceptions divorce-sanction et divorce-remède en Belgique, en France, au Portugal et au Brésil, (ce pays exigeant, avant le divorce, l'étape de la séparation), alors que la Grèce, la Pologne et le Canada optent pour la seule conception divorce-remède. Néanmoins, les causes sont énumérées limitativement, les véritables pactes de séparation amiable se heurtent à l'ordre public, le divorce par consentement mutuel, lorsqu'il est accepté, ne peut être obtenu que s'il y a un projet d'entente sur les conséquences du divorce (cas de la France, du Portugal et de la Turquie depuis 1988), la Belgique, quant à elle, exigeant depuis 1997 le contrôle par le juge du contenu de l'entente, dès lors qu'il y a des enfants, afin de vérifier que leurs droits sont respectés. Le Japon accepte largement le divorce par consentement mutuel, depuis 1898, sans contrôle judiciaire, par une simple déclaration, mais depuis 1947 le mariage connaît une telle faillite que l'on réclame actuellement l'élaboration de causes objectives de divorce, telle une séparation de fait de cinq ans, et de règles destinées à protéger suffisamment la femme (avant-projet de 1996). Il est remarquable qu'en Pologne, même s'il s'agit d'un divorce-remède et si les causes paraissent larges, la preuve ne nous semble pas aisée à apporter et qu'ainsi le mariage est protégé. Quant à l'Espagne, elle semble être à cet égard assez libérale.

On observe que, aux côtés de l'adultère qui est une cause-sanction, emportant notamment des conséquences sur le plan financier, sauf au Québec, la séparation de fait durant un délai fixé impérativement par la loi se retrouve dans tous les pays non musulmans : six ans en France et au Portugal, cinq ans en Belgique, quatre ans en Grèce, trois ans en Turquie, deux ans au Brésil et un an au Canada ce qui peut vouloir dire vite fait, pas nécessairement bien fait !

L'interdiction des pactes à l'amiable — destinée à protéger le mariage — n'empêche pas la conclusion d'ententes entre les « futurs ex-époux » sur les conséquences du divorce, autant celles qui touchent la garde des enfants que celles qui concernent la finance : on constate donc que la volonté du couple disloqué tient un rôle de plus en plus important et que le juge a précisément la mission de protéger ces consentements, nouvel ordre public. Il est cependant permis de se demander si la Cour suprême du Canada n'a pas eu tendance à évacuer cette question en se bornant à entériner ces accords préalables, sans en vérifier le contenu, dès lors que les futurs époux avaient un avocat à leur côté.

Cela permet de nous demander si l'on ne se dirige pas vers le divorce sans juge. On a déjà observé, avec l'essor du concubinage, ce que certains appellent une « privatisation » du mariage : pourquoi, alors, ne pas aboutir à une « privatisation » du divorce ? Si tel devait être le cas, nous ne serions

pas surpris de voir surgir la nécessité de protéger à nouveau les consentements et de retourner à la case départ, surtout si l'on considère que les enfants ont des droits qui doivent être respectés : c'est alors un nouvel ordre public double qui réapparaîtrait, protection d'un consentement véritablement libre et éclairé ainsi que protection de l'intérêt de l'enfant.

Quant aux communautés musulmanes du Liban et du Koweït, elles connaissent la répudiation et le divorce, ce dernier étant utilisé éventuellement par la femme, rarement par le mari. Car la répudiation relève de la volonté unilatérale du seul mari, sans justification, le divorce reposant sur la faute : défaut d'entretien, vie intolérable. L'ordre règne.

On se trouve donc, nous semble-t-il, dans le cadre des relations de couple, devant une situation plutôt paradoxale : les couples mariés veulent secouer les chaînes du mariage, sinon s'en délivrer... Tandis que les couples concubins, eux, souhaitent s'enchaîner. Les époux ne veulent plus d'obligations et aspirent à l'union libre, tandis que les concubins aspirent à une union de droit ou, plus prosaïquement, réclament des droits !

## **2. Les relations parents-enfants**

Dans tous les pays, la liberté de procréer est évidemment un droit fondamental, mais les « droits de... » ayant tendance à faire aujourd'hui moins de bruit que les « droits à... », nous poserons tout d'abord la question : « Le droit à l'enfant ? », puis nous envisagerons les droits de l'enfant.

### **2.1 Le droit à l'enfant ?**

On doit tout d'abord se demander si le droit à l'enfant existe, après quoi on s'interrogera sur le droit à une filiation, qui, lui, est bien plus certain.

#### **2.1.1 Le droit à l'enfant existe-t-il ?**

À cette question le rapport belge répond nettement : le Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à propos des procréations médicalement assistées, et la Commission européenne des droits de l'homme, à propos de l'adoption, nient l'existence d'un droit à l'enfant. En revanche, les Nations Unies proclament les droits de l'enfant, celui-ci n'étant pas un produit susceptible d'acquisition, quelles que soient les circonstances et quels que soient les moyens.

