



À quoi sert le mariage civil ?

Christine Gavini

ÉTUDE

SOMMAIRE

SOMMAIRE	2
INTRODUCTION	3
I. LE MARIAGE ET L'AMOUR AUJOURD'HUI : QUELLES REALITES SOCIALES ?	6
A. De la famille de Parsons à l'éclatement des modèles	6
B. Une transformation profonde des représentations	9
C. Amour et instabilité du couple : la dure loi du désir	11
II. L'UNION CIVILE AUJOURD'HUI OU L'ABSENCE REGRETTEE DE L'AMOUR	14
A. Sécheresse et abstraction du rituel public d'union	14
B. Une pauvreté voulue depuis la création du Code civil	15
C. Le mariage civil vécu : une fonction symbolique	16
D. Le divorce, une violence	17
III. L'INDIVIDU, LE COUPLE ET LA SOCIETE	19
A. La rhétorique de la crise du lien social	19
B. Communauté et société : une dualité fictive	20
C. L'amour, symbole de la société moderne	21
D. L'instabilité du couple, fruit de l'amour, pas celui du contrat	23
L'UNION CIVILE ET LA DEMOCRATIE	25
LES GRANDES DATES DU MARIAGE DEPUIS 1789	27

INTRODUCTION

Dans le débat politique, le couple apparaît comme un sujet d'une grande frivolité. Il redevient digne d'intérêt, aux yeux du politique, lorsqu'il touche la famille, c'est-à-dire dès lors qu'il renvoie aux modes de socialisation et aux mécanismes de la reproduction sociale. Il semble plus sérieux lorsqu'il affecte le divorce ou les droits de succession. Et encore ! Une importante réforme du divorce a été votée au printemps 2004¹ sans susciter de véritable débat public, la réforme ne traitant pas des liens avec les enfants². Manifestement, « *la fréquence des ruptures (un mariage sur deux...) [a] nourri un insondable désintérêt public pour les conflits privés*³ ». Le couple est politiquement et socialement relégué. Alors qu'il alimente une immense littérature et une presse importante, il est peu légitime parce qu'il participe de l'intime et de la sphère privée.

Pourtant, le couple et son instabilité sont à l'origine de difficultés qui méritent une réflexion politique d'ensemble : « *aujourd'hui, le divorce est entré dans les mœurs. Et pourtant, nous ne savons que faire de cette banalité, qui nous rassure et nous taraude. L'effroi devant la fréquence des séparations et la crainte de la dilution des liens qui assurent la vie ont succédé à la condamnation antérieure de la déviance. Le bilan paraît lourd. Difficultés des mères, désertion ou éviction des pères, souffrance des enfants. Triple impasse, qui suscite de vraies inquiétudes aussi bien que des peurs fantasmatiques, des rumeurs de guerre des sexes, de faux procès, des replis nostalgiques sur un passé magnifié. On se demande alors quelle loi règne dans l'espace privé, sinon la loi du plus fort, et quelle justice, dans la société désemparée par un phénomène qui la dépasse, sinon celle de la jungle*⁴ ».

Paradoxalement, on traite des conséquences du dysfonctionnement du couple, et particulièrement de ses effets pour les enfants, sans s'interroger réellement sur ce qui fait la fragilité de l'union des adultes. Pourtant, de toute évidence, si les enfants sont concernés par la rupture, c'est d'abord parce que le couple de leurs parents est en danger. Il nous semble donc utile de mener une réflexion sur le seul couple, et d'insister sur les mécanismes qui expliquent sa précarité dans les sociétés développées. Il ne s'agit pas d'exclure totalement les enfants de l'analyse mais plutôt de concentrer l'attention sur l'union des adultes et son principal moteur, le sentiment amoureux.

Ces questions ne sont pas anecdotiques dans la perspective d'une réflexion politique : les transformations du couple et de la sexualité sont au cœur des relations sociales qui fondent

¹ Loi du loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et applicable au 1er janvier 2005.

² La réforme ne traitait pas des liens avec les enfants (l'autorité parentale ayant été réformée en 2002) mais seulement du couple.

³ Irène Théry, Divorce : idéal du consentement ou peur des conflits ? *Esprit*, juillet 2004

⁴ Irène Théry, *Le démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993

le lien démocratique. Comme l'explique le sociologue Anthony Giddens, « *la transformation de l'intimité* » a beaucoup à voir avec la démocratisation de la société et réciproquement : « *la démocratie politique présuppose que les individus disposent de ressources suffisantes pour participer de manière pleinement autonome au processus démocratique. Il en va de même pour la relation pure (dont la relation amoureuse est le type)* »⁵.

Il existe en effet un parallélisme entre les relations revendiquées au sein du couple et celles qui structurent l'espace démocratique. Ces relations reposent en effet à la fois sur l'égalité des partenaires et sur leur autonomie (il s'agit bien entendu ici de l'idéal-type de l'amour, pas de son fonctionnement concret !). Ces deux caractéristiques sont les mêmes que celles qui caractérisent les relations entre citoyens au sein des démocraties (là encore de façon idéal-typique), si l'on en croit notamment Jürgen Habermas⁶. Enfin, la dimension *élective* du mariage moderne, conçu comme un mariage d'amour librement consenti, résonne particulièrement avec l'entreprise démocratique.

D'ailleurs, bien avant la Révolution Française, les liens sont explicites entre les revendications démocratiques et celles relatives au couple : la critique des mariages arrangés, du pouvoir des pères et des confesseurs complices vont de paire, de Molière à Beaumarchais, avec la remise en cause de la société d'Ancien Régime. Le mariage d'amour est donc une innovation politique tout autant qu'un progrès dans l'espace privé et nous tenterons de montrer pourquoi l'amour est *la relation démocratique par excellence*.

Aujourd'hui encore, le sociologue anglais estime que les mutations dans l'ordre privé sont porteuses de nouvelles conséquences pour la démocratie : « de façon générale, il n'est pas exclu que la transformation de l'intimité ait une influence subversive sur les institutions modernes dans leur ensemble. (..) Les changements affectant à notre époque la sexualité sont véritablement révolutionnaires, de la manière la plus profonde qui soit ». En particulier, le modèle électif et affectif du mariage, en se diffusant, peut être jugé déstabilisant pour d'autres institutions. Le mariage, en tant que contrat, est d'ailleurs soumis en cela à une critique de type « anti-libérale » fustigeant, derrière les apparences de consentement mutuel, le rapport de domination qui structure la relation (en particulier lors de la rupture).

Les questions du mariage civil et du divorce portent donc en germe des interrogations sur l'avenir des sociétés modernes. Le mariage et son pendant, le divorce, suscitent tant d'interrogations et ont évolué si rapidement qu'il est utile au politique de se poser la question de leurs finalités et de leur fonction sociale : au fond, à quoi servent-ils ?

La présente note a pour ambition, à quelques enseignements de la sociologie contemporaine du mariage, d'ouvrir ce débat. Elle explore les transformations du mariage

⁵ Anthony Giddens, *La transformation de l'intimité*, Le Rouergue Chambon, 2004.

⁶ Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987 ; Jürgen Habermas, *L'espace public*, Payot, 1978.

en rappelant les conséquences majeures qu'a eu l'intrusion de l'amour dans le choix du conjoint, en particulier l'instabilité du couple. Elle combat l'idée que c'est la transformation du mariage-institution en mariage-contrat qui a nourri cette instabilité. La note tentera enfin de souligner l'impact majeur des représentations et la dimension principalement symbolique du mariage civil aujourd'hui.

I. Le mariage et l'amour aujourd'hui : quelles réalités sociales ?

Depuis le milieu des années 1960, la famille, et particulièrement le mariage, connaissent une mutation importante, que l'on a d'abord perçue comme une « crise », avant de la considérer comme une transformation du sens que les acteurs sociaux donnent au couple et à l'union.

Plus que la famille, cette transformation a principalement affecté le couple. Les anthropologues donnent traditionnellement de la famille l'image d'un croisement entre deux types de relations, l'alliance et la filiation : « *on sait que tout système de parenté se décline sur deux axes, celui de la filiation qui définit les relations entre parents et enfants et celui de l'alliance qui statue sur la légitimité du couple* ⁷ ». Dans nos sociétés, et depuis le milieu des années 1960, c'est d'abord l'alliance qui a connu des changements majeurs, la filiation n'ayant accompagné qu'après coup ces évolutions.

