



**LE NOUVEAU DROIT  
DU MARIAGE —  
UNE REVOLUTION A FROID...  
SES ORIGINES  
JUSNATURALISTES —  
SES PRINCIPES AXIOLOGIQUES\***

---

*Alfred Dufour*

*Introduction*

C'est une source d'étonnement toujours renouvelé pour l'historien du droit et des institutions comme pour celui de la philosophie du Droit et de l'Etat que la différence de rythme qui se fait jour entre l'évolution des institutions politiques et celle de la famille. Ainsi, alors que les idées fondamentales des maîtres de l'Ecole du droit naturel moderne —l'égalité et la liberté naturelle de tous les êtres humains et leur commune ordination au bonheur— mettent moins d'un siècle pour passer dans la pensée politique et l'ordre constitutionnel des Pères fondateurs de la Révolution américaine dans le Nouveau Monde —la liberté, l'égalité, la recherche du bonheur figurant en bonne place parmi les droits fondamentaux dans la Déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776<sup>1</sup>— comme dans la philo-

\* Ponencia presentada a la «Convención Internacional sobre Derecho, Moral y Consenso social» organizada por la Fundación Ambrosiana Paolo VI, que tuvo lugar en Villa Cagnola del 11 al 13 de junio de 1987.

1. «We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal that they are endowed, by their Creator, with certain unalienable right that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness»; cf. *Sources of our Liberties*, ed. R. L. Perry, American Bar Foundation, Rahway, New Jersey, 1959, p. 319.

sophie et les réalisations politiques des constituants de l'Ancien Monde — «les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit» énonce catégoriquement l'article premier de la Déclaration française des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789— il faut attendre la seconde moitié du XXème siècle pour que les mêmes idées déploient des conséquences équivalentes dans l'ordre du droit de la famille comme si la grande affaire de l'organisation de l'Etat était plus perméable à la force des idées que celle de la cellule de la vie sociale.

Le fait est en tout cas que les Révolutions américaine et française laissent pratiquement intacts les modèles inspirant la formation, l'organisation et la réglementation de la famille.

C'est tout particulièrement vrai pour ce qui est du mariage que l'entreprise de laïcisation de la Révolution française n'effectue qu'en surface, les quelques tentatives d'étendre au domaine matrimonial le principe d'égalité esquissées par Danton, Camille Desmoulins et Couthon en 1793 étant restées sans lendemain<sup>2</sup>. Nous ne nous interrogerons pas ici sur les raisons de ces différences de rythme dans l'évolution des institutions publiques et privées. Nous partirons de la constatation que les mutations fondamentales opérées par les Révolutions américaine et française dans l'ordre politique à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle n'ont trouvé leur équivalent que dans les 25 dernières années de notre siècle dans l'ordre de la famille occidentale à travers des «révolutions à froid» qui s'inspirent des mêmes principes axiologiques et dont il faut chercher les origines dans le jusnaturalisme moderne.

Nous commencerons dès lors par mettre en évidence ces origines jusnaturalistes dans une *première partie* de notre rapport pour nous arrêter ensuite dans une *deuxième partie* aux principes axiologiques qui commandent la dernière en date des réformes du droit matrimonial occidental, celle du droit suisse qui entrera en vigueur le 1er janvier 1988.

1ère partie: *Les origines jusnaturalistes du nouveau droit du mariage*

2. Cf. A. H. HUUSSEN, Jr., *Le droit du mariage au cours de la Révolution française*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1979, XLVII, 4, p. 119.



«*Héritiers surchargés, l'Antiquité, le Moyen-Age, la Renaissance pèsent sur nous; mais c'est bien du XVIIIème siècle que nous sommes les descendants directs*».

(P. HAZARD, *La pensée européenne au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1946, t. 1, p. 1.)

Si l'on s'accorde à reconnaître avec le Doyen Carbonnier pour caractéristique commune des différentes réformes du droit du mariage occidental la mise en application des principes de liberté, d'égalité et de réalisation de soi<sup>3</sup>, force est d'admettre que la première formulation doctrinale systématique de ces principes est à chercher dans l'oeuvre des maîtres à penser de l'Ecole du droit naturel moderne des XVIIème et XVIIIème siècles. La *contractualisation* du mariage, l'affirmation toujours plus marquée de sa *nature égalitaire*, la *psychologisation* croissante de sa finalité apparaissent en effet comme les tendances dominantes de la pensée jusnaturaliste moderne. Reprenons ces trois points.

Quant à la *contratualisation* du mariage, il faut comprendre par là que l'on passe d'une tendance à penser les rapports juridiques des époux comme résultant d'un ordre objectif, celui de la Nature ou de la Création, s'imposant comme tel avec son objet et sa finalité aux volontés individuelles des époux, à une tendance à réduire les mêmes rapports à de pures relations conventionnelles, dont la formation, la teneur, la durée et la fin dépendent de leurs seuls volontés. A cet égard, il est permis d'affirmer que la pensée matrimoniale du jusnaturalisme constitue une entreprise délibérée de substitution d'une mentalité *contractuelle* à une mentalité *institutionnelle*. La *contractualisation* du mariage apparaît au premier chef dans l'évolution qui s'esquisse dans la conception même de la société conjugale de Grotius à son grand traducteur français Jean Barbeyrac. Tandis que Grotius considère le mariage comme une société de type institutionnel, la plus naturelle qui soit, ordonnée à la procréation et impliquant dans l'ordre de la Création l'assujettissement de la femme au mari<sup>4</sup>, Barbeyrac tend à concevoir le mariage comme un pur contrat, de type consensuel, auquel il faut appliquer les

3. Cf. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, in Répertoire du Notariat Defrénois Evreux, 1979, p. 167 ss.

4. Cf. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, (Paris 1625), Marbourg 1734, ed. Chr. Wolff, II/V/VIII, 1.

règles habituelles des contrats, que ce soit pour sa formation, ses effets, sa durée ou ses modalités de dissolution<sup>5</sup>. En fait ce sera surtout avec Pufendorf, qui tout en maintenant le caractère institutionnel du mariage, n'en marquera pas moins le premier la part de la *volonté* dans la réglementation des rapports des époux que se fera jour pour la première fois la *contractualisation* de la société conjugale<sup>6</sup>. C'est là la thèse que soutiendront encore une bonne partie de ses disciples dans l'École allemande du droit naturel, Titius (1661-1714) comme Lehmann (1683-1740) ou dans l'École suisse romande au XVIIIème siècle Burlamaqui, Vicat et de Félice<sup>7</sup>.

