

(Re)compositions familiales

Article 16

1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.
2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.
3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a le droit à la protection de la société et de l'État.

Danièle Lochak

Vice-présidente de la LDH.

L'article 16 porte, dans son contenu comme dans sa formulation, la marque de l'époque et des circonstances dans lesquelles il a été adopté. Les deux premiers alinéas proclament un double principe de liberté et d'égalité.

Le principe de liberté se manifeste à la fois dans l'affirmation du droit de se marier et de fonder une famille et dans la subordination du mariage au « libre et plein consentement » des futurs époux. On ne peut interdire à quiconque de se marier, on ne peut pas non plus contraindre quelqu'un à se marier. Cette disposition porte donc condamnation des mariages forcés, dont les femmes sont les principales victimes.

Toutefois, les rédacteurs n'ont pas consacré le droit de divorcer, bien qu'on puisse le considérer comme le corollaire de la liberté de se marier et qu'il conditionne à tout le moins, la liberté de se remarier. Cette absence peut s'expliquer par

la valorisation du mariage et par la place fondamentale reconnue à la famille, conformément aux conceptions dominantes de l'époque. L'affirmation d'égalité comporte aussi deux dimensions. Contre les systèmes de castes, contre les législations religieuses, contre les régimes totalitaires qui ont interdit dans le passé ou interdisent encore les mariages à certains individus en raison de leurs convictions ou de leurs origines, la DUDH proclame le droit de se marier sans discrimination liée à la race, à la nationalité ou à la religion. Mais elle proclame aussi l'égalité entre époux, entre l'homme et la femme, qui « ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». En 1948, cette proclamation représente une avancée incontestable, car l'égalité entre époux est loin d'être la règle dans la plupart des pays, y compris les démocraties occidentales. La portée du 3^e alinéa est plus ambi-

guë. L'affirmation « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société » a une tonalité plutôt conservatrice. La protection qui lui est due de la part de la société et de l'État peut être interprétée comme une incitation à conserver au mariage, son statut privilégié – d'autant que la formulation du premier alinéa semble lier le droit de se marier et celui de fonder une famille – et comme justifiant par voie de conséquence un statut discriminatoire pour les enfants naturels et *a fortiori* adultérins. On peut toutefois l'interpréter aussi comme une défense de la sphère privée contre les ingérences de l'État et une dénonciation implicite des pratiques des régimes totalitaires. Les dispositions de l'article 16 ont été reprises sous des formes variables dans les textes ultérieurs. En France, comme dans les autres pays de tradition chrétienne, le droit de se marier, fondé sur le libre consentement des deux époux, a toujours existé, tandis que la laïcisation de l'institution a permis de garantir l'absence de discrimination dans l'accès au mariage. L'égalité des époux, en revanche n'a été acquise que tardivement. Il faut attendre 1970 pour que le mari ne soit plus « le chef de la famille » et pour que soit substituée l'autorité parentale à la puissance paternelle; 1975 pour que disparaisse le droit pour le mari de choisir le lieu de la résidence familiale et 1985 pour que soit affirmée l'égalité des époux dans l'administration des biens communs. La réforme de 2002 a fait disparaître la dernière discrimi-



mination qui subsistait en supprimant la transmission automatique aux enfants du nom du père: le nom « patronymique » fait place au « nom de famille », librement choisi par les époux. On peut mentionner aussi la réforme qui, en 2006, a aligné l'âge du mariage des filles – fixé en 1804 à 15 ans – sur celui des garçons: 18 ans. Outre que cette différence était devenue désuète, elle rendait plus difficile la lutte contre les mariages forcés. Le droit de se marier et le droit de fonder une famille conservent aujourd'hui toute leur actualité mais doivent être réinterprétés et adaptés pour tenir compte d'évolutions sociologiques majeures comme la généralisation du divorce, l'apparition de nouvelles formes de conjugalité ou la multiplication corrélative des naissances hors mariage. La Cour européenne des droits de

l'Homme a ainsi été amenée à reconnaître que la protection de la vie familiale s'étendait au-delà de la cellule constituée par le couple marié et les enfants directement issus de leur relation ou encore que les différences de traitement entre enfants nés dans le mariage et hors mariage étaient discriminatoires. Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont désormais appréhendés comme deux droits distincts et non plus interdépendants: ce qui a amené la même Cour à reconnaître aux transsexuels le droit au mariage, car le fait qu'un couple est dans l'incapacité de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait le priver du droit de se marier. C'est cette dissociation qu'ont voulu marquer aussi les rédacteurs de la Charte européenne des droits fondamentaux qui garantit « le droit de se marier et le droit de fonder une famille »,

sans plus faire de surcroît référence à l'homme et à la femme. La Charte a, ce faisant, laissé la porte ouverte à d'autres évolutions: car le droit de se marier et le droit de fonder une famille, impliquant celui d'avoir des enfants, est désormais revendiqué aussi pour les couples de même sexe, sur la base du refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

De plus en plus nombreux sont les pays qui reconnaissent les unions entre couples de même sexe, que ce soit sous la forme d'un « partenariat enregistré » ouvrant à ceux-ci des droits équivalents à ceux du mariage ou sous la forme du Pacte civil de solidarité (Pacs) adopté en France en 1999, à mi-chemin entre le concubinage et le mariage, et ouvert à tous les couples. Le Pacs toutefois, confère moins de droits et de prérogatives que le mariage, auquel les couples homosexuels n'ont pas accès. La seule façon d'établir une parfaite égalité entre les couples est d'élargir à tous le droit au mariage, comme l'ont déjà fait de nombreux pays: la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne, en Europe, le Canada, le Massachusetts aux États-Unis. Dans plusieurs pays également les couples de même sexe ont obtenu le droit d'adopter des enfants. Une évolution irréversible est donc ici en cours. Ces progrès ne sauraient masquer que les principes de liberté et d'égalité proclamés par la Déclaration universelle sont encore loin d'être acquis, aujourd'hui, dans l'ensemble des États de la planète. Dans les pays démocratiques eux-mêmes, les politiques dites de « maîtrise des flux migratoires » entravent de façon croissante le droit des étrangers de vivre en famille et même leur droit de se marier. Réclamer pour tous, et sans discrimination, le droit de se marier, le droit de fonder une famille, et la protection du droit de vivre en famille est donc une revendication toujours actuelle. ●