

Le nouveau Code civil brésilien : changements culturels et permanence dans la protection des relations familiales

Maria Claudia Crespo Brauner

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043844ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043844ar>

[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 revision of the Brazilian Civil Code with regard to the protection of family relations makes necessary the need to know the social transformations that have stimulated renewed interest in the concept of codification. In a pluralistic society, rising to answer the needs in substantive law for consistency, adaptability and universality is indeed a considerable challenge. Did the normative and jurisdictional confusion that affected family law justify the adoption of a new code to organize Brazilian society? Has substantive law finally succeeded in striking a balance between the former rules concerning marriage and parental relations, and the new constitutional principles that organize society? It seems interesting to present the re-codification of family law in Brazil, while dwelling on the question to what extent the new Brazilian Code will have made it possible to clarify and unify the legal concepts underlying the protection of family life.

Cite this article

Brauner, M. C. C. (2005). Le nouveau Code civil brésilien : changements culturels et permanence dans la protection des relations familiales. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 379–395. <https://doi.org/10.7202/043844ar>

Le nouveau Code civil brésilien : changements culturels et permanence dans la protection des relations familiales

Maria Claudia CRESPO BRAUNER*

La révision du Code civil brésilien concernant la protection des relations familiales impose de connaître les transformations sociales qui ont suscité un regain d'intérêt pour l'idée de codification. Répondre, dans une société pluraliste, aux besoins de constance, d'adaptabilité et d'universalité du droit s'avère un grand défi. Le désordre normatif et jurisprudentiel qui touchait le droit de la famille justifiait-il l'adoption d'un nouveau code pour organiser la société brésilienne ? La loi a-t-elle finalement réussi à établir un équilibre entre les anciennes règles concernant le mariage et la parenté et les nouveaux principes constitutionnels qui organisent la société ? Il semble intéressant de présenter la recodification du droit de la famille au Brésil, tout en se demandant dans quelle mesure le nouveau code brésilien aura permis de clarifier et d'unifier le droit concernant la protection de la vie familiale.

The revision of the Brazilian Civil Code with regard to the protection of family relations makes necessary the need to know the social transformations that have stimulated renewed interest in the concept of codification. In a pluralistic society, rising to answer the needs in substantive law for consistency, adaptability and universality is indeed a considerable challenge. Did the normative and jurisdictional confusion

* Professeure et chercheuse en droit civil et biodroit, Université de Caxias do Sul (Brésil); docteure en droit privé, Université de Rennes (France).

that affected family law justify the adoption of a new code to organize Brazilian society? Has substantive law finally succeeded in striking a balance between the former rules concerning marriage and parental relations, and the new constitutional principles that organize society? It seems interesting to present the re-codification of family law in Brazil, while dwelling on the question to what extent the new Brazilian Code will have made it possible to clarify and unify the legal concepts underlying the protection of family life.

	<i>Pages</i>
1 Le renouveau du droit de la famille au Brésil	381
1.1 La constitutionnalisation du droit de la famille	382
1.2 Les nouvelles notions de mariage et de parenté dans les sociétés pluralistes ...	384
2 Les dilemmes du nouveau droit de la famille après l'entrée en vigueur du Code civil de 2002	387
2.1 L'acceptation et le primat de l'affectif	390
2.2 L'aménagement du droit à la complexité des situations familiales	393
Conclusion	395

En janvier 2002, au terme d'un long processus rédactionnel, le Brésil a abandonné le corpus législatif basé sur le Code civil de 1916 et a adopté un nouveau code civil¹. Le projet initial de nouveau code était de 1975, mais les multiples révisions effectuées pour intégrer les changements importants survenus au sein de la société brésilienne ont retardé l'adoption d'un code à la fois très attendu et fort controversé.

Le processus de démocratisation du pays marqué par la fin de la dictature militaire, l'organisation des premières élections libres au cours des années 80 et surtout la promulgation de la Constitution fédérale en 1988² ont changé l'histoire du Brésil et proclamé la naissance d'une société fondée sur le respect des libertés et des droits fondamentaux.

1. Loi n° 10.406 du 10 janvier de 2002. L'entrée en vigueur a eu lieu le 11 janvier 2003.

2. Constitution de la République fédérative du Brésil, publiée dans le *Diário Oficial da União*, n° 191-A, le 5 octobre 1988.

La Constitution fédérale de 1988 a remis en cause les dispositions du Code civil de 1916 en soumettant à un contrôle systématique de constitutionnalité les dispositions dudit code. Ce contrôle a été le fait des tribunaux, fortement influencés dans leurs décisions par la doctrine, et a conduit à une réforme progressive des dispositions du droit de la famille.

Le Code civil de 1916 suivait le modèle de la codification napoléonienne, mâtiné d'influences du droit allemand. En droit de la famille, il faisait peser un despotisme sur la femme et l'enfant, se refusait à reconnaître le concubinage et instituait des discriminations envers les enfants adoptifs ou nés hors mariage.

