

La part du droit dans le processus de démocratisation de la famille

PAR

Jean DE MUNCK
*Professeur à l'UCLouvain,
Centre de recherches interdisciplinaires
« Démocratie, Institutions, Subjectivités »*

La transformation spectaculaire du droit familial des cinquante dernières années interpelle la théorie sociale. À partir des années 1970, l'édifice des régulations juridiques de la famille et de la sexualité s'est progressivement effondré, donnant naissance à des nouvelles formes de régulation juridique. Dans cette dynamique historique, nous avons affaire à une transformation de deux systèmes distincts, le droit et la famille. Chacune de ces transformations mérite d'être étudiée pour elle-même, mais ce qui nous intéressera dans cet article est le couplage dynamique sans lequel aucune des deux n'aurait pu se produire.

L'analyse que fait Geoffrey Willems dans un article récent montre, de manière subtile et détaillée, la profonde transformation interne du droit familial impulsée par des Cours constitutionnelles (ou quasi constitutionnelles) dans trois aires géographiques de grande ampleur (États-Unis, Union européenne, Amérique latine)⁽¹⁾. Le point commun des raisonnements de ces juges réside

(1) G. WILLEMS, « Le droit de la famille revu et corrigé par les juges des droits humains : Réflexions sur la diversité des stratégies juridictionnelles et les enjeux du dialogue interjuridictionnel au départ du cas du mariage homosexuel », *R.D.I.D.C.*, 2021/4, pp. 445 et s.

dans la référence aux droits humains comme fondement suprême du droit. Cette référence se heurte, dans tous les cas de figure, à la question du respect de la souveraineté nationale (ou des États fédérés, dans le cas des États-Unis). Les juges concernés apportent à cette question des réponses nuancées, parfois contrastées, mais qui témoignent d'une même préoccupation pour les valeurs de liberté et d'égalité.

Ce recours du raisonnement juridique à des principes supérieurs de justice constitue, comme le dit Geoffrey Willems, une caractéristique centrale, et relativement récente, du droit familial contemporain. On peut parler dans ce cas, par analogie avec le droit public, d'une constitutionnalisation du droit privé. Une constitution limite en effet la souveraineté du législateur sur base d'un catalogue des droits et libertés individuelles. Du coup, explique Willems, un principe de proportionnalité doit prévaloir, qui demande de réduire au strict minimum la limitation des droits et libertés rendue nécessaire par la poursuite de l'intérêt général. C'est donc bien de constitutionnalisation qu'on peut parler lorsque des juges s'attachent à déterminer la légitimité d'une régulation étatique de la famille sur base des principes supérieurs du droit que sont le droit au mariage, le droit de fonder une famille ou les droits de l'enfant, la non-discrimination.

La démocratisation de la famille

Cette constitutionnalisation est l'expression, dans le système juridique, de la *démocratisation* que connaît le système familial. Comme système social, la famille contemporaine, dans les pays occidentaux tout au moins, exprime volontiers ses idéaux au vocabulaire de la démocratie politique. « *Égalité* », « *liberté* », « *participation* », sont devenus des maîtres-mots de la vie familiale contemporaine. En 1992, Anthony Giddens concluait son enquête sociologique sur les mutations de l'intimité par ces mots : « *à l'heure actuelle, la démocratisation de la sphère privée figure non seulement à l'ordre du jour mais constitue également une caractéristique implicite de toute vie personnelle* ». Les trente années qui nous séparent de ce constat ne l'ont guère démenti.

