

Les Cahiers de droit

La famille, institution juridique?

Carlos A. Sacheri



Volume 7, numéro 2, avril 1965–1966

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004226ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004226ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Sacheri, C. A. (1965). La famille, institution juridique? *Les Cahiers de droit*, 7(2), 166–177. <https://doi.org/10.7202/1004226ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1965

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

La famille, institution juridique ?

CARLOS A. SACHERI,

Licencié en Droit et en Philosophie
Professeur à l'Université Laval

Peut-on encore aujourd'hui se demander si la famille constitue, à proprement parler, une institution juridique ?

Une telle question semble, à première vue, paradoxale : en effet, si l'on considère empiriquement le problème on s'aperçoit tout de suite que la famille apparaît comme intimement liée à la nature même de l'homme et qu'elle accompagne invariablement toute manifestation de sociabilité humaine. En plus, les plus anciennes lois que l'humanité a connues ont pris soin de déterminer le statut légal de la famille à l'intérieur de l'ordre social.

Cependant, un fait demeure : le juriste qui étudie attentivement le droit privé des différents pays constate qu'en général le mot "famille" n'apparaît pas très souvent dans les textes de loi et les codes, et qu'en plus la famille est rarement envisagée comme institution juridique autonome, ne faisant l'objet que de considérations fragmentaires par rapport à des institutions telles que le mariage, la filiation, la puissance paternelle ou la succession.

Chesterton disait que la crise profonde du monde moderne n'était pas due tellement au succès de nouvelles erreurs mais plutôt à l'oubli de quelques anciennes vérités. Essayons donc de retourner à ces vérités premières concernant la famille en nous appuyant sur deux expressions courantes : l'une qui caractérise la famille comme une "communauté de vie entre parents et enfants", l'autre qui la définit comme "cellule fondamentale de la société". Et pour mieux ordonner notre exposé nous allons considérer d'abord la famille comme institution "naturelle", ensuite la famille comme institution "juridique".

1) La famille, institution naturelle

Si l'on examine de plus près ces deux expressions communes que le langage populaire a retenues, on s'aperçoit que la première se réfère à

l'essence même de la famille, tandis que la deuxième met plutôt en relief les rapports entre celle-ci et la société. Deux points de vue qui, comme nous allons le voir, doivent être soigneusement distingués l'un de l'autre.

Commençons donc par considérer la famille dans ses éléments essentiels, en nous demandant en quoi consiste sa "naturalité" propre.

Le mot "nature" (1) a plusieurs significations — R. Panniker en donne dix-huit sens différents — et comme c'est le cas pour tout mot analogue, chaque imposition doit être précisée pour éviter toute confusion. En parlant du mariage, S. Thomas énonce une distinction capitale : "Une chose est naturelle de deux manières : tout d'abord s'il s'agit d'un effet nécessaire des principes de la nature; ainsi le feu s'élève naturellement vers le haut. Le mariage, comme les choses qui s'accomplissent par l'intermédiaire du libre arbitre, n'est pas naturel de cette manière. En second lieu, on dira naturelle une chose vers laquelle la nature incline et qui s'achève par l'intermédiaire du libre arbitre; ainsi, les actes des vertus sont naturels. De cette manière le mariage est naturel, parce que la raison naturelle y incline pour deux motifs. Tout d'abord il y a la fin principale du mariage, c'est-à-dire le bien de l'enfant. L'intention de la nature ne se limite pas à la génération de l'enfant, mais elle inclut la conduite et la promotion de l'enfant jusqu'à l'état parfait de l'homme, jusqu'à l'état vertueux. Comme le remarque Aristote, nous recevons de nos parents trois choses : l'être, la nourriture et l'éducation. Or, le fils ne pourrait pas recevoir l'éducation et l'instruction paternelles s'il n'avait pas de parents déterminés et certains; et cela n'aurait pas lieu, sans une obligation qui réalise le mariage, l'obligation d'un homme à l'égard d'une femme déterminée. En deuxième lieu, la raison naturelle incite les hommes à vivre ensemble, parce que l'individu ne peut pas se suffire à lui-même dans tout ce qui intéresse la vie; en cela, l'homme est naturellement sociable. Or, dans les choses nécessaires à l'entretien de la vie, les unes conviennent aux hommes, les autres aux femmes. Il s'ensuit que la nature incline vers une association de l'homme et de la femme qui constitue le mariage. (2)

Nous pouvons voir dans quel sens précis l'institution familiale doit être appelée "naturelle". Elle se situe d'emblée dans l'ordre de génération; l'homme tend non seulement à la conservation de son existence

(1) Raimundo Panniker, *"El concepto de naturaleza"*, ed. Instituto Sup. de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951.