Bien que l'histoire récente du droit brésilien de la famille soit placée sous le signe d'une lente et progressive adaptation de la loi aux nouvelles valeurs de la société civile, ce parcours a été parsemé d'embûches en raison de l'influence importante de la tradition catholique dans la conception du mariage et de la moralité sexuelle.

Les contradictions jurisprudentielles dans l'interprétation du Code civil de 1916 au regard de la Constitution fédérale de 1988 justifiaient la production de nouvelles lois régissant le droit de famille, et de façon plus générale le modèle de régulation juridique et elles se devaient de répondre aux aspirations de la société. Après l'abandon de l'idée de codification depuis plus de vingt ans, le choix politique a été celui de la mise en place d'un nouveau code dans un esprit de système et de totalité.

Nous proposons d'exposer ici le nouveau droit de la famille au Brésil en deux parties : dans un premier temps, nous tenterons de présenter et d'expliquer les nouveaux principes qui caractérisent le droit de la famille à partir de la Constitution fédérale de 1988 ; dans un second temps, nous soulignerons les dilemmes du nouveau droit de la famille après la promulgation du Code civil de 2002.

1 Le renouveau du droit de la famille au Brésil

Après la démocratisation du pays, des temps nouveaux devaient pourtant s'annoncer. Un droit de la famille d'une société rurale, patrimonialiste et conservatrice ne pouvait pas être en harmonie avec la nouvelle société brésilienne, urbaine, industrialisée et qui réclamait de la liberté et de l'égalité, également dans les relations privées.

Dans sa nouvelle conception, le droit brésilien a voulu abandonner la vision individualiste de la famille, où celle-ci n'existait pas en tant que telle, mais seulement comme un des lieux de l'existence sociale des individus, et lui substituer une famille perçue comme une importante institution sociale

favorable à l'épanouissement des individus, où chaque membre est aussi considéré individuellement³.

À une époque plus récente, le droit de la famille s'est enrichi d'autres préoccupations que la transmission du nom et du patrimoine : « [pour] le citoyen d'aujourd'hui [la famille] remplace avantageusement, comme lieu des relations interpersonnelles, une société devenue, dit-on, un désert psychologique⁴ ».

Une dimension constitutionnelle donc a été reconnue au droit de la famille au Brésil, ce qui a inspiré la formulation de nouvelles lois, d'une nouvelle doctrine et, par conséquent, d'une jurisprudence innovatrice. Le droit de la famille a ainsi été modifié en profondeur en vue de s'adapter à l'évolution des mentalités.

Pour souligner l'aspect inéluctable de l'évolution du droit de la famille, il convient de montrer que le législateur est bel et bien placé devant une nouvelle réalité : il doit remplacer les textes périmés par des principes qui puissent assurer le pluralisme des mœurs et le respect du droit des citoyens.

1.1 La constitutionnalisation du droit de la famille

La protection de la famille, de l'enfant, de l'adolescent et des personnes âgées fait l'objet du chapitre VII de la nouvelle Constitution. Six articles, allant de l'article 225 à l'article 230, prévoient les droits de tous les membres de la famille, cette dernière étant conçue à partir de divers modèles familiaux : la famille du mariage, la famille des unions libres entre homme et femme, la famille monoparentale et la famille adoptive.

Le texte constitutionnel a établi l'égalité entre les époux, l'égalité entre les enfants et, par conséquent, l'interdiction de toute discrimination envers les enfants nés hors mariage ou adoptifs⁵. L'élargissement des liens de conjugalité et de filiation a fait basculer le système de l'ancien code civil fondé dans le mariage et la filiation légitime.

Cette dimension constitutionnelle a influé sur le nouveau droit civil de la famille au Brésil. Qualifié de constitutionnalisation du droit privé,

3. J. COMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, p. 150.

4. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 12.

5. M.C. CRESPO BRAUNER, *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*, thèse de doctorat, Rennes, Université de Rennes I, 1993, p. 70-88.

le phénomène marque une nouvelle conception très répandue du droit civil⁶.

Ainsi, «la Constitution Fédérale a imposé au droit civil l'abandon de la position patrimonialiste héritée du XIX^e siècle, notamment du Code napoléonien, se dirigeant vers une conception dans laquelle on privilégie le développement humain et la dignité de l'être humain considéré concrètement dans les relations interpersonnelles et visant son émancipation⁷».

La dignité de la personne humaine et la recherche d'une justice sociale ont permis d'octroyer une valeur juridique à l'affection et à ses manifestations. Et cela, d'une manière très innovatrice dans la doctrine et la jurisprudence plus récente⁸.

Cette démarche implique une redécouverte du droit privé, que transpose la préoccupation des questions liées au patrimoine, et va se pencher vers les situations existentielles de l'être humain, sa dignité, le pluralisme et la liberté⁹.

La reconnaissance de la pluralité des situations familiales, la place réservée à l'autonomie des individus, l'égalité des droits entre les époux et l'égalité des droits entre les enfants légitimes et les enfants nés hors mariage représentent les piliers de la réforme.