L'idée de démocratie peut être comprise dans trois sens. D'abord, la démocratie est un système de gouvernement. Dans la vie privée comme dans la sphère étatique, des limites solides doivent protéger chacun de l'arbitraire, voire de la violence, du détenteur de l'autorité. De la même façon qu'une

monarchie constitutionnelle a remplacé le despotisme d'Ancien Régime, une parentalité constitutionnelle remplace désormais la puissance paternelle illimitée. Quant au couple conjugal, l'exigence de participation des partenaires à la détermination exacte des conditions de leur association n'a cessé de se renforcer, fondant la famille sur un « *consentement de tous les jours* » qui passe par des délibérations permanentes. En deuxième lieu, la démocratie familiale doit être entendue au sens tocquevillien d'une égalité des conditions. Dans la famille contemporaine, chacun traite l'autre comme un égal, à tout le moins comme un être égal en valeur, car la famille constitue par principe un nœud de relations entre des êtres qui, en raison de l'âge ou de la santé, sont porteurs de grandes dissymétries. Cependant, la prise en compte des différences ne doit jamais restreindre le postulat fondamental de l'égalité des personnes. Le respect réciproque constitue une base *sine qua non* de l'interaction entre des partenaires qui ne peuvent adopter des attitudes de mépris, d'humiliation, ou de subordination. Enfin, la famille constitue un lieu de solidarité, où règne en principe une certaine justice distributive. Les très grandes inégalités entre les conjoints et entre les enfants, caractéristiques de la famille traditionnelle, ont fait place à une constante visée d'égalité des ressources. La réciprocité des dons *au sein* de la famille contrebalance par principe la concurrence (et donc les inégalités) des personnes à l'extérieur de la famille. Une économie de la réciprocité et du partage est de mise dans la famille contemporaine. Comme le dit Giddens, « *si les aspirations démocratiques n'aboutissent pas nécessairement à la stricte égalité des ressources, elles vont néanmoins dans ce sens* »⁽²⁾.

Cette description n'implique nullement une idéalisation excessive de la réalité. Dans nos sociétés complexes, la démocratisation reste très inégalement mise en œuvre selon la classe, le genre et l'appartenance culturelle. Il est évident que la famille contemporaine ne réalise pas toujours et partout un idéal de « *relation pure* » empreinte de liberté, d'égalité et de solidarité. Le constat très général de Giddens n'est cependant pas irréaliste. Il relève d'un « *réalisme utopique* » : il désigne une normativité immanente qui s'impose comme un cadre de référence à tous, mais n'est jamais réalisée intégralement. Ce qu'il appelle « *démocratisation familiale* » ne constitue donc pas un fait positif, mais ce que Gurvitch appelait un « *fait normatif* », c'est-à-dire un fait qui ne peut être compris ni expliqué sans supposer la présence immanente d'une orientation vers des idéaux (et la prescription de normes correspondantes).

(2) A. GIDDENS, *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*, Paris, La Rouergue/Chambon, 1992, p. 257.

Menée en 1992, l'enquête de Giddens s'appuyait surtout sur une exploration des nouvelles pratiques réflexives autour de l'érotisme, l'addiction ou l'homosexualité. Trente ans plus tard, l'institutionnalisation des nouvelles formes d'intimité a considérablement progressé, en particulier au travers d'une juridicisation inédite de la famille et de la sexualité. À la médicalisation repérée par Foucault, et aux transformations des pratiques culturelles décrites par Giddens, s'ajoutent désormais des pratiques de juridicisation étendues qui n'ont pas seulement un impact sur la famille et les rapports d'intimité, mais sur le droit lui-même, forcé de modifier ses modes d'interventions et de raisonnement.

Comme le souligne Geoffrey Willems, les droits humains ont fait une entrée fracassante dans le raisonnement juridique en matière familiale. Mais si nous voulons comprendre les mutations du droit de la famille, nous devons aussi tenir compte d'une seconde transformation. Une nouvelle technique de résolution des litiges, jadis marginale, est devenue centrale dans le champ familial : la *médiation*. J'aimerais soutenir que ces deux mutations du droit familial sont profondément liées et peuvent être expliquées par une dynamique sociologique complexe située à l'intersection des mutations internes du système de la famille et des exigences internes du système du droit. Aucun de ces deux processus ne constitue le pur et simple *reflet* de l'autre, car la logique de la famille est radicalement différente de la logique juridique. La famille, et le droit qui la régle, changent ensemble, par causalité réciproque. Nous avons affaire à un couplage structurel de l'ordre familial et du système du droit, l'un entraînant l'autre dans une morphogenèse qui est loin d'être stabilisée.