L'Argentine, la Belgique, le Brésil, la Grèce, le Japon et la Pologne n'ont pas de loi en tant que telle sur la procréation médicalement assistée (PMA) ; le Québec a, sur le sujet, un timide encadrement législatif, mais un projet de loi à l'échelle du Canada sur les techniques de reproduction

humaine et les opérations commerciales liées à cela est actuellement à l'étude.

L'Espagne a adopté, à cet égard, une loi assez libérale en 1988 et le Portugal en a une depuis 1986, qui admet une telle procréation pourvu qu'elle résulte, dans le mariage, du sperme frais du mari et, dans le concubinage, du sperme frais du concubin, mais le cas de procréation avec un tiers donneur attend l'arrivée d'un décret qui est supposé en définir les conditions, et qui ne vient pas.

Le Liban et le Koweït n'admettent la PMA que si l'épouse est fécondée avec le sperme du mari : l'enfant est alors véritablement l'enfant du mariage. Il en est de même en Turquie pourvu que la femme soit mariée et âgée d'au moins 35 ans. On protège ainsi le mariage, la légitimité.

La France a depuis peu une loi qui exige pour l'accès à la procréation que les deux membres du couple soient vivants, s'attachant ainsi, semble-t-il, à la nécessité pour l'enfant d'avoir un père et une mère. Pourtant, souligne le rapporteur français, l'adoption est ouverte aux personnes célibataires et la famille monoparentale fait florès ! En revanche, procréer après la mort va à l'encontre de l'ordre public textuel, constitue une atteinte au respect du corps humain (ce qui ne semble pas être le cas d'une recherche de paternité *post mortem*, dût-elle nécessiter l'exhumation du cadavre du supposé père ! Décision judiciaire similaire en Argentine).

Il s'avère enfin que, dans tous les pays, les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui — mère de substitution ou mère porteuse — sont considérées comme contraires à l'ordre public, comme une atteinte au respect et à la dignité du corps humain. Néanmoins, les couples japonais vont en Corée ou aux États-Unis où ils trouvent ce dont ils ont besoin pour leur négoce et les couples belges vont, aux mêmes fins, en France où les mères porteuses peuvent accoucher en toute tranquillité et faire dresser un acte de naissance déclarant l'enfant né de « mère inconnue », ce qui a été admis il y a fort longtemps dans le but de ne pas dévoiler le caractère adultérin de l'enfant !

On constate donc que la filiation fictive n'effarouche guère, mais ce n'est pas nouveau, puisque l'adoption ne date pas d'hier et que les filiations de complaisance n'ont jamais été très rares. Il est néanmoins permis de penser que l'ordre public se réorganise autour de la personne, autour de l'enfant, mais le législateur semble parfois avoir des doutes sur la direction à prendre ! Jusqu'où est-il permis d'aller ?

### 2.1.2 Le droit à une filiation

L'indisponibilité et la stabilité « sont les deux mamelles » de l'ordre public familial et, comme le souligne le rapporteur français, l'application la

plus classique de l'indisponibilité est celle des actions relatives à la filiation : ces actions ne peuvent faire l'objet de renonciation et pourtant, au nom de la paix des familles, les tribunaux ont su procéder à des aménagements qui ont échappé aux interdictions.

Certains auteurs ont enseigné jadis que les actions d'état étaient imprescriptibles. Or depuis longtemps, on applique aux actions relatives à la filiation la prescription trentenaire, tout au moins en France et au Québec lorsqu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans des délais plus courts : l'ordre public de direction s'estompe. Ce n'est cependant pas le cas en Pologne où l'enfant peut chercher à établir sa filiation paternelle jusqu'à sa mort.

On a constamment considéré, dans le cadre de l'établissement de la filiation, que la maternité était toujours certaine (sauf en France où elle peut donc être « inconnue »), alors que la paternité était toujours « occulte », d'où la fameuse et commode présomption : *Pater is est...* ! On a continuellement prôné la stabilité de la famille, plus précisément la famille légitime, sans hésiter à préférer à ces fins la vérité législative ou judiciaire à la vérité biologique. Le désaveu de paternité était enfermé dans des conditions d'une extrême rigueur et dans un temps record, ce qui est encore le cas en Pologne.