L'analyse des changements importants survenus dans le droit brésilien montre à la fois la recherche de solutions concrètes et une vision du droit

-
6. Dans le contexte du droit brésilien, l'introduction d'une nouvelle approche méthodologique pour la compréhension du rôle des principes constitutionnels dans les relations privées a mené à la reconnaissance du caractère normatif de ces principes dans les matières du droit civil. Cela a donné lieu à la doctrine du droit civil-constitutionnel. Voir P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999; I.W. SARLET (dir.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; G. TEPEDINO (dir.), *A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002; G. TEPEDINO (dir.), *Problemas de Direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
 7. L.E. FACHIN, «Le juriste de demain et la connaissance du Code civil», dans C. LARROUMET (dir.) et M. TAPIA (coord.) *Actes du Congrès international: L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, Paris, Sénat, 2004, p. 160.
 8. La reconnaissance des droits aux couples vivant en union libre, la reconnaissance par la jurisprudence des unions entre personnes de même sexe et la protection de la possession d'état de l'enfant servent à démontrer la préoccupation de l'État en vue d'octroyer des effets juridiques aux manifestations de la vie familiale qui ne sont pas fondées sur le mariage ou le lien de parenté génétique entre les personnes.
 9. Voir J. MARTINS-COSTA et G.L.C. BRANCO, *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 181.

plus adaptée à la réalité des familles au Brésil. C'est en fait la recherche d'une loi vivante avec moins de contraintes, libre de pesanteurs d'ordre moral. La famille renouvelée, et qui a survécu à toutes les turbulences économiques et politiques survenues ces derniers temps au Brésil, méritait en effet de recevoir une autre interprétation par le droit.

1.2 Les nouvelles notions de mariage et de parenté dans les sociétés pluralistes

Le changement des mœurs dans la société brésilienne a révélé le pluralisme des modèles familiaux, chaque modèle voulant garder son style de vie et ses choix. Par ailleurs, le pluralisme juridique conduit à la conception de lois ouvertes et de statuts particuliers qui vont assurer la protection et les droits de chaque communauté¹⁰.

Des pratiques et des représentations nouvelles ont influé de manière importante sur le modèle culturel de la famille et, même si les rapports entre les sexes n'en demeurent pas moins dominés par un « certain patriarcat » dans la société brésilienne, l'amélioration de la condition de la femme sous l'angle économique et culturel a diminué l'écart entre les rôles féminin et masculin dans les relations de famille. Cependant, les mouvements féministes continuent à demander plus d'égalité et des conditions propices à l'exercice effectif des droits et des libertés individuelles des femmes¹¹.

Du côté masculin, la paternité contemporaine relève plus que jamais de la volonté du père d'assumer sa paternité d'une manière consciente et participative et d'accepter de nouvelles responsabilités dans l'exercice des fonctions parentales. Toutefois, il existe encore un nombre important d'hommes qui ne reconnaissent pas leur enfant à la naissance, ce qui démontre que la contraception demeure un sujet tabou pour les hommes au Brésil. En effet, le refus du père de reconnaître l'enfant est à l'origine des nombreuses actions en recherche de paternité, où le contrôle de la véracité exige les expertises génétiques, auxquelles souvent les hommes visés refusent de se soumettre. Cette situation crée d'importants préjudices à l'enfant, notamment quand la mère ne peut en assurer l'entretien et l'éducation.

10. Dans ce sens, le pluralisme de sources législatives, la mise en place de statuts particuliers et autonomes ainsi que l'instauration de microsystèmes semblent caractériser le droit de la postmodernité.

11. Dans l'ensemble de l'Amérique latine et notamment au Brésil, les mouvements féministes demeurent un enjeu important pour la démocratisation politique ainsi que l'intégration des femmes et leur citoyenneté sociale.

L'accès de l'enfant à ses deux parents, une plus grande solidarité parentale et le partage des responsabilités doivent remplacer le modèle traditionnel du rôle masculin aussi dans la reproduction et la contraception. Le refus d'être parent suppose la pratique de la contraception dans une conception d'égalité et de responsabilité.

C'est pourquoi la formulation d'une nouvelle culture juridique conduit à la reconnaissance d'une politique de protection des familles, un système qui devient perméable à la liberté de l'affection et qui rend moins difficile la manifestation de volonté des parties lors des conflits. Il s'agit de promouvoir la protection de la famille et de chacun de ses membres pris individuellement, la protection de l'individu reposant sur les principes du respect de la dignité de la personne humaine et du droit à l'intimité et à la liberté. Carbonnier avait reconnu que « le droit civil ayant décidément épousé les Droits de l'homme, c'est la valeur de la personne humaine qui prend le dessus¹² ».

Une telle prise de position démontre que la résolution des conflits familiaux par le recours au pouvoir judiciaire conduit à percevoir la réalité et la diversité sociale brésilienne et la prédominance de disparités très marquées en ce qui concerne les aspects culturels et économiques.