(2) *Suppl.*, 41, 1, c.

individuelle, ce qui est le vœu profond de toute substance, mais il aspire également à se prolonger au-delà des limites de sa vie personnelle dans des êtres semblables à lui (tendance commune à tous les vivants).⁽³⁾ Cette succession des individus à travers le temps ne fait qu'exprimer en définitive le mystérieux désir de la nature d'imiter l'auteur de l'univers dans son immuable éternité.⁽⁴⁾

Mais cette aspiration de l'univers reste cachée dans les êtres vivants qui sont mus par le déterminisme de l'instinct. Il en va autrement pour l'homme. Celui-ci, de par sa rationalité va compléter librement, par la délibération de son agir, cette tendance naturelle à la transmission de la vie; c'est lui qui choisit son conjoint, c'est lui encore qui détermine les conditions et l'organisation de la vie commune, adaptées aux circonstances toujours changeantes à travers le temps et l'espace. "*L'homme vit d'art et de raison*"; ce que la conduite instinctive est pour les animaux, est achevé dans l'homme par la mémoire, l'expérience et la tradition.

Du fait que l'homme s'achève par l'intermédiaire de son libre arbitre on peut expliquer pourquoi il est naturellement plongé dans une indigence radicale. Cette indigence étant le signe et la condition indispensable de l'acquisition de sa plénitude propre; si l'enfant est dépourvu de tout ce qui contribuerait spontanément à la protection de sa vie et à la satisfaction de ses besoins les plus élémentaires, c'est parce qu'il est appelé à un bien d'une excellence particulière. Ceci tient à une raison très commune : l'homme présente, plus que n'importe quel être inférieur ou supérieur à lui, une très grande distance entre son être substantiel et sa perfection dernière. Il n'est pas, absolument parlant, parce qu'il est bon, mais simplement parce qu'il est homme; et réciproquement, il n'est pas bon par le seul fait d'être homme, mais seulement dans la mesure où il agit bien.⁽⁵⁾ Seule la multiplication de ses opérations lui permet d'atteindre son bonheur parfait.⁽⁶⁾

(3) *S. Th.* I - II, 94, 2, c.

(4) "En effet, en toutes choses, la nature tend toujours vers le meilleur, et il est meilleur d'être que de n'être pas... mais l'être sans fin ne peut appartenir à toutes choses parce qu'elles sont trop éloignées de leur principe. Aussi est-ce d'une autre façon que Dieu a réalisé la perfection de l'univers : c'est en faisant la génération ininterrompue, car c'est ainsi que l'être se continue le plus étroitement dans l'être." Aristote, "*De generatione et corruptione*", II, c. 10, 336 b 27.

(5) Sur cette distinction, voir Ch. De Koninck. "*Du bien qui divise l'être*". Dans le *Laval Théologique et Philosophique*, année 1954, no 1, p. 99. Cf. *Summa Th.* 5, 1, et *De Ver.* 22, 5.

(6) *Summa contra gentiles*, II, c. 48.

C'est son indigence radicale qui fonde la *sociabilité* naturelle de l'être humain. Parce qu'il est dépourvu de tout, il dépend étroitement de ses semblables. On peut comprendre maintenant le fait que la génération humaine implique essentiellement et la nourriture et l'éducation de l'enfant. La simple communication matérielle de la vie serait inefficace; le bien de l'espèce suppose en plus la satisfaction des besoins primaires du nouveau-né (nutrition) et le développement progressif de sa faculté de connaissance (éducation intellectuelle) et de sa volonté (éducation morale). (7)

D'autre part, l'extrême lenteur de ce développement ne fait qu'accentuer la dépendance de l'enfant par rapport à ses parents. Le signe le plus manifeste de cette longue subordination est donné par le fait que presque toutes les législations du monde accordent la pleine capacité civile à partir de l'âge de vingt ans ou plus.