A. De la famille de Parsons à l'éclatement des modèles

C'est d'abord l'institution du mariage qui a connu des revers : le nombre de mariages a atteint son apogée en 1972 avec 416 500 mariages. Depuis, il s'est fixé à un niveau très inférieur : 265 000 en 1987, 287 000 en 1990, 254 000 en 1993, 284 000 en 1997, 298 000 en 2000 et 273 000 en 2003⁸. Le taux de nuptialité, indicateur plus fiable que le nombre de mariages puisqu'il tient compte du nombre de personnes en âge de se marier, a affiché une baisse forte entre 1960 et nos jours et connaît aujourd'hui une stabilisation.

⁷ Geneviève Delaisi de Parseval, « La famille, c'est politique », *Libération*, 9 juin 2004.

⁸ INED, données en ligne sur le site de l'Institut.

Nuptialité des générations (premiers mariages)

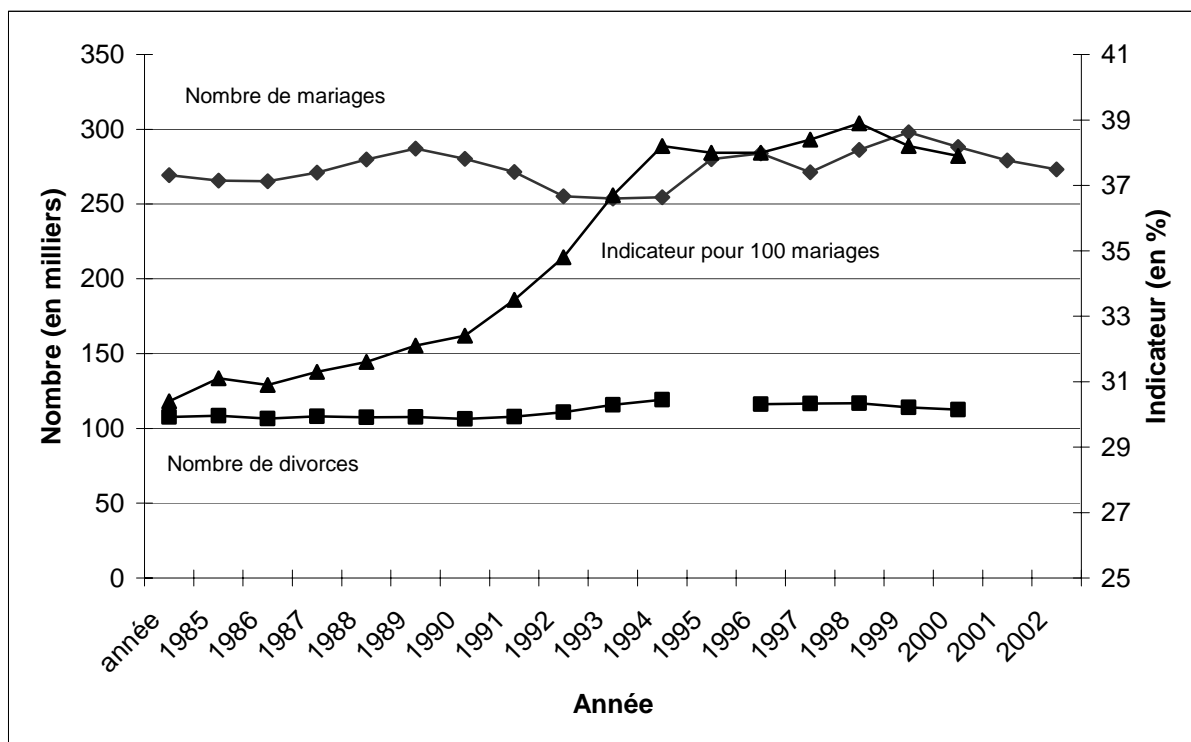
Pour 100 hommes				
Année de naissance	Proportion de déjà mariés à 49 ans*	Age moyen au 1er mariage* (ans)	Proportion de déjà mariés	
			à 24 ans	à 30 ans
1943	88	24,5	55	81
1948	87	24,5	56	80
1953	85	25,0	52	75
1958	79	26,3	39	64
1963	72	28,2	23	52
1965	70	28,9	19	47
1967	68	29,4	16	44
1969			12	41
1971			9	39
1973			8	
1975			6	
1977			6	

Pour 100 femmes				
Année de naissance	Proportion de déjà mariées à 49 ans*	Age moyen au 1er mariage* (ans)	Proportion de déjà mariées	
			à 22 ans	à 28 ans
1945	92	22,3	59	86
1950	90	22,6	57	83
1955	86	22,9	53	77
1960	81	24,1	42	67
1965	73	26,0	24	54
1967	71	26,7	19	50
1969	71	27,6	15	46
1971			12	43
1973			9	41
1975			7	
1977			7	
1979			6	

Source : calculs et estimations à partir de données Insee, in France Prioux, « L'évolution démographique récente », 2002, pp. 4-5.

Au-delà de la baisse de la nuptialité, plus visible a été la croissance du nombre des couples non mariés qui continue d'augmenter : ils étaient 2,4 millions en 1998, contre seulement 1,5 million en 1990 et un million en 1980. Parmi eux, plus d'un million vivent avec des enfants. Aujourd'hui, un couple sur six n'est pas marié.

Mariages, divorces et indicateur conjoncturel pour cent mariages



Le mariage reste toutefois le mode de vie en couple le plus répandu. Mais le destin du mariage est d'être désormais souvent suivi du divorce. Là encore, il existe une différence forte entre le flux des divorces, qui représentent aujourd'hui 38 % des mariages annuels (contre 10 % en 1960) et leur nombre rapporté au nombre total des couples mariés, qui ne s'élève qu'à 1 %. C'est donc *en tendance* que les évolutions sont sensibles : 83 % des couples sont mariés (contre 90 % en 1990). Sur 100 femmes de plus de 15 ans, 50 % sont mariées (contre 71 % en 1975), 30 % célibataires, 13 % veuves et 7 % seulement sont divorcées. Autre transformation, la montée en puissance des PACS, qui représentent aujourd'hui l'équivalent de 7 % des mariages annuels (100 000 PACS ont été signés depuis 1999).

Ces évolutions ont abouti, au moins dans les représentations, à un certain *éclatement* des modèles familiaux. Certes, comme on l'a vu, le « stock » des couples mariés reste important, mais il est évident que les générations nouvelles connaissent et connaîtront une plus grande instabilité de la relation matrimoniale.

Le destin marital du couple, moins stable, s'accompagne logiquement d'un changement du rôle de chaque membre de la famille. Schématiquement, à une famille « *parsonienne*⁹ » hégémonique, où les rôles de chaque sexe sont clairement établis, se substitue une diversité de modèles et de divisions des tâches : à côté de la famille nucléaire classique, apparaissent

⁹ Par référence au sociologue Talcott Parsons, inventeur de la division sexuelle des rôles entre l'homme, titulaire de la fonction « instrumentale » - gagner de l'argent à l'extérieur de la maison - et la femme, détentrice de la fonction « expressive » - transmettre les valeurs aux enfants à l'intérieur de l'espace domestique.

de nouvelles compositions telles que les familles monoparentales, les familles recomposées ou les couples en PACS¹⁰.

Au sein même des couples traditionnels, les rôles respectifs des hommes et des femmes se transforment, sans toutefois qu'une évolution majeure se fasse sentir, comme l'atteste le caractère très « sexué » des emplois du temps des individus : ainsi, le « temps parental » représente 19 heures et 37 minutes par individu et par semaine ; soit environ un mi-temps à ajouter à la journée de travail. Mais, dans les couples avec enfants, pour un temps de travail presque équivalent, les femmes font plus du double d'heures parentales que leur conjoint. Le problème de conciliation se règle alors le plus couramment par la célèbre « double journée de travail » de la femme, car l'externalisation des tâches parentales ou domestiques est très rare, hormis par le biais de la délégation à la famille élargie¹¹.

B. Une transformation profonde des représentations

Plus profondément, c'est l'articulation entre le couple et le mariage qui a changé : alors que l'alliance reposait, jusqu'aux années 1960, encore largement sur des liens familiaux, financiers et matériels, le mariage moderne repose de plus en plus sur l'imaginaire de l'amour et est désormais conçu comme le fruit d'un désir commun.

Certes, cette transformation ne date pas des années 1960 : comme le rappelle André Bruguère, c'est autour de la Révolution que « s'affirme l'idée que la liberté et l'amour sont les seuls fondements acceptables du mariage, une idée qui était depuis 1730 le thème dominant du théâtre et ensuite du roman¹² ». L'amour en occident constitue un code complexe et évolutif dont les premiers fondamentaux remonteraient aux troubadours et à l'amour courtois (Denis de Rougemont).