C'est également la thèse défendue en Angleterre par Cumberland (1631-1718), auteur d'un traité philosophique des *lois naturelles* traduit en français par Barbeyrac<sup>8</sup> et celle que reprendront dans l'Allemagne de l'*Aufklärung* Christian Wolff (1679-1754) et certains de ses disciples<sup>9</sup>, enfin quelques élèves de Thomasius, tels Gundling (1671-1729) et Rechenberg (1689-1751)<sup>10</sup>. Mais ce n'est en définitive que dans l'oeuvre de Thomasius lui-même (1655-1728) qu'apparaît expressément dans toute son ampleur la *contractualisation* du mariage: celle-ci envahit alors toute la problématique et la réglementation de

5. Cf. J. BARBEYRAC, *Le Droit de la Nature et des Gens traduit de... Pufendorf*, 5<sup>e</sup> éd. Amsterdam 1734 et 6<sup>e</sup> éd. Bâle 1750, ad VI/I/XX, notes 3 à 5.

6. Cf. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, (Lund 1672), ed. reprint, Oxford-Londres 1934, VI/I/I. Dans un sens résolument contractualiste, cf. l'interprétation de M. ERLE, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts*, p. 120 et 259.

7. Cf. G. G. TITIUS, *S. Pufendorffii de Officio hominis et civis cum observationibus*, Leipzig 1703, Obs. 497, 2), ad II/II/8; J. J. LEHMANN, *S. Pufendorffii de Officio hominis et civis... propriis adnotationibus illustrati*, Jéna 1721 ad II/II/2, n. 2. Pour l'École suisse romande, voir J. J. BURLAMAQUI, *Dissertatio juridica de matrimonio*, Genève 1731, c. II, §. XXXV, ainsi que les *Éléments du Droit naturel*, Lausanne 1775, p. 252-253; B. Ph. VICAT, *Traité du Droit naturel*, Lausanne-Yverdon 1777, ch. L, §. DCCXXVI; enfin F. B. de FELICE, *Encyclopédie*, Yverdon 1770-1780, art. Mariage, t. XXVII, p. 510.

8. Cf. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae disquisitio philosophica*, Londres 1740, cap. 9, §. 3.

9. Cf. WOLFF, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, pars VII, Halle 1740, II/270, note; J. G. DARJES, *Institutiones Jurisprudentiae universalis* Jéna (1740), 1764, pars spec. sect. III, II, §§. 563 et 571-572.

10. Cf. N. H. GUNDLING, *Jus Naturae et Gentium*, (Halle 1740), Genève 1751, c. XXVI, §. 1, et C. O. RECHENBERG, *Institutiones Jurisprudentiae universalis*, Leipzig 1714, III/II/II.



la société conjugale, de la détermination de sa nature juridique de pur et simple contrat à la définition de ses effets abandonnés à la liberté des parties, sa durée ne relevant pas moins que ses modes de dissolution de leur volonté<sup>11</sup>.

Quant à l'affirmation toujours plus marquée de la nature *égalitaire* du mariage, elle se traduit de deux manières dans la pensée de l'École du droit naturel moderne: tout d'abord sur le plan *doctrinal*, par l'évolution de la qualification spécifique de la société conjugale, que de *societas inaequalis* à fondement naturel chez Grotius ou conventionnel chez Pufendorf, voire chez Locke et Burlamaqui, est peu à peu reconnue comme *societas aequalis* chez Thomasiaus, Wolff et leurs disciples en Allemagne comme chez Barbeyrac et de Felice en Suisse romande. Ensuite et surtout, c'est sur le plan plus concret de la *détermination des droits et devoirs* respectifs de chaque époux que l'affirmation du caractère égalitaire de la société conjugale se manifesterait de manière plus sensible. Cette tendance vers l'*égalité des droits* des époux se traduira notamment par l'extension progressive des droits et devoirs *réiproques* des époux au détriment des droits et devoirs *propres* à chacun d'eux, dont la détermination consacrait en fait la primauté maritale. C'est ainsi qu'à l'unilatéralité de la perspective de Grotius, qui ne reconnaissait que des *droits* au mari et qui n'assignait que des *devoirs* à la femme, se substitue l'égalitarisme de la perspective de l'École de Wolff, pour laquelle les époux ont fondamentalement les *mêmes droits* et les *mêmes obligations*<sup>12</sup>. Amorcée par Pufendorf dans sa proclamation de l'égalité fondamentale de tous les êtres humains<sup>13</sup>, menée une première fois par Thomasiaus à ses extrêmes conséquences — l'égalité des droits sexuels de l'homme et de la femme consacrée par la reconnaissance de la légitimité naturelle de la polyandrie comme celle de la polygynie<sup>14</sup> — la thèse de l'égalité des sexes sera pleinement

11. Cf. THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae divinae* (1688), Halle 1717, III/I/1-11.

12. Cf. WOLFF, *op. cit.*, VII/II/305 ss., 460 ss. et 488; DARJES, *op. cit.*, §§. 575, 578 et 579; D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis*, Halle 1749, §§. 558, 559 et 570.

13. Cf. PUFENDORF, *op. cit.*, III/II/8 et VI/I/9.

14. Cf. THOMASIIUS, *De Crimine Bigamiae*, Leipzig 1685, §§. 25-34, et *Institutiones* III/II/206.

consacrée en droit matrimonial dans la pensée de l'École de Wolff, dont les auteurs souligneront la totale réciprocité des droits et obligations des conjoints, de l'amour et de la fidélité à l'aide et à la gestion du ménage en passant par toute une casuistique relative aux conditions de prestation du devoir conjugal<sup>15</sup>. C'est dans la même optique de généralisation de l'égalité des droits de l'homme et de la femme à tous les aspects de la réglementation du mariage que dans l'École suisse romande du droit naturel de Félice affirmera expressément l'égalité du droit de correction de chacun des époux l'un sur l'autre<sup>16</sup>. La distance qui sépare de Grotius les positions d'un Wolff ou d'un de Félice révèle bien la mutation qui est intervenue dans la conception même de la société conjugale. C'est que l'École du droit naturel moderne ne pouvait se borner à contester la théorie des fondements naturels ou divins de l'autorité politique illustrée notamment par Filmer et Ramsay en Angleterre ou celle du droit divin des Rois défendu par Bossuet en France<sup>17</sup>; elle se devait de s'en prendre de la même manière à la sacralisation du pouvoir opérée par les mêmes auteurs en matière matrimoniale à travers l'affirmation de la puissance maritale. A cet égard, il faut remarquer l'émergence de deux tendances novatrices dans l'École du droit naturel moderne en ce qui concerne le fondement de l'autorité dans le mariage. Il s'agit ainsi:

1) de la thèse *conventionaliste* moderne qui, tout en admettant la nécessité d'une direction dans le mariage, ne reconnaît cependant d'autorité que *librement consentie*;

2) de la thèse *fonctionnelle-utilitaire*, qui, tout en contestant la nécessité d'une autorité dans le mariage, l'évacue ou la conçoit comme partagée entre les conjoints, n'en admettant l'attribution à l'un ou à l'autre qu'en fonction des circonstances ou de l'utilité commune.