Pourquoi revient-il aux parents la charge d'assumer la première éducation des enfants ? D'abord parce que l'amour des conjoints, œuvre des êtres rationnels, est par ce fait même un amour *responsable* : l'enfant est quelque chose des parents, en tant que fruit de leur amour. Deuxièmement, parce que l'être est la racine de l'agir et l'agir est la fin de l'être. Nous venons de voir que la génération se trouve dans la ligne de l'être, et non pas dans la ligne du bien et de la perfection. En conséquence, la mise en train de l'enfant est incluse dans l'œuvre de la génération (propre à la société familiale), vu l'impossibilité de l'enfant de se diriger par soi-même dans son agir, de devenir *causa sui* dans l'ordre de ses opérations.

Ainsi envisagé, le bien des enfants fournit le fondement et la raison d'être de cette "communauté de vie entre parents et enfants" qui constitue la définition même de la famille. Ce qui entraîne de nombreuses conséquences quant aux structures de l'institution familiale. S. Thomas nous apporte ici une autre distinction fondamentale : "La nature de l'homme incline à une chose de deux manières : tout d'abord parce que cette chose convient à la nature du genre, et cela est commun à tous les êtres doués de vie animale. En second lieu, parce que cette chose convient à la nature de la différence par laquelle, grâce à la raison, l'espèce humaine excède le genre auquel elle appartient; tels sont, par exemple, les actes de la prudence ou de la tempérance. Bien qu'elle soit une chez tous les êtres doués de la vie animale, la nature générique ne se retrouve

(7) Cf. Alain "*Les passions et la sagesse*", p. 152, éd. La Pléiade, Paris, 1961.

pas chez tous de la même manière; il s'ensuit qu'elle n'est pas, chez tous, de la même manière, principe d'inclination, mais selon qu'il convient à chaque espèce. La nature de l'homme, en raison de sa différence spécifique confère à l'homme une supériorité sur les autres animaux. En raison du genre, la nature de l'homme incline vers la fin première du mariage la procréation de l'enfant et commence à tous les êtres doués de la vie animale. Cependant, la nature générique n'incline pas de la même manière tous ces êtres à cette fin . . . Dans l'espèce humaine, parce que l'enfant requiert un soin prolongé de la part des parents, on trouvera, selon l'inclination de la nature générique, une extrême détermination de l'homme à l'égard de la femme." (8)

Nous pouvons observer avant tout que l'union de l'homme et de la femme dans le mariage se réalise en vue de deux biens, distincts et subordonnés : 1) la génération et l'éducation des enfants, qui correspond à la nature animale de l'homme; 2) l'assistance mutuelle des époux, fondée sur l'amour d'amitié, correspond à la nature raisonnable de l'homme. Cette double finalité réclame à son tour l'union monogamique des époux (car la polyandrie et la polygamie rendent impossibles la première ou la deuxième fin, respectivement) et la stabilité de leur état de vie. (9)

Les considérations qui procèdent ont été de plus en plus confirmées par l'anthropologie et l'étymologie modernes. En effet, il est résolu le temps ou Bebel, dans "*La femme et le socialisme*" et Engels dans "*L'origine de la famille, de l'État et de la propriété privée*" appuyaient leur monnisme instérialiste frossier sur les travaux de Bachofen et de Morgan sur l'origine de la famille. Dès le début du XX^e siècle, la nouvelle étymologie de Græbner et Schmidt en Allemagne et de Boas aux États-Unis, a surmonté les impasses d'un évolutionnisme exagéré, par la formulation d'une étude historico-culturelle, apportant une critique fondamentale des théories de la consanguinité, des noces par groupes et du matriarcat, etc., rétablissant la vérité sur la morale des primitifs et leur conception de la famille. (10)

Considérons maintenant la vérité exprimée par l'expression "*cellule fondamentale de la société*".

(8) *Suppl.* 41, 1, 1 m.

(9) Cf. Les pages pénétrantes consacrées au "mythe du divorce" et à "l'union libre" par R. Savatier dans son ouvrage "*Le droit, l'amour et la liberté*", ch. II et V, Librairie Gén. de Dr. et Jurisprudence, Paris, 1963.

(10) Cf. l'ouvrage fort documenté d'Agostino Gemelli "*L'origine de la famille*". Ed. M. Rivière, Paris, 1923.