Comment rendre compte sociologiquement de la démocratisation/constitutionnalisation du droit familial ? Dans ce qui suit, j'aimerais distinguer, en suivant Margaret Archer⁽³⁾, deux aspects de cette dynamique : le changement dans l'ordre de l'*interaction*, et dans les structures. D'abord, l'autonomisation de l'interaction comme instance normative relativement autonome mérite d'être prise en compte comme un phénomène central. Pour expliquer cela, nous nous placerons dans le sillage d'Anne Rawls, lectrice de Durkheim^{(4), (5)}. Quand l'interaction devient une source d'ordre social, elle s'ajoute à la source plus traditionnelle de l'adhésion consensuelle. En conséquence, celle-ci

(3) M.S. ARCHER, *Realist social theory: the morphogenetic approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

(4) A. RAWLS, « An Essay on Two Conceptions of Social Order. Constitutive Orders of Action, Objects and Identities vs. Aggregated Orders of Individual Action », *Journal of Classical Sociology* 9(4), 2009, pp. 500-520.

(5) A. RAWLS, « Durkheim's theory of modernity : Self-regulating practices as constitutive orders of social and moral facts », *Journal of Classical Sociology* 12(3-4), 2012, pp. 479-512.

change de contenu : la sacralité de la personne individuelle se substitue à la morale traditionnelle. Nous verrons comment ce processus modifie le rapport au droit des sociétés modernes. Le droit moderne doit en effet ouvrir et protéger l'espace des interactions. Celles-ci obéissent à une dynamique normative spécifique et sont dotées d'une portée constitutive et créatrice que ne connaît pas la société traditionnelle. Cette nécessité fonctionnelle nouvelle explique le recours au dispositif de la médiation en complément de celui de l'adjudication. En second lieu, l'évolution des *structures* culturelles et socio-économiques de la famille lance des défis au droit, appelé à reformuler les principes du jugement juridique pour s'ajuster réflexivement à la situation nouvelle. Cela passe par une transformation du mode d'argumentation du juge, appelé à statuer sur base de principes plutôt que de règles⁽⁶⁾.

Ce raisonnement sociologique permet de jeter un regard neuf sur la pluralisation de la famille. En effet, à l'intérieur des sociétés occidentales, le droit familial nouveau accompagne et favorise une grande pluralité des formes familiales. Cela fait de ce droit occidental moderne un bon vecteur de la transnationalisation du droit, car un tel droit devient accueillant au pluralisme juridique. Cependant, cette transnationalisation n'est qu'ébauchée dans le monde actuel. D'un côté, la référence à des principes tend à offrir au droit familial un cadre transnational, qui permet le dialogue des juges par-delà les frontières et la relativisation de la souveraineté nationale. Mais d'un autre côté, la souveraineté nationale fait de la résistance. Elle fait barrage aux potentiels de généralisation du droit contenu dans le nouveau mode de raisonnement juridique, dégagé d'un « *droit du modèle* » et axé sur des principes à prétention universelle.

I. Les pratiques constitutives des familles

Le spectaculaire développement de la médiation dans le droit familial a fait l'objet de nombreux débats et commentaires depuis les années 1980. Cette transformation est attestée dans tout le monde occidental, et concerne aussi d'autres secteurs de la vie sociale⁽⁷⁾. À l'origine, la médiation se présentait

(6) J. DE MUNCK, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », in C. GUY-ECABERT et E. VOLCKRICK (eds), *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, 230-248.