15. Cf. WOLFF, *op. cit.*, loc. cit.; DARJES, *op. cit.*, loc. cit.; NETTELBLADT, *op. cit.*, loc. cit.

16. Cf. de FELICE, *op. cit.*, art. Mariage, t. cit., p. 522.

17. Cf. R. FILMER, *Patriarcha*, Londres 1680; A. M. RAMSAY, *Essai philosophique sur le gouvernement civil*, Londres 1721, ch. VI, 3<sup>e</sup> éd. Londres 1722; BOSSUET, *Politique tirée de l'Écriture Sainte*, Paris 1709, L. II et III.



1) La première thèse novatrice relative au fondement de l'autorité dans le mariage —la thèse *conventionaliste*— apparaît soutenue d'abord par Pufendorf et par la plupart de ses commentateurs et de ses compilateurs comme par Burlamaqui et Pillichody dans l'Ecole romande et par Locke et certains disciples de Thomasius dans l'Ecole allemande. Mais alors que pour toute une partie de ces auteurs, cette thèse tend seulement à déplacer le fondement juridique de l'autorité maritale, sans contester le bien—fondé de la supériorité naturelle que cette autorité consacre, la thèse conventionaliste recouvre par ailleurs une conception tout à fait différente en ce que concerne l'organisation de la société conjugale dans tout un courant d'autres auteurs. C'est ce qui ressort en particulier des considérations de certains commentateurs de Pufendorf, comme Proeius, Treuer (1683-1743) et Otto (1685-1756). Pour le premier, c'est ainsi «au plus intelligent des deux conjoints à exercer l'autorité conjugale, tant il est vrai qu'il est contraire à toute saine raison qu'un imbécile et un incompetent commande à un être intelligent et raisonnable»<sup>18</sup>. Pour le second, qui affirme la pleine égalité des conjoints dans le mariage, «aucun d'entre eux ne saurait tirer de la faiblesse, du manque de jugement ou d'éducation de l'autre le droit de lui commander et de se faire obéir... Il n'est pas contraire au droit naturel, à son sens, que l'un d'entre eux, la femme aussi bien que son mari, puisse acquérir l'autorité dans le mariage»<sup>19</sup>. Mais c'est sans doute le dernier de ces auteurs, romaniste à Utrecht, qui formule le mieux les conséquences qui découlent de cette approche des fondements de l'autorité dans le mariage en affirmant pour la première fois que le mariage est une «*societas aequalis*»: «*iure naturali*, écrit-il dans son commentaire du Petit Pufendorf, *societas conjugum aequalis esse videtur*»<sup>20</sup>.

2) En ce qui concerne la deuxième thèse relative au fondement de l'autorité dans le mariage, la thèse *fonctionnelle utilitaire*, elle apparaît défendue par Thomasius dans le premier de

18. Cf. I. PROEIVS, *Grundsätze des Rechts der Natur*, Leipzig 1709, III/II/XX.

19. Cf. G. S. TREUER, *S. Pufendorffii de Officio hominis et civis... adnotationibus illustrati*, Leipzig (1717), 1734, ad II/II/IV, n. 2.

20. Cf. E. OTTO, *S. Pufendorffii de Officio hominis et civis*, Utrecht 1728, ad II/II/4, n. 3.

ses grands Traités de Droit naturel —les *Institutiones jurisprudentiae divinae* de 1688— et par certains de ses disciples, mais surtout para Wolff et toute son Ecole à partir de 1740 comme par de Félice dans son *Encyclopédie* (1771-1780) et dans son *Code de l'humanité* (1778).

Pour les partisans de cette thèse, tous attachés à l'affirmation du caractère naturellement égalitaire de la société conjugale, les deux époux ont une égale autorité l'un sur l'autre, mais le mariage comme toute société de deux membres exige, en cas de dissensions entre les personnes qui la composent, l'attribution de cas en cas d'un pouvoir décisionnaire à l'un ou à l'autre des conjoints en fonction de la particularité de l'affaire à régler, soit tantôt au mari, tantôt à la femme. En ce sens Wolff, par exemple, ne combat pas seulement la thèse de la supériorité naturelle de l'homme «*praestantia sexus qui terminus obscurus et vagus est*», écrit-il notamment dans son *Ius naturae*, —il s'en prend encore à la notion même d'autorité maritale pour y substituer le concept d'autorité conjugale (*imperium conjugale*<sup>21</sup>). C'est qu'à son avis «l'épouse n'a naturellement pas moins de pouvoir sur son mari pour toutes les actions relatives à la procréation et à l'éducation de leur progéniture, à la vie commune et aux charges du mariage que le mari n'en a sur elle»<sup>22</sup>: «On appelle *autorité conjugale*, écrit-il notamment, l'autorité est réciproque entre les époux... Si, quand les avis des conjoints entrent en conflit un pouvoir décisionnaire doit revenir au mari, ou doit lui revenir dans certains cas et dans d'autres cas doit revenir à la femme, ce pouvoir doit être institué par une convention spécifique entre les époux et être exercé conformément à cette convention»<sup>23</sup>. Et Wolff clôt sa démonstration en relevant que «ceux qui affirment que quand les avis des conjoints entrent en conflit l'avis du mari doit l'emporter en raison de la prééminence de son sexe, n'apportent aucune raison à l'appui de leurs thèses, nous l'avons déjà remarqué. Il ne résulte nullement en effet du contrat de mariage que ce droit doit revenir de préférence au mari»<sup>24</sup>. Les disciples de Wolff seront tous aussi nets, qui reprendront la notion d'*autorité con-*

21. Cf. WOLFF, *op. cit.*, VII/II/454, note et 488.

22. Cf. *op. cit.*, loc. cit.

23. Cf. *op. cit.*, VII/II/490 et 483.

24. Ibid. note ad §. 483.



*jugale* en affirmant comme Köhler «que selon le droit naturel la nature ne confère le pouvoir de commander ni au mari, ni à la femme» ou comme Nettelbladt «que l'autorité conjugale est réciproque entre les conjoints» et «qu'il ne saurait y avoir selon le droit naturel de puissance maritale»<sup>25</sup>.