Dans les paragraphes précédents, nous avons distingué un double ordre : *l'ordre de génération*, concernant l'être de l'homme, auquel se rattache essentiellement la société familiale, et *l'ordre de perfection*, dans la ligne du bien humain, qui constitue l'objet de la société politique. Celle-ci est qualifiée de société "parfaite" dans l'ordre temporel car elle est la seule qui soit en mesure de procurer à chaque membre du corps tout ce qu'il lui faut pour lui permettre le plein développement de ses qualités et la réalisation de son bonheur.

On entend dire très souvent à ce sujet que la famille est une société imparfaite, par opposition à l'État; faute de précision, un tel propos risque d'engendrer de graves confusions. Du fait que la famille n'est pas suffisante à elle seule pour assurer le bien total de l'homme, on ne peut pas conclure à son "imperfection", tout comme on ne peut pas dire que l'homme est imparfait parce qu'il n'est pas quadrupède. Pour mesurer la perfection d'une institution il faut tenir compte de sa nature propre et du bien qui s'y rattache. Et à cet égard, la famille possède en propre une perfection particulière, celle qui correspond à l'être substantiel de l'homme, qui est une première bonté et la plus fondamentale, puisqu'elle est la base de toutes les autres perfections. Tandis que si on ne regarde que le bien total de l'homme, il faut dire que cette perfection dépasse l'ordre de la seule génération et demande, en conséquence, le concours d'autres institutions plus précisément des différents corps intermédiaires et de la société politique. Affirmer l'imperfection de la famille sans tenir compte de ces remarques comporte en pratique plusieurs dangers, car on risque de lui enlever tous ces droits au profit de l'État, seule société parfaite. Mais dans ce cas, il faudrait reprendre le mot de Chesterton : "si l'État veut s'emparer de nos enfants, qu'il commence par les accoucher et les allaiter."

Cette confusion des deux ordres s'est répétée maintes fois à travers les siècles; Platon, et plus tard, de Bonald et Auguste Comte, concevaient la société politique comme une sorte de grande famille, tandis que les idéologues de la Révolution française faisaient disparaître la famille au profit de la cité, et Marx et Engels ne verraient dans la famille qu'une des formes de l'aliénation sociale. Les conséquences sociales de telles erreurs théoriques sont énormes, l'histoire est là pour en témoigner. Voici ce que Christopher Dawson dit à propos de la Grèce et de Rome : "Here the patriarchal family failed to adapt itself to the urban conditions of the Hellenistic civilization, and consequently the whole culture lost its stability. Conditions of life both in the Greek city-state and in the Roman Empire favoured the man without a family who could devote his whole

nergies to the duties and pleasures of public life. Late marriages and small families became the rule, and men satisfied their sexual instincts by homosexuality or by relations with slaves and prostitutes. This aversion to marriage and the deliberate restriction of the family by the practise of infanticide and abortion was undoubtedly the main cause of ancient Greece, as Polybius pointed out in the second century B.C. (Books XXX, 17 and XX, 6). And the same factors were equally powerful in the society of the Empire, where the citizen class even in the provinces was extraordinarily sterile and was recruited not by natural increase, but by the constant introduction of alien elements, above all from the servile class. Thus the ancient world lost its roots alike in the family and in the land and became prematurely withered." (11) Étrange similitude entre les anciennes sociétés païennes et notre société industrielle éprise de "bien-être" . . .

La cause de tels effets, aussi dévastateurs que durables, est pourtant simple. La société domestique est si profondément enracinée dans la nature humaine que chaque fois qu'on porte atteinte à son bien propre le désordre social s'ensuit comme une conséquence inéluctable. Ceci nous amène à comprendre dans quel sens peut-on parler de la famille comme "cellule fondamentale de la société". Elle est "cellule" biologique et morale, à la fois et indivisiblement; par elle la société humaine se renouvelle constamment à travers des nouvelles générations, par elle aussi la cité peut compter sur des citoyens aptes à la vie politique proprement dite. Le bien de la génération culmine dans cette initiation à la vie vertueuse et dans cette piété filiale qui constituent le seul fondement solide des vertus civiques et de l'amour de la patrie. La loi positive n'a d'autre rôle que d'achever cette éducation des hommes libres commencée dans le foyer; sans foyer, pas de citoyens.