Le sociologue Niklas Luhmann a repéré les diverses « sémantiques de l'amour » qui ont traversé les âges dans les sociétés occidentales. Il fait ainsi remonter la naissance du mariage-amour aux premiers textes sur la galanterie, à la fin du Moyen-âge. Il rappelle qu'à partir du XVIII^e siècle, « le choix des époux doit trouver à se légitimer en lui-même (quelqu'idée que s'en fasse le particulier). C'est à ce changement de structure que, sans le savoir, on s'était préparé avec le développement du medium de communication amour. La sémantique – orientée pour partie sur les passions extra-conjugales (en France), pour partie sur la vie domestique (en Angleterre), et enfin sur la formation de l'individu (en Allemagne) – était déjà préparée et pouvait maintenant entrer en fonction¹³ ».

¹⁰ Les familles monoparentales représentent 19% des familles avec enfants et 16% des enfants. En France, 14% des familles sont monoparentales. Les recompositions concernent 8% des familles.

¹¹ DARES, *Premières Informations et Premières Synthèses*, mai 2000, n° 20.1 – « Temps de travail, temps parental - la charge parentale : un travail à mi-temps ».

¹² Bruguère A., « La famille et l'Etat. Débats et attentes de la société française à la veille de la révolution » in Irène Théry et Christian Biet, *La famille, la loi et l'Etat, de la révolution au code Civil*, 1989.

¹³ Niklas Luhmann, *Amour comme passion. La codification de l'intimité*, Aubier, 1990.

A partir de cette période, la difficulté qui surgit consiste à expliquer pourquoi des mariages soustraits au contrôle parental et reposant sur le choix librement consenti des époux, peuvent cependant être malheureux. C'est « l'amour romantique » qui fournit, au XX^e siècle la justification de ces déboires du mariage d'amour, ainsi qu'un certain nombre de théorisations « naturalistes » qui expliquent que tout en recherchant leur bonheur, les individus contribuent à la reproduction de l'humanité (une sorte de « main invisible de l'amour »).

Mais l'inscription véritable de l'amour (et surtout du libre choix) dans le mariage est plus récente : sanctionner l'amour par une union civile et pouvoir rompre ce dernier lorsque l'amour disparaît est resté à l'état de projet, notamment dans les pays issus de la Réforme. Ce projet, véhiculé par la littérature, est demeuré une utopie tant que les besoins matériels – besoin de soutien, de secours, de protection et de statut de la part des femmes, besoins d'assistance voire de capital de la part des hommes – ont contraint au mariage et à son maintien. L'institutionnalisation du couple né de l'amour ne connaît donc son aboutissement dans l'ensemble de la société que dans la seconde moitié du vingtième siècle.

Pour y parvenir, il a fallu l'impulsion conjointe d'évolutions sociodémographiques et de transformations des normes. Les transformations sociales et démographiques sont bien connues : la montée du travail des femmes, source d'indépendance financière, les progrès de la contraception et du contrôle des naissances¹⁴ sont les facteurs lourds de cette mutation. Dans le même temps, les progrès de l'égalité des sexes ont contribué à affirmer une conception plus équilibrée du couple¹⁵. Les représentations des rôles familiaux ont, en grande partie, changé avec la valorisation des « nouveaux pères » et celle du travail de la femme dans le couple (progressivement, celles-ci ont renoncé à s'arrêter de travailler après la naissance des enfants et leurs époux se prononcent de moins en moins souvent en faveur de la cessation de leur activité).

De même, l'environnement normatif se modifie dans les années 1970 avec les lois sur la libéralisation de la contraception et sur l'avortement (1975). Ces changements ont fait évoluer le rapport à l'enfant de façon bien plus durable et profonde que toutes les théorisations de la pédo-psychologie : la naissance d'un enfant n'est plus vécue comme un événement subi. La loi de 1975 a profondément réformé le divorce, notamment par l'introduction du divorce par consentement mutuel¹⁶, demandé conjointement par les deux époux. Celle de 2004 n'apporte pas de changement majeur à cette logique, mais opère une

¹⁴ Après la période du baby-boom, la fécondité a été divisée par 2 pour se stabiliser autour de 1.7 enfants par femme.

¹⁵ Conception qui fait d'ailleurs davantage partie des représentations que de la réalité sociale quotidienne : qu'il s'agisse des enquêtes sur les emplois du temps comparés des hommes et des femmes ou d'analyse plus compréhensives, toutes les études montrent que la division des tâches au sein du couple reste fortement sexuée.

¹⁶ Soit par requête conjointe, soit sur demande de l'un des conjoints et acceptée par l'autre, ce qui n'a pas empêché le divorce pour faute de se maintenir sensiblement (43 %).

clarification et une simplification (le divorce peut être prononcé après deux ans de séparation et non plus six, comme dans l'ancien divorce pour rupture de la vie commune).

C'est donc l'ensemble des transformations sociales et normatives de la seconde moitié du XX^e siècle qui autorise la concrétisation de l'idée du mariage-amour. Du coup, à un mariage conçu comme le début d'un cycle familial est aujourd'hui opposé un mariage qui représente l'apogée du cycle amoureux (après avoir vécu en commun, avoir eu, dans de nombreux cas¹⁷, au moins un enfant, le couple décide d'officialiser son union¹⁸). Mais cette transformation des représentations n'est pas sans conséquence pour la stabilité du couple.

C. Amour et instabilité du couple : la dure loi du désir

En effet, dans la mesure où les époux y investissent toute leur affectivité, le mariage devient précaire, soumis aux fluctuations du désir. Les sociologues du mariage sont unanimes sur ce constat : le couple a changé de sens en centrant l'attention sur l'amour, ce qui le rend nettement plus fragile. Ce qu'il a gagné en liberté, il l'a manifestement perdu en stabilité : « *la période contemporaine est caractérisée par une plus grande maîtrise du destin individuel et familial, pour deux raisons qui se renforcent : un système de valeurs qui approuve cette autonomie [...] et des conditions objectives qui autorisent plus facilement cette maîtrise*¹⁹ ». Les relations au sein du couple sont à la fois plus « affectives » et plus « contractuelles », ce qui fait passer le mariage du côté du contrat, alors qu'il relevait de l'institution.

Niklas Luhmann, conduisant en quelque sorte un raisonnement par l'absurde, examine l'hypothèse inverse : en effet, en centrant le couple sur l'amour, on pourrait s'attendre à une intensification des relations conjugales et donc à une plus grande stabilité du couple. Pourtant, « *l'on ne peut guère, à partir de l'intérêt très fort, pour ainsi dire compensatoire, pour les relations intimes, conclure à la stabilité des systèmes correspondant. Précisément, les espérances et attentes par lesquelles on cherche à trouver ce qui a manqué, à pouvoir accomplir ce qui ne s'est pas accompli, peuvent également forger des critères auxquels il est impossible, ou très difficile à satisfaire* ». Inversement, on pourrait dire que plus le couple repose sur l'espoir de la satisfaction des aspirations amoureuses, plus l'intensification des relations est forte et partant, plus le couple est précaire.

Vivre en couple, c'est être « libres ensemble » selon la formule de François de Singly, ce qui implique que les membres de l'union, égaux entre eux, « négocient » la façon dont ils vivront ensemble « dans l'amour » qui doit être présent et reconnu comme la base de la relation. Cette nouvelle représentation donne à la fois sa force à l'union ainsi conçue (elle est vécue comme choisie, elle est considérée comme le lieu principal d'épanouissement de l'affectivité) mais aussi sa faiblesse puisque, comme l'explique le même auteur « *la fragilité des unions reflète le primat de la centration sur les relations* ». Les liens qui unissent le couple sont à la fois plus précaires, plus contractuels et plus exigeants.

¹⁷ 58 % des naissances avaient lieu hors mariage en 2000

¹⁸ Pour une analyse en termes de cycle, voir Jean-Claude Kaufmann, *op. cit.*

¹⁹ François de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, 1993.

L'amour dans le mariage est d'abord une « conversation » conjugale, comme l'explique John Milton, auteur d'une supplique en faveur du divorce parue en 1644 et adressée au Parlement d'Angleterre²⁰. L'amour est l'idéal de l'union, c'est le couple réussi, où les deux partenaires vivent un accomplissement charnel et affectif. Comme le rappelle Irène Théry, « aujourd'hui la « conversation » est l'idéal de toute union, mais les choses ne se sont pas passées comme Milton l'imaginait. Car c'est l'égalité des sexes qui a changé le mariage lui-même (...) et quand la conversation amoureuse est brisée il ne paraît plus légitime de maintenir une fiction « pour les enfants », encore moins « pour le qu'en dira-t-on »²¹».