C'est à ce courant que semble s'apparenter enfin le fondateur de l'Ecole suisse romande du droit naturel, Jean Barbeyrac, et son grand vulgarisateur F. B. de Félice. Commentant la thèse hiérarchique traditionnelle de l'autorité maritale défendue par Cumberland, Barbeyrac lui oppose l'opinion totalement différente de Maxwell, pour lequel «le vrai fondement de l'autorité que les maris ont sur leur femme est de nature purement fonctionnelle». «Dans une société composée de deux personnes, écrit Maxwell, il faut nécessairement que la voix délibérative de l'une ou de l'autre l'emporte. Et comme pour l'ordinaire les hommes sont plus capables que les femmes de bien gouverner les affaires particulières, il est de la bonne politique d'établir pour règle générale que la voix de l'homme l'emportera quand les parties n'auront point fait ensemble d'accord contraire... Mais si quelque femme persuadée qu'elle a plus de jugement et de conduite ou voyant qu'elle est d'une fortune ou d'une condition plus relevée que celle de l'homme qui la recherche en mariage stipule le contraire de ce que porte la loi, en sorte que l'époux y consente, elle aura, en vertu de la loi naturelle, le même pouvoir qu'a maintenant le mari selon la coutume du pays; et je ne vois pas que l'Évangile annule un tel contrat. L'homme n'a pas toujours plus de force de corps et d'esprit que la femme... Le traducteur anglais a raison, conclut Barbeyrac, et j'ai toujours été dans les mêmes idées»<sup>26</sup>. Même argumentation chez l'Encyclopédiste chrétien d'Yverdon, F. B. de Félice, qui reprend l'argumentation de Barbeyrac, en la développant de manière circonstanciée: «1<sup>o</sup>) Il serait difficile de démontrer que l'autorité du mari vienne de la Nature parce que le principe est contraire à l'égalité naturelle des hommes; et de cela seul que l'on est propre à commander il ne s'ensuit pas qu'on en ait

25. Cf. H. KOEHLER, *Juris socialis et gentium ad jus naturale revocati specimina VII*, Jéna 1737, Spec. II, §. 189, et NETTELBLADT, *op. cit.*, §. 558, e 2e éd. Halle, 1757, §. 567.

26. Cf. J. BARBEYRAC, trad. fr. de CUMBERLAND, *Traité philosophique des lois naturelles*, Amsterdam 1744, note 1) ad c. IX, §. VI.

actuellement le droit; 2°) L'homme n'a pas toujours plus de force de corps, de sagesse, d'esprit et de conduite que la femme; 3°) Le précepte de l'Écriture étant établi en forme de peine indique qu'il n'est que de droit positif»<sup>27</sup>. Si l'autorité maritale n'est pas naturelle, si elle ne procède pas de la nature de l'homme, elle a pour de Félice un fondement *fonctionnel*, tenant à la particularité de la société conjugale, qui requiert dans certaines circonstances un pouvoir décisionnaire.

Pour ce qui est enfin de la *psychologisation* croissante de la finalité du mariage, elle ressort avec évidence de l'évolution de la doctrine des fins du mariage de la génération des Fondateurs à celle de leurs épigones, tels les chefs de file de l'École suisse romande du XVIIIe siècle.

Ainsi tandis que Pufendorf assigne expressément pour but au mariage la propagation du genre humain, et ceci dès ses *Elementa* de jeunesse (1660)<sup>28</sup>, suivi en cela par la plupart de ses commentateurs<sup>29</sup>, les maîtres de l'École suisse romande, sans remettre en cause la finalité biologique de la société conjugale, l'intègrent, voire la subordonnent, à la finalité psychologique de l'*harmonie conjugale*. Amorcée par Barbeyrac, qui tient pour indissociables «la propagation du genre humain et le bonheur commun des conjoints»<sup>30</sup>, cette tendance se marque d'abord clairement chez Vattel pour qui l'union charnelle des époux a sa finalité propre, le resserrement de l'unité conjugale entretenant et accroissant la tendresse mutuelle et l'entente nécessaire pour l'éducation des enfants<sup>31</sup>. Plus nettement encore, dans la même perspective eudémoniste, de Félice, l'encyclopédiste chrétien d'Yverdon, accorde le primat parmi les fins du mariage au bonheur des époux: «Les jurisconsultes prenant l'*effet* por la *cause* ont envisagé la procréation des enfants comme le but principal du mariage; mais ils n'ont pas fait

27. Cf. de FELICE, *op. cit.*, art. Femme, t. XVIII, p. 492, et Code de l'Humanité art. Femme, t. VI, p. 414.

28. Cf. *Elementa Jurisprudentiae universalis* (La Haye 1660), ed. reprint, Oxford-Londres 1931, II, Obs. V, §. 3.

29. Cf. TITIUS, *op. cit.*, Obs. 473-474; PROECLUS, *op. cit.*, ad II, II, §. 2-3; LEHMANN, *op. cit.*, ad II/II/1, n. 1.

30. Cf. BARBEYRAC, *Le Droit de la Nature*, *op. cit.*, ad VI/I/IV, n. 3.

31. Cf. VATTEL, *Questions de Droit naturel et Observations sur le Traité de Droit de la Nature de M. le Baron de Wolff*, Berne 1762, ad VII/II/239.



attention que la procréation des enfants est l'*effet* de la société conjugale. Le véritable *fin* donc du *mariage* est cette société amicale entre un mari et sa femme, qui les portent à s'aimer réciproquement, à s'aider dans les soins de leur conservation, à se donner des consolations réciproques dans les afflictions, à trouver à chaque instant près de nous un être envers lequel nous puissions exercer des droits et participer à notre tour des avantages de la sociabilité, et enfin à s'accorder par de tendres embrassements les plaisirs les plus sensibles de l'humanité, dont la procréation des enfants est une suite naturelle»<sup>32</sup>.

*Contractualisation* du mariage, affirmation toujours plus nette de l'*égalité des époux*, de leur égalité en droit comme de l'égalité de leurs droits, *psychologisation* croissante de la finalité de leur union —si la Révolution française, encore tributaire du modèle institutionnel et du modèle patriarcal hérités de l'Ancien droit— à preuve l'importance du rite social du mariage civil et le maintien de l'autorité maritale —ne devait pas mener à chef les tendances du jusnaturalisme moderne frappé au sceau des grands principes de liberté, d'égalité et de droit au bonheur de tous les êtres humains, ce sont les réformes du droit de la famille opérées dans la seconde moitié de notre siècle qui vont réaliser dans toute son ampleur la révolution législative postulée par les maîtres de l'Ecole du droit naturel moderne. Nous voudrions le montrer à partir de l'exemple de la dernière en date de ces réformes, celle qu'a ratifié le peuple suisse le 22 septembre 1985 et qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 1988, en nous en tenant aux principes axiologiques qui la fondent, à leur teneur comme au jugement qu'ils appellent de la part de l'Eglise.

## 2ème partie: *Les principes axiologiques du nouveau droit matrimonial suisse*

«Les publicistes de l'époque actuelle sont parvenus à accréditer l'idée qu'ils sont, eux, et exclusivement eux, les 'spécialistes' des institutions de pouvoir, les seuls qui seraient 'intéressantes' du point de vue politique... et c'est ainsi qu'en

32. Cf. de FELICE, *Encyclopédie*, art. Mariage, t. cit., p. 523, et Code de l'Humanité, t. IX, art. Mariage, p. 105.

toute quiétude politique, le législateur de droit privé a pu, sans beaucoup de tapage, abolir le patriarcat. Car c'est bien de cela qu'il s'agit; on a supprimé le pouvoir marital et instauré à sa place le principe de la concertation. Si l'on voulait interpréter cet événement à la lueur, par exemple, des écrits d'Engels, on devrait bien considérer que cette révolution tranquille équivaut, au moins, en sensationnel, à une révision totale de la Constitution. En s'appuyant à 'l'origine' le principe de domination qui prévaut en société capitaliste, n'a-t-on pas fait, à tout le moins symboliquement, la moitié d'un certain chemin vers certains lendemains qui chantent? On ne peut pas passer sous silence l'événement: l'abrogation formelle du modèle patriarcal est un événement historiquement sensationnel dans notre bassin socio-culturel».