(7) J. DE MUNCK, « De la loi à la médiation », in P. ROSANVALLON (dir.), *France : les révolutions invisibles*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, pp. 311 et s.

comme une alternative à l'adjudication. Mais au fil du temps, et des réformes législatives, elle est progressivement devenue un complément nécessaire qui accompagne la solution du litige familial, avant, pendant ou après le procès judiciaire proprement dit. Cette hybridation entre un mode judiciaire et un mode alternatif de résolution de conflits fait parfois planer un doute sur la cohérence du processus : les médiateurs et les juges craignent pour la rectitude de leurs opérations respectives, tant l'intrication d'une procédure verticale et de la négociation horizontale semblent menacer les présupposés de chacune d'entre elles. Nous pensons cependant que cette hybridation est devenue, pour des raisons sociologiques, tout à fait inévitable.

La mutation du dispositif de résolution des litiges correspond en effet à une très profonde transformation au sein de l'ordre familial lui-même. Le rapport entre *structure* et *interaction* y a été profondément chamboulé à partir des années 1970, au point d'entraîner simultanément une modification radicale du droit familial. Du point de vue de la théorie sociale, nous pouvons, pour comprendre cette dynamique, nous appuyer simultanément sur deux auteures importantes : Anne Rawls et Margaret Archer. L'une et l'autre ont souligné l'importance de l'interaction pour rendre compte de l'émergence de l'ordre des sociétés modernes. Anne Rawls⁽⁸⁾ a souligné l'importance de l'interaction pour rendre compte de la *normativité* des faits sociaux ; Margaret Archer⁽⁹⁾ a centré son propos sur l'*explication* des changements sociaux observables. Elle soutient que la dualité de la structure et de l'interaction est irréductible dans toute analyse de la transformation des systèmes sociaux. Les *structures* configurent des régularités plus ou moins stables de rôles, de ressources, de statuts, implicites ou non. Les *interactions* mettent en œuvre ces structures dans des situations concrètes, où les acteurs se rencontrent et forgent des liens de coopération et de conflit. Par exemple, dans une famille, les rôles parentaux, les ressources d'action distribuées selon le genre et l'âge, les statuts juridiques sont de l'ordre des structures. La mise en œuvre de ces structures par des acteurs concrets, qui s'en saisissent (plus ou moins) réflexivement, renvoie à l'ordre de l'interaction. Ces deux approches de l'interaction (normative et explicative) sont complémentaires et doivent être articulées l'une à l'autre dès qu'il s'agit de rendre intelligible la démocratisation de la famille.

(8) A. RAWLS, « An Essay on Two Conceptions of Social Order. Constitutive Orders of Action, Objects and Identities vs. Aggregated Orders of Individual Action », *Journal of Classical Sociology* 9(4), 2009, pp. 500-520.

(9) M.S. ARCHER, *Realist social theory: the morphogenetic approach*, op. cit.

A. Les pratiques constitutives à la source de la modernité

Un certain retour à Durkheim, aujourd'hui fort en vogue dans les débats de théorie sociale, va nous aider à mieux comprendre la démocratisation de la famille. Par une stimulante relecture, Anne Rawls a montré à quel point on pouvait établir une continuité entre les intuitions les plus profondes de l'auteur de « *De la division du travail* » et les développements de l'interactionnisme symbolique du XX^e siècle, ce courant important de la sociologie américaine du XX^e siècle (Goffman, Garfinkel et leurs disciples).

En quête d'une explication scientifique de la grande transformation historique dont il était le témoin, Durkheim a en effet eu l'immense mérite de mettre au jour les nouvelles pratiques de coordination constitutives des sociétés modernes. Il a parfaitement compris, selon Anne Rawls⁽¹⁰⁾, que l'ordre social, dans les sociétés modernes, ne pouvait plus résulter d'un consensus moral pré-donné. Dans une société de plus en plus différenciée, l'ordre social doit être produit par l'interaction coopérative d'acteurs en situation, qui suivent des règles procédurales de coopération. On a souvent présenté Durkheim comme un sociologue sceptique à l'égard de la modernité, un auteur qui annoncerait une désintégration sociale si le consensus moral venait à être érodé. En réalité il n'en est rien, ni sur le plan explicatif, ni sur le plan normatif⁽¹¹⁾. Il a au contraire témoigné en diverses occasions (notamment lors de l'affaire Dreyfus) de son attachement à un individualisme normatif sans lequel la société moderne ne peut fonctionner.