Dans la plupart des pays, ces règles ainsi que celles qui gouvernent la recherche d'une filiation ont été assouplies, même si elles demeurent sévères : toutefois, la vérité biologique l'emporte désormais sur la filiation fictive. La stabilité n'est plus recherchée comme jadis, la filiation naturelle n'est plus condamnée comme auparavant, la légitimité n'est plus un gage de bonheur. Aussi les moyens de prouver la paternité se sont-ils libéralisés. Le recours aux tests scientifiques apporte maintenant une réponse certaine à la question posée par l'enfant : « Papa aime maman, mais qui est papa ? »

Néanmoins, les règles sont nombreuses et complexes, et la mise au jour d'une filiation adultérine est diversement appréciée, car le sujet est grave. On observe d'ailleurs un mouvement de pendule en Belgique, en Espagne, en France, en Grèce, au Portugal et au Québec (*contra* : au Japon), où, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, il n'est aucunement possible de fonder un lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation, de même que nul ne peut contester une telle filiation, sauf le mari de la mère s'il n'a pas consenti à cette procréation ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci : est-ce un retour à la stabilité et donc à un ordre de direction, ou est-ce un ordre visant à protéger l'enfant, ou encore est-ce un ordre relatif à l'exécution des conventions ? Question posée par le rapporteur français. Cela signifie peut-être que la stabilité n'est pas une chose mauvaise en soi et que la protection de

l'enfant passe aussi parfois par une certaine stabilité. Cela montre également les limites de la fameuse recherche de la vérité biologique et illustre que les filiations fictives ne sont pas à rejeter (voir à cet égard les règles polonaises). D'ailleurs, l'adoption ne s'est-elle pas considérablement développée à l'époque précisément où l'on s'entichait de vérité biologique ?

On constate aussi, par exemple en Belgique, en France et au Québec, le rôle de plus en plus important de la possession d'état lorsqu'il s'agit d'établir une filiation : or, la possession d'état dévoile, comme l'a dit un auteur, la vérité du cœur et non point nécessairement la vérité biologique, et elle peut être tout aussi mensongère qu'une reconnaissance. À cet égard, le rapporteur belge nous montre comment il est possible, pour une mère, de choisir le père légal de son enfant ; le rapporteur français fait état de la multiplication des filiations de complaisance. Au Québec, en accordant à la mère célibataire le droit d'adopter son propre enfant, on lui a permis dans un passé récent de se débarrasser du père biologique avant que celui-ci ait eu le temps d'apprendre qu'il était père et de pouvoir reconnaître l'enfant ! Le droit de la filiation est un droit étonnant où l'ordre public a parfois de la difficulté à trouver son chemin.

Quant à l'adoption, à l'exception des communautés musulmanes du Liban et du Koweït qui ne la connaissent pas (mais non point en Turquie), elle fait l'objet de dispositions d'ordre public, imposées dans l'intérêt de l'enfant, qui énoncent les conditions strictes qu'adoptants et adoptés doivent remplir, les consentements qui doivent être donnés, les procédures qui doivent être suivies et les effets : la France, la Belgique et le Portugal font place, à côté de l'adoption plénière qui implique la rupture avec la filiation par le sang, à une adoption restreinte qui précisément n'implique pas cette rupture. C'est cette seule adoption restreinte que connaissent les communautés non musulmanes du Liban, ainsi que la Turquie.

Le Japon ne connaît plus que l'adoption plénière et semble faire face à des conflits imprévus et le Québec qui, lui aussi, ne connaît que l'adoption impliquant rupture et confidentialité se trouve de plus en plus souvent aux prises avec les demandes des enfants adoptés qui désirent, un jour, partir à la quête de leurs origines. Enfin, l'Espagne qui avait, elle aussi, adopté le régime de la rupture avec les parents naturels semble revenir sur cette question, en fournissant à ces derniers de meilleures garanties.

Si, dans tout pays, l'adoption fait l'objet de dispositions d'ordre public protégeant l'intérêt de l'enfant, *a fortiori* l'adoption internationale fait-elle l'objet de lois spéciales, de contrôles effectués par des organismes appropriés. L'intérêt de l'enfant requiert qu'une telle adoption soit possible, mais il exige également un examen attentif afin d'éviter toutes sortes d'abus et toutes sortes de marchés qui ont pu être perçus dans un passé relativement

récent, à une époque où certains ont pu croire qu'existait un droit à l'enfant et où d'autres ont pu penser trouver là un trafic lucratif.

## **2.2 Les droits de l'enfant**

Pendant fort longtemps, les législations nationales n'ont voulu connaître que la famille légitime et donc uniquement les enfants issus du mariage, et l'on a même hésité à reconnaître l'existence d'une famille naturelle : c'eût été porter atteinte à la légitimité.