L'organisation familiale étant toujours vouée aux changements, le droit de la famille doit s'adapter aux mœurs sous peine d'être arbitraire. Toutefois, le droit brésilien est resté figé pendant longtemps, ne répondant guère aux demandes de la majorité de la société. À titre d'exemples, le divorce a dû attendre un amendement constitutionnel en 1977, tandis que l'égalité entre les époux, la fin des discriminations envers les enfants nés hors mariage et la reconnaissance de l'union consensuelle entre l'homme et la femme ont été consacrées par la promulgation de la Constitution en 1988¹³.

En outre, le système d'établissement de la filiation du Code civil de 1916 a démontré son dépassement et ses contradictions devant les découvertes des nouvelles biotechnologies, notamment les expertises des empreintes génétiques et les techniques de reproduction assistée.

C'est en effet tout le modèle de la famille patriarcale et hiérarchisée qui a basculé. La dichotomie insoutenable entre les principes constitutionnels qui proclamaient l'égalité et interdisaient la discrimination fondée sur le

12. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, p. 2.

13. Sur l'évolution historique du droit de la famille, voir A. WALD, *Curso de Direito Civil brasileiro. O novo Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 9-33.

sexe et les conditions de naissance, par rapport aux règles du Code civil du début du siècle dernier, devait disparaître.

Nous avons souligné que le projet de nouveau code civil au Brésil est apparu en 1975, en pleine période de la dictature militaire. Le processus de démocratisation du pays survenu à la fin des années 80 a entraîné l'abandon de ce projet initial qui était le reflet d'une époque révolue. Quant au processus de constitutionnalisation du droit civil, à la suite de la promulgation de la Constitution en 1988, il a fait apparaître une inquiétante production de lois vouées à l'actualisation du droit, notamment en droit de la famille. En fait, de nombreuses lois ont été édictées : le *Statut de l'enfant et de l'adolescent* en 1990¹⁴, deux lois pour simplifier le divorce en 1989¹⁵ et en 1992¹⁶, une loi pour l'établissement de la filiation hors mariage en 1992¹⁷ et deux lois spéciales en vue de créer le statut de l'union libre¹⁸ en 1994¹⁹ et en 1996²⁰.

En effet, le désordre législatif a laissé une lourde tâche aux juristes, avocats et magistrats. Il fallait mettre fin à la dispersion de la matière familiale. Évidemment, cette fragmentation a fait ressurgir l'idée d'une nouvelle codification pour donner plus d'unité et d'intelligibilité aux textes. Le regain de faveur et d'intérêt pour l'idée de recodification s'est traduit par une volonté politique d'unification et de connaissance du droit. Les effets bénéfiques de la codification peuvent être un facteur d'unité politique et d'intégration sociale, mais ils sont souvent contrebalancés par des conséquences moins intéressantes, soit le risque de renouveau d'une approche positivisme légaliste, l'oubli de la composante historique dans la formation du système juridique et la perte de la recherche du droit juste pour s'en tenir à la seule expression de la norme codifiée²¹.

14. Loi n° 8.069 du 13 juillet 1990.

15. Loi n° 7.841 du 17 octobre 1989.

16. Loi n° 8.408 du 13 février 1992.

17. Loi n° 8.560 du 29 décembre 1992 (recherche de paternité des enfants nés hors mariage).

18. L'union libre est définie comme l'union de fait entre un homme et une femme caractérisée par la vie commune.

19. Loi n° 8.971 du 29 décembre 1994 (droits des compagnons à la succession).

20. Loi n° 9.278 du 10 mai 1996 (reconnaissance de l'union libre entre un homme et une femme).

21. B. OPPETT, *Essai sur la codification*, coll. « Droit, éthique et société », Paris, PUF, 1998, p. 21.

2 Les dilemmes du nouveau droit de la famille après l'entrée en vigueur du Code civil de 2002

Le processus de codification n'a pas traduit une uniformité politique et idéologique en vertu du décalage entre le contexte politique du début et de la conclusion de son élaboration. Une telle situation renvoie à la complexité axiologique de la nouvelle codification relativement à son interprétation²².

Après des années d'oubli du projet de code, la nouvelle codification a été promulguée rapidement et son entrée en vigueur a eu lieu le 11 janvier 2003. Cependant, les limites de l'innovation apparaissent rapidement, car il n'y a pas eu un débat approfondi sur les questions du droit de la famille avec la participation de la société civile et avec les juristes qui étaient les acteurs de la nouvelle doctrine de la constitutionnalisation du droit civil.

Tepedino avait écrit que le projet de nouveau code méritait deux remarques : [Tout] d'abord d'un point de vue technique, la proposition de loi méconnaissait les profondes altérations apportées au droit de la famille par la Constitution de 1988, et la riche législation qui suivit cette réforme et, deuxièmement, le fait que le code n'a pas pris en compte l'importante jurisprudence déjà consolidée par l'expérience constitutionnelle des dernières dix années²³.

Les nombreuses critiques adressées au Code civil concernant notamment le droit de la famille ont été à l'origine de la formulation des projets de loi pour le modifier et l'adapter aux principes constitutionnels érigés pour la protection des familles. Le Code civil de 2002 laisse entrevoir les contradictions et la tension entre une conception ancienne et nouvelle de la famille.