La découverte fondamentale de Durkheim trouve son point de départ dans la distinction axiomatique entre les sociétés traditionnelles et les sociétés modernes. Dans les premières, l'ordre social et moral suppose un consensus de la communauté portant sur des valeurs et des normes. Le rite permet de réactiver ce consensus de manière régulière ; des croyances partagées assurent une coordination des représentations et la coopération des individus nécessaire à l'action collective. Dans les sociétés modernes, il n'en va pas de même. Elles ne peuvent plus faire fond sur cette « *conscience collective* » qui suppose un accord fondamental et une convergence a priori des représentations. Les routines sont

(10) A. RAWLS, « Durkheim's theory of modernity : Self-regulating practices as constitutive orders of social and moral facts », *op. cit.*

(11) S. LUKES et D. PRABHAT, « Durkheim on law and morality : The desintegration thesis », *Journal of Classical Sociology* 12(3-4), 2012, 363-383.

brisées par l'innovation ; quand elles subsistent, elles ne permettent plus de rassembler dans une communauté de croyances les vastes sociétés différenciées par la division du travail. Ce sont alors des « *pratiques constitutives* » qui rendent possible la coopération sociale. Il s'agit de l'ajustement des interacteurs en situation selon des principes propres à leur interaction elle-même. Avec elles, on voit fleurir de grandes variations entre les consciences individuelles, les secteurs d'activité et les situations quotidiennes. Au lieu de se constituer par le haut, à partir d'un centre religieux et politique irradiant, les sociétés modernes fabriquent de l'ordre à partir du bas, dans les interactions qui génèrent des interprétations et des innovations permanentes.

Anne Rawls montre l'étroite connexion existante entre les « *pratiques constitutives* » durkheimiennes et les pratiques d'interaction quotidienne mises au jour par l'interactionnisme symbolique. Au fond, on peut dire que la sociologie interactionniste n'a été que la mise en œuvre d'un programme de recherche initié par Durkheim. Sous le regard méthodologiquement contrôlé de Garfinkel et de Goffman, les interactions les plus élémentaires de la vie sociale moderne témoignent d'une capacité de générer des faits sociaux identifiables par tous les participants à partir de l'application de règles procédurales. Ces règles présentent, comme le soulignait Durkheim, une forte connotation morale. On ne peut cependant pas les confondre avec les règles émanant d'une institution surplombante qui guiderait « *par le haut* » l'interaction. Au contraire, ces règles se forment de manière immanente lors des face-à-face, des rencontres des personnes cherchant à se coordonner (dans des pratiques conversationnelles par exemple).

Deux traits caractérisent les règles constitutives de l'interaction : leur contextualité et leur normativité. D'un côté, elles épousent les conditions *spécifiques* de la coordination en situation. C'est dire que même si des règles générales de l'interaction peuvent être dégagées, elles seront toujours à compléter par des règles spécifiques aux différentes situations de la vie sociale. De là vient, du côté de la sociologie, une attention renforcée aux détails des interactions, à leurs singularités et leurs spécialisations ; de là vient l'obsession pour des descriptions minutieuses, voire fastidieuses. D'un autre côté, il ne faut pas se contenter de voir dans ces pratiques un « *savoir-faire pratique* » purement empirique ; il y a bel et bien une normativité (et donc des « *règles* ») qui sont mises en œuvre dans ces situations, de sorte que les partenaires de ce jeu réglé savent très bien faire la distinction entre des comportements corrects et incorrects par rapport aux exigences de réciprocité, de mutualité et d'égalité qu'il comporte. S'ils ne se traitent pas comme des égaux, les partenaires de l'interaction

échouent à produire des faits sociaux intelligibles et reconnaissables par les autres, soulignait Garfinkel.