Ce cadre d'interprétation du couple, reposant à titre principal sur la fugacité du sentiment amoureux, est ce qui fragilise la relation, lui donne sa précarité en même temps qu'elle la pare de mille vertus (en particulier celle d'accéder au bonheur privé). Comme le dit Boris Cyrulnik dans un langage emprunté à la psychologie²² : « le simple fait d'instituer l'amour et d'en faire une rencontre entre deux personnes change la notion même du couple. Le couple n'a plus tant pour fonction de maintenir le groupe, la religion, le portefeuille parental, la situation parentale, que celle, désormais, d'établir un contrat à durée déterminée entre un homme et une femme qui se mettent en couple, pour que chacun puisse fournir des tuteurs au développement de l'autre... Le jour où l'un des deux entrave le développement de l'autre, le contrat n'est plus respecté et le couple peut se séparer ».

Amour et homogamie

Les femmes qui sont ...								
ont épousé en 1994 des hommes qui sont ...	Agricul- trices exploitantes	Arti- sans, com. Et chefs d'entr.	Cadres et prof. intel. sup.	Profes- sions intermé- diaires	Empto- yées	Ouvri- ères	Inac- tives	Ensemble des femmes
Agriculteurs exploitants	59,4	1,6	0,9	1,7	1,9	2,6	1,7	1,9
Artisans, commerçants et chefs d'entreprise	3,3	30,7	5,0	4,6	4,4	2,6	5,1	5,0
Cadres et professions intellectuelles supérieures	3,5	11,8	50,4	20,1	6,5	2,6	8,7	12,7
Professions intermédiaires	6,8	15,8	23,0	36,6	20,4	12,2	15,2	22,1
Employés	5,3	12,4	9,2	15,1	22,9	12,9	17,4	18,1
Ouvriers	18,2	21,9	7,0	17,4	40,4	63,2	38,5	33,9
Inactifs	3,5	5,8	4,5	4,4	3,5	3,9	13,5	6,2
Total	100	100	100	100	100	100	100	100
Effectif ⁽¹⁾	636	4 191	17 140	52 734	99 755	16 408	60 017	250 881

²⁰ John Milton, *La doctrine et la discipline du divorce*, Belin, 2004, commenté par Irène Théry, « Incompatibilité d'humeur. Du droit au divorce à la théologie du mariage chez John Milton », *Esprit*, juillet 2004.

²¹ Irène Théry, *op. cit.*

²² Boris Cyrulnik, *Sous le signe du lien*, Hachette Littérature, 1997.

(1) nombre de femmes de chaque PCS qui se sont mariées en 1994

Source : INSEE résultats, n°505-506, novembre 1996

Lecture : en 1994, sur 100 femmes qui se sont mariées, 1,9 ont épousé un agriculteur exploitant. Sur 100 agricultrices exploitantes qui se sont mariées en 1994, 59,4 ont épousé un agriculteur exploitant.

La rhétorique de l'amour n'empêche pas pour autant le choix du conjoint d'être, en pratique, fortement contraint. L'homogamie reste très forte dans le couple : « *la foudre ne frappe pas aveuglément sur l'échiquier social* », résumant François Héran et Michel Bozon²³. Les jeunes époux sont souvent issus des mêmes groupes sociaux. On le constate tout particulièrement au sein des deux ensembles qui constituent le bas de la pyramide sociale (par leur niveau de diplôme et leur revenu) : employés et ouvriers se marient entre eux. Les deux tiers des ouvriers ont épousé une femme dont le père était lui-même employé ou ouvrier. Seuls 2 % ont une épouse dont le père était cadre. En haut de l'échelle, on compte plus d'hommes mariés à des femmes d'origine plus modeste. Un quart des cadres ont épousé une femme du même milieu social, mais presque autant ont convolé avec une femme issue du monde ouvrier.

Un ensemble de mécanismes complexes est à l'œuvre dans la formation des couples, en particulier le lieu de la rencontre : écoles, entreprises, restaurants, soirées, les groupes sociaux ont des modes de vie différents et fréquentent donc des univers distincts. Les soirées privées, par définition, permettent de sélectionner les participants selon des principes où les affinités sociales jouent un rôle déterminant. Au-delà des lieux, les raisons qui font que deux personnes s'accordent tiennent également à des éléments comme le langage, les comportements vestimentaires ou les préférences culturelles, qui sont eux aussi déterminés en partie par l'appartenance à tel ou tel groupe social.

Dans ces conditions, il est logique que le divorce se banalise et que l'éventualité d'une séparation soit désormais inscrite au cœur de chaque union. Cette rupture est d'ailleurs conçue comme une éventualité dédramatisée, les préoccupations de la société étant surtout tournées vers « l'après-rupture », notamment dans l'intérêt des enfants.

Mais l'on n'a sûrement pas tiré toutes les conséquences de cette « centration » du couple sur lui-même et sur « l'amour ». Certes, la psychologie s'est largement employée à analyser, interpréter, décortiquer la relation amoureuse²⁴. Pourtant, dans le champ politique, le nouveau fondement amoureux du couple reste très largement cantonné dans le non-dit.

²³ Michel Bozon, François Héran, « Quelques aspects de l'homogamie en France : méthodes et résultats », INED, 1988.

²⁴ D'après un calcul réalisé à partir de la sélection de 2000 ouvrages effectuée par le magazine *Psychologies* en septembre 2004, l'item couple-amour est le plus fréquent dans les ouvrages de psychologie récents.

II. L'union civile aujourd'hui ou l'absence regrettée de l'amour

L'investissement « amoureux », dont le couple et le mariage font l'objet, échappe largement aux responsables politiques, bien que dans de nombreux cas, ils soient chargés de prononcer les unions civiles et qu'ils sont régulièrement, à travers leurs administrés, confrontés aux drames du divorce. Les normes relatives au mariage, particulièrement le Code civil, ignorent en grande partie la question de l'amour. Le mariage « moderne » du Code est un contrat privé, dont les motivations n'intéressent pas le législateur. « L'amour » relèverait d'un espace intime que le législateur veut autonome des aléas de la politique. Mais cela revient à s'interdire de parler de l'amour, pourtant décrit aujourd'hui comme le principal critère du mariage.

A. Sécheresse et abstraction du rituel public d'union

Le couple fait l'objet d'une attention du législateur dans deux circonstances : l'officialisation de la mise en couple par le biais du concubinage, du PACS et du mariage d'une part ; la sortie du couple lors du divorce ou de la rupture du PACS d'autre part. Dans chacun des cas, il s'agit exclusivement d'organiser les conséquences patrimoniales de la rupture (liées notamment à la responsabilité des actes de chacun des membres du couple) ou de statuer sur le sort des enfants.

L'article 75 du Code civil, qui énonce la procédure par laquelle on marie, se lit comme le récit d'une suite d'étapes dont la principale est la vérification du contrat de mariage et de l'identité des époux : *« l'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur. Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.²⁵ »*

²⁵ Code Civil, Article 75, Loi du 10 juillet 1850, Loi du 9 août 1919, Loi du 15 décembre 1929, Loi du 2 février 1933, Loi du 22 septembre 1942, Ordonnance n° 58-779 du 23 août 1958 art. 2, Ordonnance n° 59-71 du 7 janvier 1959, Loi n° 63-758 du 30 juillet 1963, Loi n° 66-359 du 9 juin 1966, Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 art. 10 III 2°.

Seul l'article 212, dans son énoncé célèbre, fait état des obligations réciproques des époux au-delà des conséquences financières et de celles qui impliquent les enfants : « *les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance*²⁶ ». Encore ces notions sont-elles appréciées avec une grande souplesse par les juges, qui, s'adaptant à la montée du divorce, n'exigent pas (notamment au moment du divorce) que ces devoirs soient respectés à la lettre. La loi laisse au juge le soin d'examiner les causes du divorce, y compris dans le cas du divorce pour faute. Dans ce cas, elle exige que la faute soit répétée et constitue une violation grave : « *le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune*²⁷ ».

Cette pauvreté du contenu du contrat moral entre époux contraste avec le luxe de détails de la description des conséquences patrimoniales ou familiales qu'entraîne le mariage. Le Code civil est riche en normes familiales mais très peu développé lorsqu'il s'agit du couple et de sa signification. Il y a donc un paradoxe évident entre la rhétorique largement diffusée du mariage-amour et le fait que le mariage n'entraîne, juridiquement et pratiquement, que des obligations financières ou relatives aux enfants.