L'exclusivité de la famille légitime en tant que structure familiale légalement organisée appartient au passé. Or le mariage figure toujours en bonne place dans le Code civil, et la famille de l'union libre a été placée à la fin du chapitre qui concerne le droit de la famille.

Certaines dispositions du nouveau code ont repris les formules mêmes de l'ancien, le titre du mariage restant marqué d'une grande permanence, à

22. G. TEPEDINO, « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 », dans G. TEPEDINO (dir.), *A parte geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, op. cit., note 6, p. XVIII.

23. G. TEPEDINO, « O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa », dans G. TEPEDINO (dir.), *Problemas de direito civil-constitucional*, op. cit., note 6, p. 9.

part la possibilité de changement du régime matrimonial pendant le mariage et l'insertion d'un nouveau régime de participation aux acquêts²⁴.

La présomption de paternité du mari de la mère demeure un des piliers du droit de la filiation. Le monopole du mari pour les actions en désaveu de paternité et l'absence de délai prescriptif porte atteinte à la stabilité d'état de l'enfant²⁵. Il faudrait repenser la notion de « vérité biologique » et protéger la filiation établie par la possession d'état de l'enfant.

Des exemples importants peuvent illustrer quelques dilemmes qui découlent du nouveau code. Celui-ci a créé des restrictions à la reconnaissance de l'union libre entre l'homme et la femme. Le Code civil prétend insister sur la possibilité de conversion de cette union libre en mariage comme pour « normaliser » les unions informelles²⁶. Dans ce cas, l'autonomie et la liberté des individus dans le choix du modèle de vie familiale semblent être détournées et ne pas répondre aux attentes affectives et identitaires de chacun.

Les lois 8.971 de 1994 et 9.278 de 1996 attachent à l'union libre des conséquences juridiques en droit civil de la famille et sur le plan patrimonial, notamment les bénéfices du régime de la communauté réduite aux acquêts, le devoir d'assistance mutuelle, la pension alimentaire et le droit à la succession du conjoint de fait.

Or, si la famille informelle constitue une solution de rechange au modèle du mariage et sert en outre à la reconnaissance de la pluralité de situations familiales prévues dans les dispositifs de la Constitution, pourquoi cette conception n'a-t-elle pas été inscrite dans le Code civil ? En fait, la place de l'union libre y reste marginale, les cinq articles placés à la fin du chapitre (art. 1.723-1.727) réduisant nettement le champ d'application des lois antérieures.

D'autre part, le Code civil prétend insister pour que le mariage soit la source de toute famille en décourageant les personnes de choisir l'union libre par l'entremise de restrictions sévères aux droits patrimoniaux des conjoints de fait. Il reste clair que le Code civil a voulu redonner la supériorité au modèle du mariage en laissant l'union libre soumise à une véritable « course à obstacles » pour être reconnue en tant que famille.

En ce qui concerne le mariage, encore une fois les articles du Code civil qui portent sur la séparation de corps sont contraires à l'esprit de la Constitution. La simplification des actes de procédure en vue de laisser plus de

24. Voir les articles 1.639, 2 et 1.672-1.686 du Code civil, São Paulo, Saraiva, 2003.

25. Voir l'article 1.601 du Code civil.

26. Voir l'article 1.726 du Code civil.

place à la volonté et à l'autonomie des conjoints va se heurter à l'exigence de fautes du conjoint pour que la séparation de corps soit prononcée. Le lien du mariage redevient plus résistant à la rupture selon les dispositions du nouveau code. Pour mettre fin à la vie commune, il faut prouver une faute qui rend impossible la continuation du mariage pour que la requête soit acceptée²⁷. La jurisprudence avait adopté jusqu'alors la notion de rupture de l'affection ou de fin de l'amour conjugal pour autoriser la séparation de corps à la demande formulée par un des conjoints.

S'agissant de la demande en divorce, le Code civil a repris cette fois les dispositions constitutionnelles en l'autorisant aux conjoints en mesure de prouver soit la rupture de la vie commune pendant deux ans, soit la séparation de corps prononcée depuis un an²⁸.

En dépit du silence du Code civil sur les droits des couples homosexuels, cela n'a pas empêché certains juges d'autoriser la reconnaissance des ces unions depuis 1999 et de leur reconnaître des effets patrimoniaux²⁹. Aussi, des juges se sont montrés favorables à l'adoption d'un enfant par une personne célibataire qui vit en union stable avec un compagnon du même sexe lorsqu'elle fait preuve des aptitudes pour être parent³⁰. Cette tendance sert à démontrer que les chemins de l'acceptation ont été franchis pour la reconnaissance du couple et de la famille homosexuelle.

Un courant conservateur des juristes et de la doctrine civiliste soutient que les unions homosexuelles ne peuvent pas bénéficier du statut juridique de couple, la notion de ménage étant rattachée nécessairement au couple hétérosexuel. Pourtant, la reconnaissance de la conjugalité homosexuelle est déjà une réalité dans divers pays. Au nom du principe de l'égalité, « la nature des mœurs individuelles ne peut être la base d'une quelconque discrimination sociale³¹ ». Chaque individu, quel que soit son sexe, doit jouir de la plénitude de ses droits civils et avoir accès à un modèle familial.