(J. F. PERRIN, *Comparaisons pour la réforme du droit matrimonial*, Lausanne 1985, p. 140.)

La Suisse n'est assurément pas connue pour être le terrain d'élection de bouleversements constitutionnels et législatifs, ni pour être le laboratoire du monde occidental en matière de réformes politiques ou juridiques. Si l'on met à part les quelques affrontements sanglants qui ont émaillé son histoire politique au siècle dernier, elle paraît bien plutôt mériter l'appellation que lui donnait il y a un quart de siècle le politologue français André Siegfried de «démocratie témoin» et l'expression courante de «compromis helvétique» vient le corroborer qui qualifie les solutions transactionnelles intervenant dans tous les domaines de l'activité législative du fait de l'existence des mécanismes de la démocratie directe comme le référendum et l'initiative dans l'ordre législatif et constitutionnel. C'est en effet là où le consensus n'a pu être préalablement réalisé sur une réforme donnée au terme de la procédure usuelle de consultation des gouvernements cantonaux comme des associations patronales ou syndicales et de tous les milieux intéressés, que l'arme du référendum vient éprouver l'assise populaire de la réforme en cause.

C'est ce qui s'est vérifié pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle suisse en 1874-1875 lors de l'introduction dans l'ensemble de la Confédération du mariage civil obligatoire. L'unification et la laïcisation de la réglementation de la conclusion du mariage loin d'être en effet le fruit d'un ukase princier, de la délibération d'un conseil de notables ou



d'un décret d'une assemblée révolutionnaire, y apparaissent comme le résultat d'un processus radicalement démocratique en suite d'une double votation populaire au suffrage universel: l'institution du mariage civil obligatoire a été étendue en effet à l'ensemble de la Confédération suisse en 1874/1875 d'abord par le mécanisme du *référendum constitutionnel* portant sur la révision totale de la Constitution fédérale en 1874 conférant à la Confédération la compétence de légiférer en matière de célébration du mariage, qui devait permettre à une large majorité du peuple et des cantons d'adopter la nouvelle charte constitutionnelle de la Suisse le 19 avril 1874; ensuite par le mécanisme du *référendum législatif*, instauré par la même Constitution entrée en vigueur le 29 mai 1874 et qui devait permettre aux adversaires de la laïcisation du mariage de soumettre au scrutin populaire la loi sur le mariage du 24 décembre 1874. Ratifiée par le suffrage populaire, même à une courte majorité —8000 voix sur 418'000 votants— le 23 mai 1875, la loi instaurant le mariage civil obligatoire disposait ainsi d'une indéniable assise démocratique, le premier référendum législatif de l'histoire constitutionnelle de la Suisse permettant d'assurer de manière incontestable la légitimité d'une des réformes les plus profondes de son histoire juridique<sup>33</sup>.

Il n'en a pas été bien différemment de la véritable «révolution à froid» que constitue le nouveau droit matrimonial adopté par les Chambres fédérales le 5 octobre 1984. Ce nouveau droit de la famille, bouleversant les principes établis par le Code civil de 1907, devait en effet lui aussi faire l'objet d'un référendum et être soumis au suffrage populaire le 22 septembre 1985. Adopté à une majorité de quelque 150'000 voix sur près d'un million et demi de votants, il bénéficie donc lui aussi d'une incontestable légitimité démocratique, sur leur teneur et sur l'appréciation que l'Eglise a à porter sur eux.

Ces principes ont le grand mérite d'être *explicités*, aussi bien dans les textes officiels qui présentent les dispositions nouvelles que dans les débats parlementaires ou dans la doctrine qui les commente. Le thème principal ou le mot-clé qui en résume la

33. Cf. notre étude *Conditions particulières, principes inspirateurs et étapes de la laïcisation de l'état civil en Suisse au XIXe siècle*, in *Revue de l'état civil*, 1976, n° 10-11, p. 328-340.

teneur, du message du Conseil fédéral au communiqué de la conférence des évêques suisses qui lui a donné l'aval de la hiérarchie catholique avant la votation populaire du 22 septembre 1985, tient dans l'expression de *parténariat*.

Pareil terme —un néologisme en français— correspond-il simplement à la conception chrétienne du mariage ainsi que l'ont affirmé de manière lénifiante les évêques suisses le 6 juin 1985, dans une occultation caractérisée et de la tradition jehoviste de la Création et de la tradition paulinienne de l'autorité maritale, et de la tradition du droit naturel chrétien<sup>34</sup> —«nous voulons souligner que le principe du parténariat n'est pas seulement dans la ligne des conceptions partagées par la population suisse, mais qu'il correspond aussi à la conception chrétienne du mariage<sup>35</sup>— ou recouvre-t-il pudiquement une véritable «révolution à froid», un tournant historique capital dans l'évolution de la société occidentale comme l'écrit un sociologue du droit peu suspect d'idées traditionnalistes —«on ne peut passer sous silence l'événement: l'abrogation du modèle patriarcal est un événement historiquement sensationnel dans notre bassin socio-culturel» (J. F. PERRIN<sup>36</sup>)? C'est là ce qu'un examen des composantes principales du parténariat dans l'esprit du législateur nous permettra de trancher.

La mise en oeuvre du *parténariat* par le législateur helvétique dans le domaine du droit du mariage apparaît d'abord comme l'une des conséquences législatives de l'adoption du principe constitutionnel consacré para l'art. 4, a. 1-2 de la Constitution fédérale de *l'égalité des sexes*. Le parténariat consacre donc au premier chef *l'égalité de l'homme et de la femme* dans la mariage. Celui-ci ne saurait plus être organisé en fonction d'un ordre donné de la Création commandé par la différenciation des sexes, ainsi que l'estimait encore, conformément tant à la tradition socio-culturelle occidentale qu'à la tradition

34. Cf. notamment, caractéristiques de cette tradition du droit naturel chrétien, les ouvrages classiques de J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel*, t. III, La famille, Namur-Louvain 1944, et de G. M. MANSER, *Angewandtes Naturrecht*, Fribourg 1947.

35. Cf. Communiqué de presse de la 188<sup>e</sup> Conférence ordinaire des Evêques suisses tenue à Einsiedeln du 3 au 5 juin 1985, p. 2.

36. Cf. J. F. PERRIN, *op. cit.*, p. 140.



judéo-chrétienne Eugen Huber, le rédacteur du Code civil suisse, lorsqu'il écrivait:

«Nous estimons que le rapport entre les sexes est donné par un ordre auquel les lois humaines ne peuvent pas changer grand-chose. En particulier, le mari reste le chef de l'union conjugale même là où la tutelle maritale est abolie. Mais la situation se présente différemment selon que le mari dirige sa femme comme une pupille ou que, *primus inter pares*, il l'amène, par ses capacités prépondérantes et son autorité naturelle, à obéir à sa volonté dans les affaires qui la concernent personnellement»<sup>37</sup>.