B. Une pauvreté voulue depuis la création du Code civil

Cette pauvreté des obligations du mariage est présente dès l'origine de l'union civile. Elle est le fruit d'un effort de sécularisation du mariage pendant la période de la Révolution Française, dont les enjeux sont plutôt les compétences respectives de l'Eglise et de l'Etat. Les débats de la période révolutionnaire aboutissent à la création, en 1792, du mariage civil et laïque²⁸. Le mariage civil devient un contrat « comme les autres » comme l'exprime avec force l'article 7 de la Constitution de 1791 : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Si les aspects normatifs du mariage-amour sont si faibles, c'est parce que celui-ci est rejeté dans la sphère « privée ». Le régenter constituerait une atteinte à la liberté individuelle et aurait pour effet d'opérer une incursion inopportune dans l'intimité du couple.

Certes, le droit du mariage s'est très largement transformé pour tenir compte de l'importance croissante des aspirations individuelles dans le couple. Mais la référence à l'union civile traditionnelle y reste forte. S'il a renoncé à ne reconnaître que le mariage, il continue cependant à privilégier celui-ci comme « modèle » des relations dans le couple. D'abord parce qu'il proscrit aux époux de modeler à leur convenance leur relations, ensuite

²⁶ Code Civil, Article 212, loi du 17 mars 1803, Loi du 22 septembre 1942.

²⁷ Code Civil, Article 242, inséré par Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 art. 1

²⁸ Mais aussi, de façon plus discrète, à celle du divorce la même année.

parce qu'il incite à respecter le modèle du mariage²⁹. Ainsi, le droit du mariage a admis des formes d'unions conjugales jusque là dénoncées, en particulier en 1999 avec la création du PACS et l'introduction du concubinage dans le Code civil. Mais il les a contenues dans des limites dictées par la référence au modèle du mariage : les unions libres doivent se rapprocher du mariage par leur communauté de vie stable et continue, et par leur notoriété (faute de quoi les concubins se voient refuser le bénéfice de dispositions légales).

Le droit des unions civiles a donc été affecté par la reconnaissance du mariage-amour mais il reste peu marqué par cette évolution majeure. C'est davantage le PACS, caractérisé par une plus grande liberté de rupture, qui correspond, bien logiquement, aux critères du mariage-amour. Pourtant le PACS peut également apparaître davantage comme l'énoncé de droits fiscaux et sociaux que comme l'officialisation d'une union amoureuse.

Cette sécheresse résulte de l'idée que les dispositions relatives à l'amour ne doivent pas être normatives mais relèvent de la liberté individuelle. Elles concernent l'intimité et le sentiment, domaines où le législateur ne doit pas intervenir. Mais cette hypothèse est assez fallacieuse puisque le législateur n'hésite pas à intervenir dans le domaine de l'intime à d'autres occasions : la procréation médicalement assistée en est l'un des exemples nombreux. L'idée que la loi ne peut investir certains domaines, par nature « intimes », est largement battue en brèche par les évolutions récentes du droit. Il nous semble donc que si l'amour est absent des normes relatives au mariage, c'est parce que les conséquences de son intervention dans les unions n'ont pas été mesurées et prises en compte.

C. Le mariage civil vécu : une fonction symbolique

Dans ce cas, pourrait-on répliquer, pourquoi les couples continuent-ils, dans une proportion non négligeable, à souhaiter l'onction du mariage civil ? D'abord, parce que, nous l'avons vu, le droit français opère une véritable incitation au mariage : comme le souligne Christine Duard-Berton, « *la fonction de l'ordre public est ici attractive. Implicitement, elle tend à imposer le modèle matrimonial à ceux qui s'en écartent*³⁰ ».

Ensuite, ce sont les couples eux-mêmes qui réinvestissent affectivement le mariage en lui conférant une signification symbolique qui dépasse largement ses conséquences pratiques et ses effets réels. Dans les entretiens qu'il a menés avec des couples, le sociologue Jean-Claude Kaufmann souligne cette charge symbolique du mariage, largement déconnectée du contenu juridique de l'acte. Les interviewés rappellent qu'ils ont souhaité se marier pour rendre public leur amour, pour le célébrer, pour lui donner plus de place en l'officialisant³¹. A cet égard, il est intéressant de relever que les jeunes mariés pensent, par

²⁹ Christine Duard-Berton, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse de doctorat soutenue le 3 juin 2004, Paris II.

³⁰ Christine Duard-Berton, *op. cit.*

³¹ Jean-Claude Kaufmann, *Sociologie du couple*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2004

leur union, solidifier et stabiliser la relation amoureuse, alors même qu'ils savent que le mariage protège peu de la rupture³². C'est donc que le mariage est comparable à une pratique magique ou un discours *performatif* : proclamer l'union sans fin serait lui donner une chance d'échapper à la rupture.

Bref, le mariage civil joue, dans une société où il repose sur la fiction du libre choix et de la déconnection par rapports aux intérêts matériels, une fonction d'abord symbolique. Il s'y attache d'abord des représentations et des rêves. En cela, il se rapproche du mariage religieux.

D. Le divorce, une violence

De la même façon, le divorce, traité sous l'aspect strictement juridique, peut sembler réglé lorsque les intérêts matériels des époux sont correctement pris en compte. Si l'on met de côté les effets du divorce sur les enfants, qui font problème par ailleurs, le divorce pourrait n'apparaître, en particulier lorsqu'il est l'objet du fameux « consentement mutuel » que comme la fin d'un contrat auquel les parties ne voient plus d'utilité.

Pourtant, les rares controverses qui ont animé le débat parlementaire sur la réforme du divorce en 2004 portaient sur les implications de la rupture pour l'époux non demandeur du divorce. La notion de « divorce-répudiation » a été évoquée par ceux qui auraient souhaité, à l'instar de certaines associations de femmes, durcir les conditions de sortie du mariage. Aussi flexible que l'on puisse envisager ce contrat, aussi favorable que l'on puisse être au droit de divorcer (condition essentielle du mariage moderne), on ne peut nier la violence contenue dans le divorce.

Le divorce est une violence faite non seulement aux enfants, mais aussi aux époux, au moins à l'un d'entre eux. Tous les juges aux affaires familiales l'expriment avec force : les auditions des époux sont parfois de véritables calvaires. Des traités de psychologie entiers sont consacrés au traumatisme causé par le divorce, pas uniquement par celui qui le subit. Le divorce rompt davantage qu'un contrat assorti d'effets financiers.

En quelque sorte, « *le problème [du divorce], c'est qu'il vient donner une légitimité à la trahison* ». S'inspirant d'un texte de l'abbé Prévost, Claude Habib évoque la douleur liée à la rupture par comparaison avec celle du deuil : « *nous n'osons plus penser ainsi, même si, dans le premier choc d'un divorce, la victime murmure souvent : je préférerais qu'il soit mort [...]. La trahison peut apparaître, à celui qui en est victime, comme pire que la mort de l'être aimé* ». En particulier, outre la souffrance de la séparation, les difficultés des règlements financiers et juridiques, le conjoint qui ne souhaitait pas le divorce doit souffrir une profonde remise en question de sa propre vie, à la fois sa vie à venir (il faut « reconstruire ») et sa vie passée,

³² Ce qui n'est d'ailleurs pas si vrai car le mariage « protège » mieux de la rupture que la présence d'enfants !

car « une des horreurs de la séparation, c'est qu'elle jette le doute sur la vie qui la précéda ». Et, comble d'amertume, le divorce accrédite l'idée que cette remise en question est légitime : « ce qu'il y a de spécifiquement pénible, dans le divorce, c'est que la loi vient sanctionner cet ébranlement [...]. Le divorce n'est pas seulement un évènement dans une histoire, il est la révision d'une histoire ». Le divorce, conçu comme la sanction légale d'une rupture unilatérale est non seulement insupportable mais contraire à l'idée même de contrat.

La notion de « consentement » masque d'ailleurs la dissymétrie radicale entre celui qui subit et celui qui veut la rupture : comme le relève Irène Théry, « celui qui a pris l'initiative de la séparation est souvent prêt à trop payer pour se dégager, quitte à le regretter plus tard. Celui qui le subit est sommé de « positiver », de s'autorépudier en quelque sorte avant qu'on le répudie. A la différence de ce qui se passait au temps où Milton plaidait pour le divorce, le faible ne se trouve plus tellement aujourd'hui sous la figure du captif mais sous celle de l'exclu, du rejeté, de l'abandonné. Qu'est ce que ce contrat qu'on peut me forcer à rompre sans mon consentement ni ma faute ? ³³ ».