Malgré, d'une part, la résistance d'une grande partie de la doctrine et, d'autre part, l'omission du Code civil par rapport à l'union entre personnes du même sexe, l'union civile devait être reconnue et considérée en tant

27. Voir l'article 1.572 du Code civil.

28. Voir l'article 1.580 du Code civil.

29. Le Tribunal de justice de l'État du Rio Grande do Sul reconnaît les unions libres de couples homosexuels en leur attribuant tous les droits qui sont autorisés aux couples hétérosexuels en application de l'analogie et sous fondement des principes constitutionnels de la dignité humaine et de l'égalité, São Paulo, Peres, 1992.

30. L'article 42 du *Statut de l'enfant et de l'adolescent*, la loi 8.069/90 et l'article 1.618 du Code civil autorisent l'adoption par une seule personne majeure de 18 ans.

31. D. BORRILLO, *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 117.

que relation affective à laquelle il est possible de rattacher des effets patrimoniaux tels que le partage des biens communs, les bénéfices d'assurance, le droit au bail de l'immeuble où habitait le couple et le droit à la succession.

Pour ce qui est du droit de la filiation, notamment dans le cas de la protection des enfants et de l'exercice de l'autorité parentale, il existe également des critiques qui permettent de constater encore une fois les contradictions dudit code à l'égard de la conception d'égalité entre les enfants et la protection de son intérêt prévues par la Constitution et les anciennes conceptions des relations parents-enfants de la famille patriarcale du Code civil de 1916.

Cette dichotomisation se trouve dans la question de l'exercice de l'autorité parentale : d'après l'article 1.638,I du Code civil, les parents gardent le droit de correction physique sur leurs enfants, et ce, en continuité avec la conception de 1916. Selon le nouveau code, pour autoriser le retrait de l'autorité parentale, il sera nécessaire que les mauvais traitements envers l'enfant soient continus ou immodérés³². Il faut rappeler que la Constitution actuelle prévoit l'assistance à la famille et la création de mécanismes pour éviter toute violence dans les relations familiales³³.

Le Code civil n'a donc pas adopté les conceptions prévues par la doctrine de la protection intégrale de l'enfant et la notion de l'intérêt supérieur de ce dernier, selon la *Convention des droits des enfants* de l'Organisation des Nations Unies (ONU)³⁴, ni la disposition prévoyant la protection intégrale des droits de l'enfant mentionnée dans le *Statut de l'enfant et de l'adolescent* — Loi 8.069, de 1990³⁵.

Les dispositions du Code civil à ce sujet sont évidemment inadaptées lorsque la doctrine se penche sur les droits des enfants et met en relief une nouvelle notion d'exercice de l'autorité parentale fondée sur le respect de l'intégrité physique et psychologique de l'enfant.

2.1 L'acceptation et le primat de l'affectif

Au fil des siècles, la famille ne cesse de se réinventer et témoigne ainsi à la fois de l'infinie malléabilité des rapports humains et des variations complexes de l'articulation entre l'affection, le sexe, la filiation et le

32. Voir l'article 1.638,I du Code civil.

33. Voir l'article 226,8 de la Constitution.

34. ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, préambule, Paris, DEI/UNICEF, 1989.

35. Voir les articles 3 à 6 du *Statut de l'enfant et de l'adolescent*.

patrimoine. Les transformations de la notion de famille sont suffisamment riches dans la culture brésilienne, pour qu'il soit possible d'établir plus d'un modèle de famille.

Si autrefois la famille était considérée comme une unité de production économique, les enfants représentaient une main-d'œuvre gratuite et le mariage trouvait sa justification dans la garantie de stabilité et de sécurité nécessaires au groupe familial, tandis que la notion de sentiment amoureux devient aujourd'hui le fondement de la relation conjugale.

L'amour a longtemps été perçu comme un instrument de perturbation et de désordre dans le couple. La sentimentalité devait être gardée dans un petit jardin secret. Le bonheur comme fondement du mariage est très récent et doit être compris dans un sens large et évolutif³⁶.

L'acceptation de l'affectif s'est manifestée par l'assouplissement des conditions d'accès au divorce ou à la séparation de corps. Le *ratio* du mariage étant l'amour, la fin du sentiment marque la rupture de la société conjugale. La recherche du bonheur par la vie de couple semble être devenue la quête de l'épanouissement individuel. Pourtant, le droit doit simplifier et rendre moins dramatique la rupture des mariages, laisser la place à la volonté individuelle et réduire les injustices lors du partage de biens et des obligations découlant du lien de mariage rompu.

Désormais, les enfants du couple sont les enfants du désir, la naissance de l'enfant représentant l'accomplissement des projets du couple grâce à des moyens de contraception plus efficaces. L'exercice de la planification familiale réduit les naissances non désirées même si la loi pénale brésilienne interdit toujours le recours à l'avortement³⁷. Le désir de paternité de l'homme est interdépendant de la volonté de la femme, notamment avec la maîtrise de la contraception et l'accès aux nouvelles technologies de reproduction³⁸.