Au fil des ans, cependant, on comprit que l'enfant n'était pas responsable de son état et sa situation juridique se modifia progressivement. Toutefois, la mise au jour d'une filiation adultérine fut difficile à faire accepter ; elle ne l'est toujours pas au Liban, au Koweït et en Turquie, alors qu'elle fut reconnue par les tribunaux québécois dès 1973. La Belgique, après une péripétie judiciaire européenne, est allée en ce sens en 1987, en édictant le principe de l'égalité de tous les enfants nés dans le mariage ou hors celui-ci ; pourtant, par le jeu de la possession d'état, priorité est donnée à la filiation dans le mariage et au choix de la mère adultère, en certaines circonstances. En France également, la situation de l'enfant adultérin, en matière de recherche de filiation, tend vers la vérité biologique et vers l'égalité avec toute autre filiation, mais l'égalité totale n'est pas encore atteinte, ce qui est aussi le cas de la Turquie.

Au contraire, depuis le 2 avril 1981, le Québec a instauré le principe de l'égalité de tous les enfants et, comme la Belgique, a supprimé les termes « légitimité », « légitimation ». C'est ce même principe d'égalité que l'on trouve au Brésil, au Portugal et en Pologne.

Généralement, les parents ont, à l'égard de leurs enfants, des devoirs impératifs : aliments, garde, éducation, entretien, et ils détiennent sur eux l'autorité. En principe, ces devoirs appartiennent au père et à la mère de même que l'autorité qui est exercée collégialement : devoirs et droit indisponibles.

On remarquera cependant, quant à l'autorité, l'existence de règles différentes, en Grèce et au Japon, selon que l'enfant est légitime ou naturel, et, en Pologne, selon que la paternité est établie ou non par voie judiciaire.

En droit orthodoxe, la garde de l'enfant est un attribut de la mère. Selon le droit musulman également, l'enfant en bas âge est confié à sa mère (obligation d'allaitement), alors que le père a seul l'obligation d'éducation et d'entretien.

L'indisponibilité de principe de l'autorité parentale est cependant atténuée, dans ses modalités d'exercice, et ce recul est particulièrement visible lors de la rupture de l'union : qui assumera la garde de l'enfant, qui paiera ? Toute décision à cet égard ne peut être prise que dans l'intérêt de

l'enfant et devrait donc normalement être soumise au contrôle judiciaire. Cependant on a déjà vu que les ententes étaient privilégiées et, reprenant la formule du rapporteur français, « tout est négociable sans modèle défini... » Certes, tout est négociable, mais la négociabilité connaît des limites lorsqu'elle risque d'empiéter sur le droit des autres, en l'occurrence sur ceux des enfants, ou même lorsque le rapport de force entre les époux s'avère inégal. Le recul de l'ordre classique est donc rééquilibré par l'essor de l'ordre public destiné à protéger les enfants ou à protéger les consentements.

Enfin l'égalité des enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, se vérifie encore dans le droit successoral de la plupart des pays, sauf dans les communautés non musulmanes du Liban où les enfants naturels ont des droits moindres, de même qu'en Turquie, et dans les communautés musulmanes où l'inégalité apparaît alors entre les garçons et les filles, au détriment de ces dernières.

### Conclusion

Il apparaît que, globalement, l'ordre public traditionnel, qui nous montrait une famille bâtie et organisée sur un modèle unique, imposé à tous, au nom d'un intérêt général supérieur aux intérêts de chacun, au nom de l'intérêt de la collectivité, connaît un déclin certain. L'indisponibilité, la stabilité et la durée ne sont plus les valeurs sûres du jour. Les intérêts individuels ont tendance à vouloir s'imposer et à occuper le terrain, les revendications sont nombreuses, mais on sent que l'on ne peut pas laisser la famille aller à vau-l'eau et qu'il est nécessaire de trouver des valeurs de rechange ou des valeurs refuges. Aussi se raccroche-t-on à de multiples ordres ou principes : protection de la personne, de l'intérêt de l'enfant, des consentements, égalité, collégialité, partage, solidarité. *A priori*, cela fait un peu désordre, d'autant plus qu'entre eux les conflits ne sont pas exclus qui nécessitent alors des arbitrages délicats. Cependant, en définitive, ces ordres ne tournent-ils pas autour des droits de la personne et du respect qui lui est dû dans sa vie intime, qui peut être aussi une vie familiale à contenu variable !

Si l'on est optimiste, sans doute peut-on dire, avec le rapporteur français, que « d'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société, présumé assurer celui de l'individu, on passe à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu, présumé assurer celui de la société ». Toutefois, il est permis d'être moins optimiste, de craindre le galvaudage de certains intérêts, tels ceux de l'enfant, ou de certains principes et de se demander où conduit le chemin de la privatisation de la famille, même si, ou surtout si ledit chemin est fléché, comme en Europe, par un ordre public supranational qui, comme le souligne le rapporteur belge, risque d'être plus imprévisible encore que le « sable mouvant » de l'ordre public traditionnel.