*L'égalité* que postule le partenariat correspond à cet égard dans la volonté du législateur à un souci d'émancipation par rapport à la nature qui se situe dans la droite ligne de la fonction qu'attribuait voici 40 ans déjà le Doyen Carbonnier au droit matrimonial français —«l'histoire de notre droit du mariage est l'histoire d'une libération continue... tout en psychologie, notre droit matrimonial n'avait plus de place pour la donnée biologique, corporelle»<sup>38</sup>:

«Du fait que la femme joue incontestablement un rôle important en mettant les enfants au monde et en prenant soin d'eux, souligne le Conseil fédéral dans le message qui présente le nouveau droit matrimonial aux Chambres, il serait faux de déduire que la maternité doit être prise comme critère exclusif de l'ordre juridique à instituer dans le mariage. Le législateur qui le ferait agirait au mépris du grand nombre d'épouses pour qui la maternité n'entre pas encore, n'entre plus ou n'est jamais entrée en considération. On ne voit pas non plus pourquoi, fondamentalement, le rôle de mère assumé par la femme depuis l'origine devrait s'opposer aux efforts tendant à mettre les époux sur un pied d'égalité. Les différences fonctionnelles entre homme et femme n'ont pas à influencer sur l'équilibre de l'union conjugale»<sup>39</sup>.

37. Cf. E. HUBER, *Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das Eherecht*, Revue de droit suisse 1894, NS 13, p. 553.

38. Cf. J. CARBONNIER, *Terre et Ciel dans le droit français du mariage*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, t. 1, Paris 1950, p. 328 et 331.

39. Cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, p. 12.

Le *premier principe axiologique* du nouveau droit du mariage suisse tient donc dans l'*égalité*, voire dans l'*égalité*, réalisant ainsi l'un des principes fondamentaux de la pensée jusnaturaliste négligé dans l'ordre matrimonial par la Révolution française.

Mais l'idéologie égalitaire ne commande pas tout le nouveau droit. Car l'*égalité* visée par le législateur doit se réaliser dans la *liberté*: le partenariat postule ainsi corrélativement à l'*égalité des sexes*, la *liberté* de chacun des partenaires, le législateur proposant délibérément aux couples helvétiques un *modèle d'autonomie* en plus du *modèle égalitaire*. Ce qu'implique ce *modèle d'autonomie*, c'est ni plus ni moins que l'*interchangeabilité des rôles* dans l'organisation de la vie conjugale:

«*Le modèle d'autonomie*

Il y a d'abord une autonomie du couple, par rapport à la loi, dans la mesure où les lois nouvelles renoncent à imposer aux époux la répartition des rôles qui était de tradition (voir art. 160, 2 al. et 161, 3 al., CC). Ceci n'augmente pas seulement les possibilités de la femme, mais supprime également l'obligation du mari d'être le soutien premier de la famille. A côté de l'autonomie du couple par rapport à la loi, il y a l'autonomie individuelle de chacun des époux par rapport à son conjoint. Cette autonomie individuelle se manifeste notamment au plan de la profession. Auparavant, la femme mariée ne pouvait exercer de profession ou d'industrie qu'avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari. Les lois nouvelles prévoient au contraire la liberté pour chacun des époux d'exercer la profession de son choix. Certaines d'entre elles affirment cette liberté sans restriction... L'autonomie individuelle des époux apparaît encore dans la réglementation nouvelle de la gestion et de la disposition des biens. Sous la réserve importante de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, chacun des époux est désormais libre, en particulier, de disposer de ses gains et salaires»<sup>40</sup>.

*Egalité* et *liberté* des partenaires, ces deux principes axiologiques du nouveau droit matrimonial ne peuvent cependant se comprendre pleinement sans la prise en considération d'un troisième principe qui donne forme au *droit au bonheur* des jusnaturalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle et singulièrement des auteurs de la Déclaration d'indépendance américaine: le *principe d'épanouissement*. Comme l'explique encore significativement le Conseil

40. Cf. *op. cit.*, p. 44-45.



fédéral dans le même message présentant le nouveau droit:

«L'égalité de droit ne doit pas se confondre avec un nivellement systématique. Elle n'exige nullement qu'une règle identique soit appliquée en toutes circonstances aux époux, ni que la position effective de la femme soit alignée entièrement sur celle de l'homme. Ce qu'elle exige, c'est que chacun des époux ait les mêmes possibilités d'épanouissement dans le cadre de la vie commune convenue entre eux, suivant sa condition, ses inclinations et ses capacités personnelles. Il est impossible de dire dans une loi ce que cela signifie dans chaque cas, mais cela oblige de renoncer à fixer dans des dispositions légales des tâches et des privilèges différents pour l'homme et la femme... Epanouissement de la personne et relation de partenaire sont tributaires l'un de l'autre. L'épanouissement de la personne et l'émancipation ne sont pas des 'problèmes de femmes'; ils concernent aussi bien l'homme. Ils sont une exigence pour l'un ou l'autre sexe»<sup>41</sup>.

Que l'épanouissement de la personne dans l'affranchissement des contraintes de la nature et du passé soit *le maître-mot* du nouveau droit, c'est ce que formule avec pertinence J. F. Perrin dans son essai d'interprétation des changements juridiques et sociaux dans le champ du droit matrimonial qui conclut son ouvrage de sociologie juridique sur le nouveau droit du mariage par ces observations:

«On devrait pouvoir spécifier une nouvelle valeur maîtresse, inspiratrice de toute la législation. Jean Carbonnier, dans l'étude précitée, estime que les nouvelles législations européennes concernant la famille prennent nettement position pour une égalité par l'autonomie qui ne serait pas 'licence' mais plutôt matérialisation de l'idée de 'liberté', valorisation de la dignité de la personne par l'autonomie; le mot-clé étant peut-être celui 'd'épanouissement'»<sup>42</sup>.