La sociologue s'étonne ainsi que « le divorce [soit] un des seuls lieux où l'on peut détruire, démolir, dépenser sans compter » et rappelle les difficultés que soulève le divorce conçu comme la simple fin consentie d'un contrat « et toutes les conséquences de cette banalisation du divorce avec laquelle nous devons maintenant nous débrouiller. C'est tout le problème du consentement au divorce dans la société libérale, où, à mettre la barre très haut du côté de la liberté de résilier, on crée aussi des situations qui ne laissent place qu'à de souterraines vengeances, où le droit lui-même est l'otage des passions. »

Mais cette critique débouche sur celle, plus banale, d'une société libérale qui voilerait le conflit et défendrait l'intérêt du plus fort. Le divorce conçu dans les années soixante comme une forme de libération se retournerait pour devenir une forme de domination. Il est rapproché d'une *répudiation* à laquelle la société consent facilement du moment que sa stabilité d'ensemble n'est pas menacée. Le processus de libéralisation du divorce est implicitement rapproché d'un processus économique de dérégulation : « notre société consensuelle aimerait mieux éviter d'avoir à traiter du différend et préfère disqualifier le conflit, quitte à désinstituer le divorce comme le mariage ».

Cette critique est *a priori* convaincante, dès lors que l'on admet la violence contenue dans le divorce. Mais elle constitue une aporie : doit-on, pour autant, contraindre les couples à durer malgré leur désaffection ? Sortir de l'impasse que constitue cette critique suppose d'accepter de regarder la société contemporaine autrement qu'à travers une dichotomie entre une entité faite de contrats froids et anonymes d'une part et une communauté faite de liens chaleureux d'autre part.

³³ Irène Théry, « Divorce : idéal du consentement ou peur du conflit ? », *Esprit*, Juillet 2004.

III. L'individu, le couple et la société

Le divorce et le mariage, tels qu'ils existent, sont des problèmes éminemment politiques non pas pour des raisons techniques mais parce qu'ils concernent le rôle de l'amour dans l'organisation de la société. Et, faute de régler à neuf la question du mariage et du divorce, l'écart entre les attentes sociales et les réalités institutionnelles porte en germe un appel au communautarisme (compris comme l'antidote à la brutalité des relations contractuelles), qui est potentiellement dangereux pour la cohésion sociale.

A. La rhétorique de la crise du lien social

La question du mariage et celle du divorce sont, en effet, indissolubles de celle, centrale pour la sociologie, des relations entre l'individu et la société. C'est ce qui explique que les plus grands spécialistes de la famille et du mariage se sont progressivement tournés vers cette question et ont cherché à résoudre le paradoxe que constitue la dénonciation régulière de l'individualisme forcené des sociétés modernes opposée à la force des pratiques impliquant des relations solidaires (associations, échanges d'argent et de services au sein des familles, protection sociale), dont l'amour est une illustration³⁴.

La rhétorique de la crise du lien social est largement alimentée par la sociologie et les médias. Il s'agit de fustiger le repli sur soi qui caractériserait nos sociétés, de mettre en évidence des « exclus » du lien social et de regretter la disparition de liens communautaires censés appartenir aux sociétés passées. Les sociétés modernes occidentales, structurées par la démocratie et acceptant la logique du marché, ne pourraient plus être soudées de la même manière que les sociétés traditionnelles ou « holistes ». L'individualisation de chacun, la quête de reconnaissance personnelle auraient pour prix une moindre solidité des liens sociaux. En conséquence, la crise du lien social serait inhérente à nos sociétés. Cette polémique, aussi vieille que la sociologie³⁵, est particulièrement vive aujourd'hui.

Ainsi, en 2003, un ouvrage de Bernard Perret met en garde contre les menaces qui pèsent sur la cohésion sociale et qui iraient au-delà de la crise du travail, de la montée des inégalités et de l'exclusion. Le danger atteindrait l'ensemble de notre vision du « monde commun ». Ce concept, que Bernard Perret a emprunté à la philosophe Hannah Arendt, fait référence « à la dimension imaginaire du vivre ensemble ». Il lui permet d'analyser le déclin des institutions qui ont une fonction normative et symbolique dans notre société (la famille, les partis politiques, etc.), au bénéfice d'institutions marchandes³⁶.

³⁴ François de Singly, *Les uns avec les autres. Quand l'individu crée du lien*, Armand Colin, 2003.

³⁵ Emile Durkheim, *De la division du travail social*, 1895.

³⁶ Bernard Perret, *De la société comme monde commun*, Desclée de Brouwer, 2003.

Mais cette position est un véritable piège théorique³⁷. La nostalgie de la stabilité dont on crédite les sociétés traditionnelles repose sur une idéalisation de ces dernières, peu juste historiquement. En particulier, les travaux de la démographie historique montrent que les sociétés d'ancien régime n'avaient parfois rien de chaleureux (en particulier leur rapport aux enfants, à leur vie et à leur mort³⁸).

B. Communauté et société : une dualité fictive

L'origine de cette erreur repose sur une extrapolation erronée de la célèbre distinction de Tönnies³⁹ entre communauté (*Gemeinschaft*) et société (*Gesellschaft*) : le sociologue définit la communauté comme une entité organique où la vie des membres s'organise en fonction de l'ensemble social. Elle existe sous trois formes : la communauté de sang (la famille), la communauté de lieu (le village), la communauté de l'esprit (la petite ville, les groupes d'interconnaissance). Dans la société, les relations entre personnes et groupes sociaux s'établissent sur la base des intérêts : la grande ville, l'entreprise, l'Etat politique sont le lieu des relations de type *sociétaire*. L'évolution historique tendrait à restreindre dans les sociétés contemporaines la part des relations *communautaires* au profit des relations *sociétaires*.

Dans la communauté, les individus sont reliés entre eux par un sentiment d'appartenance et par le principe de la soumission à l'autorité (du plus âgé, du plus puissant, etc.). L'individu y est défini par la *place* qu'il occupe dans la famille, la ville, le village. Il dispose, pour orchestrer ses relations avec autrui, d'un *statut*, censé définir l'ensemble de ces liens. Inversement, dans la société de Tönnies, l'individu est davantage défini par les *contrats* qu'il passe avec les autres. Le contrat de mariage en est l'un des exemples.

Mais, penser la société d'aujourd'hui comme une caricature du modèle sociétaire de Tönnies est une simplification par trop réductrice, car on ne peut nier l'existence de relations qui relèvent davantage du *Gemeinschaft* : comment expliquer par exemple la vigueur des relations de services au sein de la famille ou encore celle des échanges monétaires entre parents et enfants⁴⁰ ? Ainsi, trois personnes sur quatre aident moralement ou matériellement un membre de leur famille ne vivant pas sous leur toit. Il s'agit dans certains cas d'effectuer des tâches domestiques à la place de l'autre, comme les courses (41 %), la garde d'enfants (25 %) ou encore de prêts d'argent (11 %), ou de dons (16 % des personnes interrogées ont effectué un don d'argent à un membre de leur famille pendant l'année). Cette aide va principalement à la famille proche et surtout aux parents, frères,

³⁷ François de Singly, *Les uns avec les autres. Quand l'individualisme crée du lien*. Armand Colin, 2003

³⁸ Jacques Dupâquier., *Histoire de la population française*, PUF, Quadrige, 1995 ; Elisabeth Badinter, *L'amour en plus*, LGF, 2001

³⁹ Ferdinand Tönnies (1855-1936), dans *Communauté et société*.

⁴⁰ Il n'existe pas d'indicateurs fiables de la présence ou de la force des liens sociaux. Certains indicateurs statistiques peuvent être utilisés comme indiquant une évolution des liens sociaux dans quelques domaines des activités sociales, comme la formation et la dissolution des couples, la création d'associations, les pratiques religieuses anciennes ou l'évolution de la délinquance et de la criminalité. Mais la palette des indicateurs est si large que, selon celui que l'on retient, les résultats sont susceptibles de diverger. Des indicateurs de « contacts » sont également utilisés mais ils mesurent surtout la fréquence de la sociabilité.

soeurs, enfants avec lesquels on a vécu. Les ménages aisés ainsi que les femmes soutiennent plus fréquemment leurs proches, et les services qu'ils rendent sont plus variés⁴¹. Comment, par ailleurs, comprendre l'amour à l'égard des enfants, et le sentiment de culpabilité, attesté par toutes les enquêtes par sondage, des parents qui ne s'estiment pas assez disponibles pour leurs enfants ?