Mais l'inverse est également vrai. Sans un ordre politique stable et juste, l'institution familiale ne peut pas s'épanouir et remplir sa tâche convenablement. C'est la raison pour laquelle un des premiers devoirs de l'État dans sa fonction de gérant du bien commun c'est de rendre l'institution familiale plus solide et stable; son propre intérêt le commande ainsi. Dans la lumière du principe de subsidiarité, que la science politique contemporaine est en train de redécouvrir, l'État doit tout mettre en marche pour garantir à la société domestique le plein développement de ses fins, sans s'y substituer, sans l'affaiblir, sans la détruire. Celle-ci

(11) Ch. Dawson. *The Dynamics of World History*, p. 163, ed. Mentor Omega Books, N. York, 1962.

est la plus efficace assurance que la société politique peut prendre en vue de se conserver elle-même en bonne santé. (12)

Avant de finir avec ces remarques sur la famille comme institution naturelle, une dernière observation s'impose. Organisme vivant, la société domestique est aussi soumise à la contingence de l'action humaine. Beaucoup plus stable que la société politique, car enracinée dans la nature générique de l'homme (13), la famille est *antérieure* à l'État, tout comme la nature précède la raison, et comme la génération précède (et, en un sens fonde) la perfection humaine. La cité politique, quoique enracinée dans la nature spécifique de l'homme, est le produit de la raison pratique et, en conséquence, elle est beaucoup moins stable que le foyer. Pourtant, la famille doit évoluer elle aussi à travers le temps et le géographie, en vue de se protéger et s'épanouir constamment. Ce besoin d'adaptation permanente revêt une importance grandissante à partir de la révolution industrielle. La famille traditionnelle, réunissant les trois générations sous un même toit, se transforme en "famille nucléaire" selon l'expression courante, le phénomène de l'urbanisation et de la prolétarisation de grands conglomerats humains, vont transformer la société domestique et ses fonctions propres; le foyer commun, la table commune, le patrimoine commun, la réalisation des valeurs intellectuelles, morales et religieuses, vont subir une influence profonde, à tel point, qu'on peut parler d'une modification des fonctions familiales et, parfois même, d'une perte des fonctions familiales. Deux conséquences graves peuvent être observées : d'une part, la situation actuelle conduit à la descente sociale des familles nombreuses, d'autre part, si le processus de réduction de la famille continue, dans quelque temps le nombre d'individus sera insuffisant pour créer le produit social nécessaire. Seule une politique sociale intégrale (sécurité sociale, logement, crédit, éducation) permettra de surmonter une si grave situation.

II) La famille, institution juridique

Une fois considérés les fondements "naturels" de la société domestique, il nous reste à examiner dans quelle mesure l'ordre juridique contemporain a respecté ces vérités premières. C'est à ce moment précis que

(12) Cf. Joseph Hoffner, *"Ehe und Familie"*, 2e partie, Verlag Regensburg, Munster, 1961 et *"Christliche Gesellschaftslehre"*, pp. 113-143, Verlag Butzon und Bercker, Kevelaer, 1962.

(13) Voir sur cette distinction le solide exposé de Lorenzo Roy *"Le fondement des droits de la famille"*, publié dans *Laval théologique et philosophique*, année 1959, no 2, pp. 282 et suivantes.

s'éveille non seulement l'étonnement mais la stupeur; car si l'on prend le soin d'examiner toute la codification du droit privé réalisée depuis un siècle et demi, on cherchera en vain l'institution familiale comme figure autonome, *a se*; le mot même de "famille" a été presque écarté du vocabulaire juridique. Essayons donc de trouver les causes d'un tel oubli.

Le vaste mouvement de codification initié au début du XIX^e siècle avec le Code Napoléon a été, dans une large mesure, une des conséquences historiques de la Révolution française, et très souvent c'est le Code Napoléon qui a fourni le modèle que les différents pays de l'Europe et de l'Amérique ont adopté. La pensée révolutionnaire, nourrie de l'*Aufklärung* et d'idéologie libérale n'a vu dans la famille qu'une entrave à la liberté absolue des individus. De même que la loi le Chapelier (des 14-17 juin 1791) stipulait dans son article premier la disparition de toutes les corporations professionnelles encore existantes, de même les lois civiles vont faire abstraction de la société familiale pour l'affaiblir et la faire disparaître; le même phénomène se produit dans les lois laïques sur l'éducation, pas la moindre référence à la famille comme agent naturel de l'éducation.