Egalité-émancipation des contraintes de la nature; liberté-interchangeabilité des rôles; épanouissement-réalisation de la personne... Les principes axiologiques qui commandent le nouveau droit du mariage n'ont de toute évidence aucun lien avec les principes du droit naturel chrétien formulés par la doctrine comme para le Magistère de l'Eglise il y a moins d'un demi-siècle:

41. Cf. *op. cit.*, p. 13.

42. Cf. J. F. PERRIN, *op. cit.*, p. 142.

«L'Eglise a cependant maintenu une forme d'inégalité en reconnaissant *le mari* comme *le chef de la famille*. 'Femmes obéissez à vos maris' dit Saint Paul. Jusqu'à notre temps ce principe n'avait guère été discuté. Il ne fait que continuer la tradition humaine d'après laquelle il appartient au mari de diriger la société familiale, et il s'ensuit dans l'ancien droit canon, comme dans le droit civil, un certain nombre de droits du mari sur les biens et un devoir de la femme de suivre son mari. Nous reviendrons sur cette question après avoir vu les critiques des féministes. Bornons-nous pour le moment à citer le passage de l'Encyclique *Casti Connubii* où Pie XI précise la conception catholique du devoir d'obéissance de la femme: «La société domestique ayant été bien affermie para le lien de cette charité, il est nécessaire d'y faire fleurir ce que Saint-Augustin appelle l'ordre de l'amour. Cet ordre implique et la primauté du mari sur sa femme et ses enfants, et la soumission empressée de la femme ainsi que son obéissance spontanée, ce que l'Apôtre recommande en ces termes:

«Que les femmes soient soumises à leur mari comme au Seigneur; parce que l'homme est le chef de la femme comme le Christ est le chef de l'Eglise» (Eph. V, 22-23). «Cette soumission, d'ailleurs ne nie pas, elle n'abolit pas la liberté qui revient de plein droit à la femme, tant à raison de ses prérogatives comme personne humaine, qu'à raison de ses fonctions si nobles d'épouse, de mère et de compagne; elle ne lui commande pas de se plier à tous les désirs de son mari, quels qu'ils soient; même à ceux qui pourraient être peu conformes à la raison ou bien à la dignité de l'épouse; elle n'enseigne pas que la femme doive être assimilée aux personnes que, dans le langage du droit, on appelle des 'mineurs' et auxquelles, à cause de leur jugement insuffisamment formé ou de leur impéritie dans les choses humaines, on refuse d'ordinaire le libre exercice de leurs droits; mais elle interdit cette licence exagérée qui néglige le bien de la famille; elle ne veut pas que, dans le corps moral qui est la famille, le coeur soit séparé de la tête, au très grand détriment du corps entier et au péril —péril très proche— de la ruine. Si, en effet, le mari est la tête, la femme est le coeur, et, comme le premier possède la primauté du gouvernement, celle-ci peut et doit revendiquer comme sienne cette primauté de l'amour».

Ce texte montre bien que, dans la pensée catholique, si l'homme est le chef de la famille, ce n'est pas en vertu d'une supériorité de nature, mais simplement parce qu'étant donné qu'il faut un chef dans toute société, cette qualité paraît plutôt lui revenir. *Simple fonction sociale*. L'homme a donc sur la femme, dans le mariage, une supériorité fonctionnelle»<sup>43</sup>.

43. Cf. J. LECLERCQ, *op. cit.*, t. cit., p. 314-315.



Comment comprendre alors le commentaire autorisé donné par la conférence des Evêques suisses en date du 6 juin 1985 sur le nouveau droit matrimonial qui ne prend pas seulement le contrepied de l'enseignement plus que cinquantenaire de «*Casti Connubii*» (1930), mais paraît ignorer les avertissements tout récents de Jean Paul II dans son Exhortation apostolique «*Familiaris Consortio*» (1981)?:

«Un authentique partenariat, disent les Evêques suisses, exige pourtant que les partenaires soient mis sur le même pied. C'est pourquoi cette révision a essayé dans la mesure du possible d'éliminer toutes les disparités juridiques entre homme et femme.

En outre, un vrai partenariat suppose que les partenaires puissent décider eux-mêmes de la répartition des rôles à l'intérieur de leur communauté. Du fait que le nouveau droit renonce à préciser ces rôles, ce que faisait l'ancienne loi, on peut considérer qu'il accorde aux époux la pleine liberté dans cette répartition. Le droit de la famille gagne ainsi en ouverture. Il n'y a plus un modèle-type de famille imposé par la loi, mais chaque foyer a la responsabilité de déterminer librement qui assume tel ou tel rôle dans le foyer. Le nouveau droit tient donc aussi compte du pluralisme dans la conception de la famille tel qu'il existe dans la société contemporaine»<sup>44</sup>.

La prise en considération «du pluralisme tel qu'il existe dans la société contemporaine» constitue-t-elle en effet le dernier mot de l'appréciation que le simple fidèle attend de la hiérarchie sur la révolution socio-culturelle que représente l'abrogation du modèle patriarcal dans notre société? Ou illustre-t-elle au contraire, quitte à passer pour un «rumiant de la Sainte-Alliance», ce que Jacques Maritain stigmatisait déjà en 1966 dans son «*Paysan de la Garonne*» sous le nom «d'agenouillement devant le monde» en dénonçant l'attitude «des moutons de Panurge»<sup>45</sup> de l'Eglise post-conciliaire?

### *Conclusion*

En fait, plus profondément ce qui nous paraît faire totalement

44. Cf. Communiqué de presse cité (35), p. 2.

45. Cf. J. MARITAIN, *Le Paysan de la Garonne*, Paris 1966, p. 45 et 85.

défaut dans l'appréciation que portent les Docteurs ordinaires de l'Eglise helvétique sur le nouveau droit de la famille, c'est la prise de conscience d'une manifestation caractéristique du Droit de l'Etat-Providence moderne. Car, si le nouveau droit du mariage helvétique — comme ses modèles occidentaux — représente une « Révolution à froid », c'est qu'il constitue de façon typique une des manifestations le plus frappantes de la « Révolution par la loi » qu'opère le Droit de l'Etat-Providence ainsi que l'ont mis en évidence de façon concordante H. J. Berman aux Etats-Unis et le doyen Carbonnier en France<sup>46</sup>.

C'est que le Droit de l'Etat-Providence, loin d'être l'expression de l'ordre de la Création, apparaît d'abord comme un « droit construit », et ceci au détriment de la reproduction des modèles traditionnels d'existence<sup>47</sup> — cela est particulièrement évident dans le domaine de la famille.

C'est ensuite et surtout que le Droit de l'Etat-Providence a pour référence constante la normalité, c'est-à-dire l'évaluation des comportements en fonction des moyennes statistiques, soit des régularités. Cela est directement sensible dans le nouveau Droit du mariage helvétique, où ce sont les données statistiques relatives au nombre de femmes qui travaillent<sup>48</sup>, à l'essor du concubinage<sup>49</sup> ou aux pratiques des couples<sup>50</sup> qui tiennent lieu de points de référence pour la réforme des dispositions du Droit matrimonial.

Le plus inquiétant cependant, et le plus révélateur en même temps, de la « Révolution à froid » délibérément opérée en matière matrimoniale tient sans doute dans la « fonction pédagogique » dévolue par les artisans du nouveau droit à la loi nouvelle<sup>51</sup>.

46. Cf. H. J. BERMAN, *Law and Revolution, The formation of the Western Tradition*, Cambridge (Mass.) — Londres, 1983, p. 33-36; J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris 1983, p. 138-139. Nous sommes reconnaissants au Professeur Chs. A. MORAND de la communication de son rapport « Le Droit de l'Etat-Providence » au « Convegno internazionale di Studi Novi Moti per la Formazione del Diritto » de Rome (Juin 1987) dont nous nous sommes inspirés ici, mais dans une perspective sensiblement différente.