Les sociologues qui se plaisent à faire craindre l'individualisation et la contractualisation généralisées ne retiennent de notre société que le nombre de chômeurs et de bénéficiaires du RMI, le nombre de « personnes isolées », de familles monoparentales, le nombre des divorces et les chiffres de la violence ou de la criminalité urbaines pour la décrire, négligeant les autres indicateurs de lien social, que sont le nombre de création d'associations, les échanges de services ou encore la sociabilité. Pour mémoire, rappelons que la sociabilité alimentaire s'accroît⁴², que le nombre d'associations nouvelles augmente, que les contacts des retraités ne diminuent pas immédiatement⁴³, que l'âge à la décohabitation de chez les parents augmente fortement, ou encore que l'usage intensif du téléphone a pour effet de renforcer considérablement les liens entre membres de la famille ou entre amis⁴⁴, etc.

Par facilité, il est en effet commode d'opposer une société « libérale » toute entière organisée sur le modèle du contrat, individualiste et « dure aux faibles » à un passé communautaire où les relations étaient davantage dictées par l'affection. Il s'agit à la fois d'une commodité intellectuelle (la société est ainsi plus facile à penser) et du souci un peu démagogue de coller à la véritable attente des membres des sociétés modernes, affectés par les manifestations de l'individualisme.

Mais il est plus juste de penser ensemble les éléments une société faites de contrats et une communauté constituée de liens plus ou moins forts. La société moderne est mieux décrite si on la conçoit comme une entité faite à la fois de statut et de contrat, de passions et de raison, de *Gemeinschaft* et de *Gesellschaft*. Il s'agit de ne surestimer ni les relations contractuelles « froides » ni les liens « chaleureux » ou affectifs : alors seulement peuvent être compris la place paradoxale qu'ont l'amour et l'affectivité dans le mariage (centraux dans les représentations et absents des normes).

C. L'amour, symbole de la société moderne

Et l'amour est le symbole de cette ambiguïté. Ainsi, « *la société moderne ne se caractérise pas uniquement par la raison, par l'élection entre citoyens libres ; elle est aussi un espace où les*

⁴¹ Emmanuelle Crenner, « Famille, je vous aide », Insee Première, N° 631 - fev 1999

⁴² Gwenaél Larmet, « La sociabilité alimentaire s'accroît », Insee première, n° 352-353, septembre 2002.

⁴³ Nathalie Blanpain, Jean-Louis Pan Ké Shon, « La sociabilité des personnes âgées », Insee Première, n° 644, mai 1999.

⁴⁴ Carole-Anne Rivière, « Le téléphone : un facteur d'intégration sociale », Insee Première, n° 345, novembre 2001.

individus s'élisent, amoureusement, amicalement. L'affection se développe tout autant sous la régime de la société que sous le régime de la communauté⁴⁵. »

Dans les sociétés modernes, l'individu s'émancipe de sa famille d'origine (par un processus de « désaffiliation ») mais pour acquérir son identité, il noue des relations, dont l'amour est un exemple frappant. Les individus se lient après s'être en partie rendus autonomes de leurs affiliations d'origine. Ils s'unissent librement mais revendiquent la nécessité de leur lien pour se définir (le « nous » les définit à côté du « je »). En ce sens, l'amour est typique de la société moderne conçue comme mélange des liens sociétaire et communautaire : *« l'amour est un lien moderne dans la mesure où il réunit des individus qui se définissent comme des personnes détachées pour une part de leurs appartenances et de leurs rôles. Il exige la désaffiliation, tout comme la construction d'une identité personnelle⁴⁶ ».*

C'est d'ailleurs toute l'ambiguïté de l'amour, qui dilue pour un temps l'identité individuelle, fondue dans le « nous », sans pour autant la faire disparaître. Le sociologue Jean-Claude Kaufmann intitule cette ambiguïté le « quiproquo conjugal », parce qu'elle est à la fois un malentendu (quiproquo) et une interrogation sur la place de chacun (*qui pro quo*) : *« la passion des débuts qui crée l'attachement est fondée sur une contradiction. Elle nie ce que la société contemporaine développe centralement : l'injonction à être soi, à construire son individualité et à agir selon ses pensées personnelles. Or l'amour fondateur du lien conjugal est une dénégation de ce je au nom du tu et du nous. Le don de soi est d'autant plus facile qu'il est provisoire et que l'univers conjugal n'est pas encore constitué. A mesure que les deux sphères de pratiques se désindividualisent et que l'univers domestique s'alourdit, il devient au contraire onéreux : si l'on est vraiment amoureux, pourquoi alors refuser de faire la vaisselle en retard ou de nettoyer les WC ?[...] L'idéal fusionnel structure les débuts de la relation : dans le regard où l'on se noie, dans les rapports sexuels, dans l'échange intersubjectif et amoureux, chacun cherche intuitivement à avancer dans le sens de l'équation improbable : 1+1=1. Puis les passagers de cet étrange voyage perçoivent les indices leur signalant qu'ils sont toujours séparés. Plus l'élan des débuts s'affaiblit, plus les indices apparaissent et plus les indices apparaissent, plus l'élan se ralentit : 1+1=2. Les deux partenaires commencent à marquer des seuils à ne pas dépasser, à construire et à défendre des espaces personnels, à s'échapper dans des pensées intimes, des projets propres : l'individu refait surface. »*

L'amour est donc symbolique de l'antagonisme entre le couple et l'individu, entre le groupe et l'individualité. Il est aussi emblématique de la capacité de la société moderne à concilier les relations groupales et la liberté individuelle.

⁴⁵ Singly (de) F., *Ibidem*.

⁴⁶ Singly (de) F., *Ibidem*.

D. L'instabilité du couple, fruit de l'amour, pas celui du contrat

Parce qu'il est moderne, l'amour comme fondement du lien conjugal a pour caractéristique l'instabilité. Le contrat de mariage est résiliable et la possibilité du divorce est incluse dans la dynamique même du mariage. Outre qu'elle est juridiquement possible, la rupture est devenue si fréquente qu'elle réduit fortement la portée du contrat : si le mariage finit, dans presque un cas sur deux, sur le divorce, comment ne pas le considérer comme un contrat « *à vie si ...* ». L'instabilité est d'ailleurs la caractéristique des liens sociaux modernes car « *dans les sociétés modernes, les deux dimensions communes – l'élection et le contrat – introduisent une instabilité*⁴⁷ ».

Mais l'incertitude du mariage ne provient pas de son caractère contractuel, le contrat pouvant être conclu pour toute la durée de la vie, mais plutôt de la dynamique propre de la relation amoureuse. En effet, c'est parce que le mariage repose sur le libre consentement des époux et, au-delà, sur l'idéal de l'amour comme préalable à l'union, que le risque de rupture existe.

A l'inverse même, on pourrait soutenir que la nature même de contrat tend plutôt à renforcer la relation conjugale : non seulement parce qu'elle constitue un échange, parce qu'elle repose sur l'officialité d'un document public et d'un état civil, c'est-à-dire connu de tous, mais surtout parce que, en tant que contrat, la rupture ne peut intervenir sans le consentement des deux parties ou la faute de l'une d'entre elles. Ce qui rend le mariage précaire, ce n'est donc pas le contrat mais l'amour, qui est un fondement très insécurisant pour l'institution matrimoniale. On peut sans difficulté concevoir qu'un contrat commercial engage deux parties pour toute la durée de leur vie, on ne le peut plus dès qu'il s'agit d'engager sa vie affective et privée. Comme le dit joliment John Milton « *celui à qui on interdit le divorce, se voit en fait interdire le mariage*⁴⁸ ».

Cette incertitude et cette instabilité ne sont d'ailleurs pas liées à l'acte de divorcer mais bien à la séparation. Elle « *n'est pas produite par le divorce. Elle est l'effet de toute déception sentimentale que le couple soit marié ou non ; et la séparation d'un couple de concubins admet certainement d'être décrite dans les mêmes termes. Ce n'est pas le divorce qui crée le problème : ce risque est inhérent aux relations amoureuses confiantes, quelles que soient les dispositions légales*⁴⁹, ».

Si l'amour est tellement instable, nous l'avons vu, c'est parce qu'il repose sur l'abandon de soi au profit d'un autre, situation qui n'est pas durable, l'individu « réapparaissant » dès que surgissent les difficultés associées au couple, qu'elles prennent la forme de questions ménagères ou de conflits mettant en cause la fidélité.

⁴⁷ Singly (de) F., *ibidem*

⁴⁸ John Milton, *Doctrine et discipline du divorce*, mai 2005.