Napoléon lui-même exprimera clairement dans quelle mesure la famille dépend du législateur et non de la nature: "Les hommes, dit-il, ont les sentiments qu'on leur inculque. Si on forme de bonne heure ceux de l'enfant adopté, il préférera son père adoptif à son père naturel... Le mariage ne dérive point de la nature mais de la société et des mœurs. La famille orientale est profondément différente de la famille occidentale. La première est composée de plusieurs épouses et concubines, cela paraît immoral, mais cela marche; les lois y ont pourvu."⁽¹⁴⁾ Cet état d'esprit n'est pas celui de Napoléon en particulier, mais c'est celui d'une offensive individualiste généralisée visant à détruire tous les corps intermédiaires, *condictio sine qua non* de l'instauration du royaume de la liberté toute-puissante. Déjà en 1776, l'*édit de Turgot* avait supprimé les maîtrises et les jurandès; en 1791, le *décret d'Allarde* stipule qu'il "sera libre à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession, tel art et tel métier qu'elle trouvera bon." En Angleterre, la *General Combination Act* de 1799 stipule des mesures semblables et interdit aux salariés toute association.

Cet oubli de la famille de la part des législations imbuées de libéralisme, s'est changé en *négation* dans les régimes bâtis sur la doctrine

(14) Cf. Savatier, *op. cit.*, p. 14.

marxiste-léniniste. Alexandra Kollontai⁽¹⁵⁾ exprimait clairement la conception marxiste de la famille, vers 1920 : "La famille cesse d'être une nécessité pour les membres qui la composent aussi bien que pour l'État . . . La société des travailleurs a besoin de nouvelles forces de travail, elle salue l'arrivée au monde de chaque nouveau-né. Ne vous inquiétez pas non plus de l'avenir de votre enfant : il n'aura ni faim, ni froid, il ne sera ni malheureux, ni abandonné à son propre sort comme ç'eût été son cas sous le régime capitaliste . . . Il sera nourri, il sera éduqué par les soins de la patrie communiste . . . La société communiste prendra sur elle la charge qui comporte l'éducation des enfants . . ." La doctrine marxiste-léniniste concernant l'abolition de la famille fut appliquée à la lettre le lendemain même de la révolution d'octobre, ainsi par exemple le Soviet de Saralof décréta : "A dater du 1^{er} mars 1919, le droit de posséder les femmes de 17 à 32 ans est aboli . . . Les anciens propriétaires pourront conserver le droit de se servir de leur propre femme sans attendre leur tour . . . En vertu de ce décret, toutes les femmes ne peuvent plus être objet de propriété privée et deviennent propriété nationale . . . Les citoyens mâles ont un droit limité d'usage de la femme : trois fois la semaine, et trois heures chaque fois . . . Toute femme qui, en vertu du présent décret, a été déclarée propriété nationale, recevra du fonds national une rente de 575 francs par mois . . . Un mois après la naissance, les enfants seront confiés à une institution chargée de les éduquer . . ." ⁽¹⁶⁾ Le Code de 1918 élimine le caractère religieux du mariage et c'est le seul enregistrement du mariage devant le fonctionnaire compétent qui crée le lien contractuel. L'évolution se poursuit dans le Code de 1926, dans lequel le mariage *de facto* et le mariage enregistré sont mis sur le même pied d'égalité (arts 3 et 11). L'enregistrement n'est plus une condition de la validité du mariage mais une simple preuve de l'union. La dissolution du mariage est opérée par le seul désir de l'un des conjoints; le lien conjugal disparaît ainsi complètement. Conséquence : en 1935, à Moscou, il y a eu 2,040 divorces pour 4,381 mariages . . . ⁽¹⁷⁾ socialistes. C'est un cas très manifeste de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'homme d'aller contre une institution aussi fondamentale, pendant trop longtemps. La nature finit toujours par reprendre ses droits, car l'homme aveuglé par les idéologies, la passion ou la corruption des

(15) D'après Henri Chambre, "Le marxisme en Union soviétique", pp. 59/60, Ed. du Seuil, Paris, 1955.

(16) D'après Gabrielle Roschini, "La philosophie du Communisme", pp. 154-155, Université de Montréal, 1951.

(17) *op. cit.*, p. 157.

mœurs s'effraie devant les conséquences de son mal et, il finit par redécouvrir l'ordre naturel.