47. J. HABERMAS, *Théorie des Kommunikativen Handelns*, Francfort 1981, p. 542.

48. Cf. Message du Conseil fédéral, (CF) p. 9.

49. Cf. *op. cit.*, p. 14.

50. Cf. J. F. PERRIN, *op. cit.*, p. 150.

51. Cf. Message C. F., p. 14, et J. F. PERRIN, *op. cit.*, p. 151 ss.



De simples reflets des comportements statistiquement majoritaires ou prétendus tels, la loi nouvelle se voit conférer ainsi une mission éducatrice que les mêmes auteurs lui déniaient, pour la plupart, sur le plan pénal, singulièrement en matière d'avortement. Bien plus, la loi nouvelle, typique du Droit de l'Etat-Providence, se voit investie d'une fonction de «moteur du changement social» (J. F. Perrin)<sup>52</sup>.

Dans ces conditions, il est permis de se demander si le nouveau Droit de l'Etat-Providence n'est pas tout simplement l'expression des moeurs comme des voeux d'une élite<sup>53</sup> et d'une élite décidée à mener à chef la Révolution sociale que n'avait pu opérer en Occident la Révolution française. Il serait surprenant alors que le Magistère de l'Eglise garde le silence et persiste dans son mutisme face à un phénomène de cette ampleur et de cette portée. Les fermes et lucides mises en garde du Pape Jean-Paul II laissent heureusement augurer de prises de position plus marquées du Magistère que celle des Docteurs ordinaires de l'Eglise helvétique dans le domaine de l'évolution juridique et sociale de la famille:

«La situation dans laquelle se trouve la famille, relève ainsi Jean-Paul II, présente deux aspects: les uns sont le signe du salut du Christ à l'oeuvre dans le monde; les autres du refus que l'homme oppose à l'amour de Dieu. Car, d'une part, on constate une conscience plus vive de la liberté personnelle, une attention plus grande à la qualité des relations interpersonnelles dans le mariage, à la promotion de la dignité de la femme, à la procréation responsable, à l'éducation des enfants... (...) Mais, par ailleurs, il ne manque pas d'indices d'une dégradation préoccupante de certaines valeurs fondamentales: une conception théorique et pratique erronée de l'indépendance des conjoints entre eux; de graves ambiguïtés à propos du rapport d'autorité entre parents et enfants; des difficultés concrètes à transmettre les valeurs, comme bien des

52. Cf. J. F. PERRIN, *op. cit.*, p. 153, qui parle ailleurs de la «modestie pédagogique» dont la nouvelle loi est empreinte.

53. S'il est vrai que le nouveau droit matrimonial a été accepté par 920.000 voix contre 760.000 voix sur l'ensemble de la population suisse (Cf. FF. 137e année/II/p. 1437) avec une participation de peu inférieure à la moyenne habituelle de 45%, dans des cantons comme celui de Genève, il l'a été par 80% des votants ne représentant —avec 20% de participation au scrutin— que 16% du corps électoral: l'image d'une minorité agissante, voire de l'action continue d'une élite décidée au changement social, s'impose à cet égard sans discussion.

familles l'expérimentent; le nombre croissant des divorces; la plaie de l'avortement; le recours sans cesse plus fréquent à la stérilisation; l'installation d'une mentalité vraiment et proprement contraceptive.

A la racine de ces phénomènes négatifs, il a y souvent une corruption du concept et de l'expérience de la liberté, celle-ci étant comprise non comme la capacité de réaliser la vérité du projet de Dieu sur le mariage et la famille, mais comme une force autonome d'une affirmation de soi, assez souvent contre les autres, pour son bien-être égoïste» (...).

Ce mélange montre que l'histoire n'est pas simplement un progrès nécessaire vers le mieux, mais un avènement de la liberté, et plus encore un combat entre libertés qui s'opposent, c'est-à-dire selon l'expression bien connue de Saint Augustin, un conflit entre deux amours: «l'amour de Dieu poussé jusqu'au mépris de soi; l'amour de soi poussé jusqu'au mépris de Dieu» (De Civitate Dei XIV/28)<sup>54</sup>.

Et le même Souverain Pontife poursuit dans une véritable mise en garde contre une appréciation erronée de l'égalité de la femme et de l'homme:

«Au sujet de la femme, il faut noter avant tout sa dignité et sa responsabilité égales à celles de l'homme: Cette égalité trouve une forme singulière de réalisation dans le don réciproque de soi entre les époux et dans le don d'eux-mêmes à leurs enfants; un tel don est propre au mariage et à la famille (...) Par ailleurs la vraie promotion de la femme exige que soit clairement reconnue la valeur de son rôle maternel et familial face à toutes les autres fonctions publiques et à toutes les autres professions. Il est du reste nécessaire que ces fonctions et ces professions soient étroitement liées entre elles si l'on veut que l'évolution sociale et culturelle soit vraiment et pleinement humaine.

Cela s'obtiendra plus facilement si, comme le synode l'a souhaité, une «théologie du travail» renouvelée arrive à mettre en lumière et à approfondir le sens du travail dans la vie chrétienne, comme aussi à déterminer le lien fondamental qui existe entre le travail et la famille, et donc la signification originale et irremplaçable du travail à la maison et de l'éducation des enfants. C'est pourquoi l'Eglise peut et doit aider la société actuelle en demandant inlassablement que le travail de la femme à la maison soit reconnu et honoré par tous dans sa

54. Cf. JEAN-PAUL II, *Exhortation apostolique «Familiaris Consortio» du 22 novembre 1981*, Doc. catholique, 1982, t. LXXIX/No 1821 - n. 6, p. 2-3; Cf. AAS, 1982, t. LXXIV, N. 2, p. 87.



valeur irremplaçable (...). Si le droit d'accéder aux diverses fonctions publiques doit être reconnu aux femmes comme il l'est aux hommes, la société doit pourtant se structurer d'une manière telle que les épouses et les merès *ne soient pas obligées concrètement* à travailler hors du foyer et que, même si elles se consacrent totalement à leurs familles, celles-ci puissent vivre et se développer de façon convenable»<sup>55</sup>.

Et Jean-Paul II souligne à l'encontre des modes dominants de penser contemporaines qui ont inspiré les réformes du Droit du mariage les plus récentes, ce qui nous tiendra lieu de conclusion:

«Il faut par ailleurs dépasser le mentalité selon laquelle l'honneur de la femme vient davantage du travail à l'extérieur que de l'activité familiale»<sup>56</sup>.

55. *Op. cit.*, Nos 22 et 23, p. 8-9, Cf. AAS, *loc. cit.*, p. 107-109.

56. *Op. cit.*, No 23, p. 9; cf. AAS, *op. cit.*, p. 109.