⁴⁹ Clause Habib, « Un legs de l'inégalité. Notes sur la Doctrine et la discipline du divorce », *Esprit*, juillet 2004

D'ailleurs, le droit français du mariage n'est pas à proprement un droit du contrat. Il a toujours évolué entre deux modèles que Irène Théry⁵⁰ appelle « droit du principe » et « droit du modèle ». Le premier consiste à affirmer que les droits de l'homme s'appliquent également dans la sphère publique et dans la sphère privée, comprenant la famille : les droits relatifs au mariage découlent de principes universels valables pour l'ensemble de l'activité sociale. La seconde logique consiste à considérer la famille comme une institution spécifique, particulièrement importante pour le lien social et dont le droit doit protéger les intérêts. Aussi, dans cette perspective, une séparation stricte entre sphère domestique et sphère politique est-elle légitime.

Avec la notion de mariage comme simple contrat civil de 1791, c'est d'abord le droit du principe qui l'emporte. Mais progressivement une place grandissante est faite à la logique du droit du modèle, qui triomphe lors de la rédaction du Code de 1804, marqué par l'influence des partisans du mariage-institution. Ainsi, dans son discours du 1^{er} Pluviose an IX (janvier 1801), discours préliminaire au projet de Code civil, Portalis, à l'inverse de la position des révolutionnaires, développe l'idée d'une naturalisation du lien conjugal qui rend impensable l'idée de « simple contrat » prévue par le texte de 1791 : « *le rapprochement des deux sexes, que la nature a faits si différents que pour mieux les unir, a bientôt des effets sensibles. La femme devient mère : un nouvel instinct se développe [...], le mari, la femme, les enfants réunis sous le même toit et par les plus chers intérêts contractent l'habitude des plus douces affections*⁵¹ ». Notre législation du mariage contient donc aussi une large part d'éléments empruntés à cette conception « naturaliste », assez éloignée du contrat.

Critiquer le contrat, c'est donc se tromper de cible : en réalité, la dureté de la rupture provient essentiellement de la place que l'on fait à l'amour comme fondement du couple. Et, si l'on continue à penser, comme Milton, que le consentement des époux et leur affection préalable sont les seuls fondements possibles du couple, il faut assumer cette instabilité.

L'assumer, cela ne veut pas dire s'y résoudre passivement. Cela peut aussi consister à s'interroger sur les fonctions du mariage et celle du divorce, et se poser la question de leur bien-fondé.

⁵⁰ Irène Théry, *Le démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, 2001.

⁵¹ Ce texte, cité par Irène Théry dans *Le démariage* a été publié par François Ewald in *Naissance du Code Civil*, Flammarion, 1989.

L'UNION CIVILE ET LA DEMOCRATIE

La sociologie contemporaine a posé les bases d'une réinterprétation du mariage civil, non plus comme une institution destinée à stabiliser les relations entre les sexes au sein de la société mais comme l'illustration de la complexité du lien social, fait à la fois de formes sociétaires (relations contractuelles entre individus) et de formes communautaires. L'incursion de l'amour dans le mariage est l'illustration de la complexité des sociétés modernes, faites d'une multiplicité de rapports et de fonctions.

En ce sens, la découverte des transformations de « l'intimité », pour reprendre l'expression de Anthony Giddens⁵², doit s'accompagner de leur prise en considération politique. En effet « *les possibilités de radicalisation que comporte la transformation de l'intimité sont au plus haut point réelles* ». Car elle est porteuse, au-delà d'elle-même, de transformations de l'ensemble de la sphère privée et de ses rapports avec la sphère publique : « *l'intimité entraîne une démocratisation massive du domaine interpersonnel, pleinement compatible avec la démocratie qui prévaut dans la sphère publique* ».

C'est pourquoi nous proposons, pour prolongement de cette première réflexion sur l'union civile, d'engager, au sein de la Fondation pour l'innovation politique, une discussion sur les fonctions du mariage et du divorce. Le fil conducteur de ce débat, prenant acte des constats formulés dans cette note, consistera à se demander s'il est possible de réformer le mariage et le divorce pour tenir compte de leur centration sur l'amour, le désir et la liberté des membres du couple. Le mariage et le divorce sont porteurs de souffrances. Ces dernières ne sont liées ni au mariage, ni même au divorce, encore moins au contrat. Elles résultent de la réalisation concrète du projet de mariage d'amour. Comment mieux en tenir compte dans notre édifice juridique et nos règles sociales ? Comment résorber l'écart réflexif entre l'amour, cadre interprétatif du mariage, et les règles de l'union ? Il pourrait s'agir de proposer des refontes profondes du droit de la famille.

En particulier, il nous semble qu'une piste féconde de réflexion consisterait à supprimer le triptyque « mariage civil-concubinage-PACS » au profit d'un contrat unique et relativement souple, qui s'apparenterait davantage au modèle du PACS qu'à celui du mariage civil. Ce contrat résoudrait l'ensemble des questions relatives au fonctionnement du couple. Il serait adapté tant aux couples hétérosexuels, avec ou sans enfants, qu'aux couples homosexuels, avec ou sans enfants. La relative « dé-solennisation » de ce processus

⁵² Anthony Giddens, *La transformation de l'intimité.*, Le Rouergue/Chambon, 2004

de suppression du mariage civil n'aurait aucun effet sur le mariage religieux, qui pourrait continuer à jouer un rôle important pour les populations concernées.

Outre ce premier contrat « de vie en couple », serait instauré, dès la naissance (ou l'adoption) d'un premier enfant, un acte plus solennel, « d'union parentale », qui lierait chacun des parents à l'enfant. Cet acte aurait pour effet de créer des droits et devoirs *indissolubles* entre l'enfant et le parent. Il constituerait en réalité *deux* actes (un pour chacun des parents) et serait indépendant de la situation du couple. De sorte qu'après la rupture, cet acte produirait toujours ses effets dans des conditions aménagées, le cas échéant, pour tenir compte de la rupture de la vie commune des parents (modalités de garde de l'enfant notamment).

Cette proposition, qui reste à explorer juridiquement, présenterait l'avantage de prendre acte de la fragilité de la relation maritale tout en réaffirmant, et en solennisant davantage, la relation entre les enfants et les parents, conformément à un mouvement général du droit de la famille.

LES GRANDES DATES DU MARIAGE DEPUIS 1789

Par Bastien Thomas

Constitution du 3 septembre 1791 : institution du mariage civil. « *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil* ».

Loi des 20-25 septembre 1792 : institution du divorce. Il peut être acquis pour toute cause : consentement mutuel, incompatibilité d'humeur, etc. Selon le préambule de la loi, « *la faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte* ». La séparation de corps est supprimée.

Code civil de 1804 : le mariage est un contrat solennel et civil dans l'esprit de 1792. Il intervient exclusivement devant l'officier d'état civil. Le divorce est maintenu mais sa procédure est très stricte. Causes du divorce : excès, sévices ou injures graves ; faute ; consentement mutuel. La séparation de corps est rétablie.

Code pénal de 1810 : l'adultère de la femme est un délit (peine maximale de deux ans).

Loi Bonald du 8 mai 1816 : abolition du divorce. Maintien de la séparation de corps.

Loi Naquet du 27 juillet 1884 : restauration du seul divorce pour faute (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices et injures graves) qui constitue un manquement aux obligations conjugales et rend intolérable le maintien du lien conjugal.

Loi de 1886 : simplification de la procédure de divorce.

Loi du 6 février 1893 : octroi de la pleine capacité juridique à la femme séparée de corps.

Loi du 15 décembre 1904 : abrogation de l'interdiction du mariage avec le complice adultère.

Loi du 13 juillet 1907 : libre disposition de son salaire par la femme mariée.

Loi du 18 février 1938 : suppression de l'incapacité juridique de la femme mariée.

Loi du 2 avril 1941 : interdiction du divorce pour les époux mariés depuis moins de 3 ans.

Loi du 13 juillet 1965 : libre exercice par la femme de toute activité professionnelle. Suppression de l'autorisation de l'époux.

Loi du 11 juillet 1975 : modification des conditions du divorce. Instauration d'une pluralité de cas de divorce : maintien du divorce pour faute, reconnaissance du divorce par consentement mutuel et création du divorce pour rupture de la vie commune.

Arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière, du 19 mai 1978 : la liberté matrimoniale est une liberté fondamentale.

Décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1978 : la liberté matrimoniale a valeur constitutionnelle.

Loi du 15 novembre 1999 : instauration du PACS et reconnaissance du concubinage par le Code civil.

Loi du 30 juin 2000 : simplification de la prestation compensatoire en matière de divorce.

Loi du 26 mai 2004 : simplification de la procédure de divorce.