Le Code civil de 1916 et les lois postérieures n'ont fait aucune mention du rôle de la possession d'état de l'enfant en l'absence d'un acte d'état civil établissant le lien de filiation. Cette situation posait d'innombrables difficultés à la solution de problèmes liés à la définition de la filiation et des droits qui lui sont attachés.

36. A. ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002, p. 143.

37. Le Code pénal de 1940 prévoit l'interdiction de l'avortement et la peine, dans le cas où un avortement a lieu, aux articles 124, 125, 126, 127 et 128.

38. C. CASTELAIN-MEUNIER, *La paternité*, coll. «Que sais-je?», Paris, PUF, 1997, p. 53.

La doctrine et la jurisprudence, en opposition à l'hermétisme du système codifié, ont démontré l'importance de la vérité sociologique de la filiation en affaiblissant la rigueur de la vérité juridique, imposée par les présomptions du nouveau code. De ce fait, progressivement, elle a été acceptée comme preuve de la filiation, les indices recueillis de la réalité sociale révélant la possession d'état de l'enfant³⁹.

L'omission du législateur est décevante en ce qui concerne la notion de possession d'état de l'enfant (filiation sociologique), qui a été prise en considération de manière intuitive par la doctrine puis, par la suite, retenue d'une manière consciente par la jurisprudence, mais qui n'a pas été insérée dans le Code civil⁴⁰.

Cet élément peut être la forme la plus spontanée de la révélation de l'existence d'un lien de filiation. Dans ce cas, il exprime le réalisme et répond aux intérêts de l'enfant, car l'apparence dévoile une situation qui mérite d'être protégée. Ce fait doit être dûment pris en considération, car c'est un instrument important pour l'établissement de la filiation et, dans certains cas, il sera la solution d'un éventuel conflit de filiations.

Les éléments de la réalité, prouvés par les faits (essentiellement le traitement accordé à l'enfant, les soins qui lui sont prodigués et l'affection qui lui est donnée), servent à considérer l'existence d'un lien de filiation entre un adulte et un enfant, surtout la paternité, car celle-ci ne peut pas être prouvée par des signes extérieurs, comme c'est le cas de la maternité. Cette relation devait être considérée comme une reconnaissance de filiation, en l'absence d'autres éléments faisant preuve.

Or, les sentiments doivent trouver une place importante dans le droit de la famille. Selon Jacqueline et Alain Pousson, « la promotion de l'affection peut être directe et trouver son origine dans la loi », même si « les relations entre le droit et la raison du cœur ont toujours été troubles, équivoques et houleuses⁴¹ ».

Au tournant des années 90, le Brésil a été touché par les bouleversements introduits par les avancées de la science en matière de détermination des liens de filiation, soit l'ADN et l'assistance médicale à la procréation. Ces procédés ont remis en question toutes les présomptions prévues dans

39. À noter qu'au Brésil il est courant que les enfants issus du milieu rural n'aient pas d'acte de naissance et que la possession d'état de l'enfant représente le seul moyen d'établir les liens de filiation.

40. M.C. CRESPO BRAUNER, « Le nouveau droit de la filiation au Brésil : la dimension affective des relations familiales », dans J. POUSSON-PETIT, *L'identité de la personne humaine*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 825-845.

41. J. POUSSON et A. POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, CNRS, 1990, p. 32.

le Code civil pour l'établissement du lien de filiation. Si les expertises médicales représentent un progrès considérable pour la résolution des divers conflits dans le domaine du droit de la famille, il est toutefois important de souligner que ces examens sont coûteux et que les personnes qui n'ont pas les moyens de les payer auront rarement la possibilité de compter sur une prise en charge par l'État.

Sur ce sujet, nous pensons qu'il faut consolider le rôle de la possession d'état de l'enfant et mettre une réserve sur l'importance de la recherche de la vérité biologique de l'enfant, car la relation parents-enfants est beaucoup plus riche et complexe que la simple détermination des liens génétiques de l'enfant.

Certaines questions d'importance majeure devront faire l'objet d'interprétation par les tribunaux, car le Code civil ne peut vouloir tout régler et tout prévoir. Il doit plutôt fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit et les principes d'organisation de la société.

Ces propositions s'inscrivent dans les conceptions les plus équilibrées et adaptées aux réalités familiales diversifiées de la société actuelle. L'examen de différents cadres juridiques doit permettre de poursuivre l'actualisation du droit de la famille au Brésil.

2.2 L'aménagement du droit à la complexité des situations familiales

S'il est vrai que « les juristes ont pour mission de contribuer à instaurer une vie sociale toujours plus juste par une amélioration constante de la règle de droit ⁴² », il est important de définir un idéal de justice à réaliser, en l'occurrence répondre à la complexité des situations familiales contemporaines. Le phénomène de la constitutionnalisation du droit civil peut ainsi contribuer à l'acceptation d'une conception pluraliste de la famille.