En ce qui concerne le droit français, R. Savatier résume l'évolution produite en ces termes significatifs : "Ce n'est pas seulement le mot *famille* qui reparait dans nos lois. C'est la vision même de la famille qui s'y humanise et s'y enrichit. Partiellement emprisonnés sur ce point, dans les habitudes d'un passé ancien, et, d'autre part, ne voyant l'homme que sous un aspect abstrait, les juristes de 1804 n'avaient traduit, dans les droits et devoirs familiaux qu'ils codifiaient, ni l'unité naturelle animant le ménage familial, ni l'affectivité dont cette famille est faite quand on la rapporte aux personnes humaines qui la vivent. Ces lacunes, peu à peu, se comblent. Ainsi enrichi, notre droit familial comporte, à la fois, plus de réalisme mais aussi plus d'idéalisme que celui du Code civil. Il n'en demeure pas moins *un droit*. Sa mission est de reconnaître, à cette famille où l'homme s'incarne tout entier, à partir de la volonté commune des parents, des normes, dont on exigera, dans l'intérêt de tous, l'observation. L'humanisation de ces normes doit les garder fermes." (18) Quelques exemples suffiront pour manifester la vérité de ce propos. Le Code de 1804, énumérant les conditions essentielles du mariage, ne faisait aucune allusion à la différence des sexes; sa conception désincarnée de l'homme empêchait toute considération d'ordre affectif, dans son souci d'assimiler le mariage à un contrat comme les autres. La loi du 10 février 1938, en même temps qu'elle supprimait la puissance maritale, précisait que le mari reste comme *chef de la famille*. Par la loi du 15 novembre 1921 la déchéance de la puissance paternelle devint divisible. L'amour conjugal a été reconnu en établissant l'ordre successoral des affections du défunt par l'ordonnance de 1958, car l'époux survivant n'est plus considéré comme un successeur irrégulier; il a comme les autres héritiers la saisine héréditaire et, même en présence d'enfants du défunt il a un droit d'usufruit.

Le droit soviétique a fait, lui aussi, marche arrière devant l'augmentation du nombre des divorces et la croissance accélérée des avortements (légalisés en 1920). Une loi de 1935 renforça la responsabilité des parents en vue de mettre un frein à la jeunesse délinquante. En 1936, on promulguait la loi sur l'interdiction des avortements, en même temps que l'on adoptait tout un ensemble de mesures destinées à restreindre le nombre des divorces (qui atteignait le 44% du nombre des mariages), déclarant insuffisante l'instance unilatérale et en imposant une taxe pro-

(18) R. Savatier, *op. cit.*, p. 40.

gressive selon le nombre des divorces. L'Ukase du 8 juillet 1944 consolidait davantage l'institution familiale : le mariage reprenait sa valeur de contrat juridique bilatéral, avec obligation de l'enregistrement.

Cette redécouverte des caractères essentiels de la famille a été consacrée internationalement dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, votée par l'O.N.U. le 10 décembre 1948 : "La famille est l'élément naturel et fondamental de la société, et a droit à la protection de la société et de l'État"; son article 26 accorde aux parents "par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants."

Dans le cas de la législation québécoise, nous assistons également à une redécouverte de l'institution familiale ayant des caractères particuliers. Ayant pris pour base le Code Napoléon, on retrouve dans le droit civil du Québec ce morcellement des réalités familiales en des institutions séparées : mariage, filiation, puissance paternelle, succession, etc. Si l'on peut parler dans ce cas particulier d'un certain "oubli" de la société domestique comme institution autonome il faut néanmoins reconnaître qu'il s'agit d'un oubli partiel car, à la différence d'autres législations, celle du Québec a respecté les grands principes de base. Mais il reste comme une tâche à remplir le besoin d'une plus grande organicité dans la législation familiale car le manque d'une vision globale du problème amène à chercher des solutions partielles pour des situations précises, solutions qui ne font très souvent que poser des problèmes encore plus graves que celui qu'on tentait de résoudre. Le cas des droits de la femme mariée illustre suffisamment cette carence.

Il faut ajouter également que cette évolution lente du droit civil a été compensée dans d'autres domaines par le droit social, car il est incontestable que les allocations familiales, tout comme des organismes tels que le Conseil de la famille et la Cour de bien-être social constituent des signes frappants de ce "retour aux vérités premières". Il n'y a qu'à souhaiter que les réformes entreprises soient poursuivies inlassablement à la lumière d'une véritable politique familiale dont le droit ne peut être que l'instrument par excellence.