La reconnaissance de la crise de la théorie traditionnelle du droit civil et la formulation des nouveaux paradigmes du droit civil contemporain nous conduit à la compréhension des tendances qui constituent le dialogue entre le droit et la société⁴³.

Une analyse des interactions entre les structures familiales nous amènera à comprendre comment ces relations familiales doivent être appréhendées par le droit. L'apport d'autres disciplines (démographie,

42. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 53.

43. Pour une théorie critique du droit civil, voir L.E. FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

psychologie, sociologie, médecine) contribue à la réflexion pour aménager le droit à la réalité sociale à partir d'une configuration pluraliste.

La solidarité conjugale doit être stimulée de façon à assurer l'autonomie, la liberté et l'égalité dans les rapports familiaux. La liberté doit être reconnue aux conjoints afin qu'ils puissent définir leur projet de vie commune en fonction de leurs attentes et de leurs besoins.

Le processus d'interprétation du nouveau code civil par la doctrine et la jurisprudence devrait être guidé par une approche transdisciplinaire tenant compte à la fois des droits étrangers et de la dimension sociologique de la réforme du droit de la famille. Cela servira à promouvoir l'actualisation constante du droit de la famille.

Les recherches sociologiques et anthropologiques permettent de savoir que les personnes négocient les conséquences juridiques de leurs modes de vie avec les règles existantes⁴⁴. La loi civile doit alors adapter son architecture originelle et son contenu à la volonté des individus.

Les nouvelles configurations familiales posent de nombreuses interrogations sur la pertinence d'une intervention législative. Les recompositions familiales, lorsqu'un homme et une femme, mariés ou non, vivent avec les enfants de l'un ou de l'autre et, parfois avec des enfants communs, constituent des situations fréquentes que met en cause la responsabilité qui découle de l'exercice de la coparentalité. Ce sont des relations affectives et électives qui se construisent à côté de la filiation de droit et qui doivent être soutenues par l'État.

La méconnaissance du rôle du beau-parent peut poser des problèmes délicats auxquels la doctrine et la jurisprudence brésilienne n'ont pas encore fourni d'éléments pour contribuer à la compréhension juridique du phénomène. En effet, si la question reste de grande importance, il faut reconnaître qu'une future intervention du droit dans les familles recomposées doit se garder d'avoir recours à une approche dogmatique. Dans ce cas, il faut faire attention aux appels pressants à une intervention du droit, alors que les phénomènes de contractualisation des relations familiales, qui font une large part aux accords extrajudiciaires de règlement des conflits comme la médiation, peuvent constituer un chemin à parcourir avant la formulation d'une loi sur les familles recomposées⁴⁵.

44. J.P. JEAN et J.P. ROYER, «Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles» *Le Code civil, Pouvoirs*, no 107 (2003), p. 140.

45. H. FULCHIRON, «Le droit français face au phénomène des recompositions familiales», dans M.-T. MEULDERS-KLEIN et I. THÉRY (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées?*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 137.

Traiter des rapports entre les relations privées et les droits fondamentaux érigés en système de valeurs déterminant l'ordre politique et social représente un défi justifié par la complexité à l'œuvre dans ces différentes forces et la nécessité de la reconnaissance du pluralisme comme réalité sociale.

Le mode de vie actuel est largement façonné par l'information, par les sciences, et cela influe sur divers aspects de notre vie en changeant la perception de nos comportements ainsi que nos besoins. Dans ce contexte, le progrès juridique consisterait à répondre aux exigences constantes de justice et d'ordre social et à penser à la diversité des profils conjugaux et de leurs atteintes spécifiques.

Conclusion

Le défi d'unifier le droit de la famille au Brésil après la promulgation du Code civil de 2002 représente une grande tâche pour l'avenir. Le rôle de la jurisprudence sera très important pour donner effet aux principes constitutionnels qui guident désormais les droits de la famille. Certes, les juges joueront un rôle notable pour trouver un point d'équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts sociaux.

Soulignons que toute tentative d'uniformisation des modes de vie familiaux est vouée à l'échec, car les transformations de la vie familiale ont pour base l'égalité entre les sexes et la place importante réservée à l'enfant et à l'affection entre parents et enfants.

Il sera donc nécessaire de remettre en question l'universalité et la valeur absolue de certains principes, de saisir la pluralité des perspectives et la multiplicité des voix lors de la discussion qui touche aux questions concernant le droit de la famille au Brésil.

La codification doit être le garant des droits des personnes, de l'égalité des sexes, de la promotion des diverses formes de familles, des droits de tous les enfants et d'une nouvelle conception des droits et devoirs des parents. Pour cela, elle doit faire l'objet de réformes ponctuelles avec le souci d'adopter la lutte contre les exclusions et de penser aux conditions morales et matérielles de toutes les familles touchées par la pauvreté.

Par ailleurs, la mise en place d'un encadrement précis des nouvelles manifestations affectives peut limiter la place de la liberté individuelle. Nous souhaitons donc une harmonisation de l'encadrement législatif pour promouvoir une plus importante efficacité d'une réglementation nationale et la mise en œuvre de politiques publiques familiales pour répondre aux besoins des couples et des enfants.