Cette dimension normative de l'interaction a été décrite par Goffman et Garfinkel, sur base d'observations minutieuses d'acteurs en interaction réelle. On peut rassembler sous deux catégories – *confiance* et *justice* – cette normativité immanente de l'interaction. D'un côté, comme l'a montré Garfinkel⁽¹²⁾, l'interaction ne peut aboutir à l'établissement de faits sociaux sans la production de la *confiance* (*trust*) entre les partenaires. Les structures tacites de l'interaction fondent le sens commun ; elles supposent que soient remplies des attentes d'égalité et réciprocité entre les participants, qui « *must implicitly trust one another to meet these expectations in order to achieve coherent meanings. In situation of inequality where expectations are not met, interactions become troubled, and in the absence of successful reparative efforts (which also depend on Trust conditions), interactions break down* ». La confiance est cette anticipation de comportement en incertitude, qui repose d'abord sur une connaissance (toujours incomplète) des dispositions du partenaire. On fait confiance parce qu'on conjoncture la fiabilité d'un partenaire sur base d'un faisceau d'indices. Mais il y a aussi une dimension morale dans cette confiance : les partenaires s'engagent l'un vis-à-vis de l'autre à tenir certaines promesses, aussi vagues soient-elles.

Ces promesses tiennent à la *réciprocité* des positions. Anne Rawls n'hésite pas à avancer que « *there is a contractarian social justice argument at the core of Garfinkel's position* ». Or, la notion de justice est tout aussi centrale dans l'argument de Durkheim. La confiance renvoie à la *justice*, entendue non comme ordre substantiel, mais comme exigence procédurale fondant un ordre social équitable. C'est pourquoi l'analyse sociologique de l'interaction recoupe, au moins partiellement, la théorie de la justice d'une société libérale : la recherche de l'équité repose sur la pratique d'acteurs amenés à coopérer en dehors de tout consensus présumé. Anne Rawls cite plus d'une fois son père (le philosophe John Rawls) qu'elle voit comme un continuateur, sur le plan de la reconstruction philosophique, de la ligne sociologique propre à Durkheim, Garfinkel et Goffman.

(12) A. RAWLS et J. TUROWETZ, « The development of Garfinkel's "Trust" argument from 1947 to 1967 : Demonstrating how inequality disrupts sense and self-making », *Journal of Classical Sociology* 21(1), 2021, pp. 3-37.

B. La morphogenèse des pratiques constitutives de la famille

Lorsque Durkheim aborde ces pratiques constitutives, il pense d'abord à des domaines comme la science, la politique et l'économie. Cette vue partielle de sa propre découverte est compréhensible par sa situation historique. La famille moderne ne s'est détachée que tardivement du mode traditionnel de coopération sociale. Jusqu'au XX^e siècle, les systèmes de rôles étaient hérités plutôt que voulus, et les normes légales dépendaient d'une morale partagée par l'ensemble de la société. Ce n'est que dans les années 1960 qu'on observe un processus de détachement progressif de l'interaction par rapport aux structures familiales traditionnelles, entraînant un dénudement de la normativité procédurale spécifique de l'interaction. À partir des années 1970, des processus sociétaux très puissants vont faire voler en éclats les consensus sur les valeurs familiales, et rendent intenable la référence à un modèle unique. Cela rendra possible le retournement qui fait de l'interaction une instance normative autonome par rapport aux institutions.

Quels sont les mécanismes systémiques qui ont rendu possible une telle transformation ? C'est d'abord la *fonction* de la famille qui se modifie dans les sociétés modernes. La famille se spécialise en modernité ; sa normativité interne se referme sur l'amour et le soin (le *care*). La condition de cette spécialisation fonctionnelle est la transformation de sa fonction économique d'abord. La société industrielle tend à séparer la sphère du travail productif de celle du loisir et de la consommation. La famille continue certes d'exercer des tâches productives, mais en nombre déterminé et très spécifique, la production des biens et services (y compris une part significative du soin aux personnes) passe, en principe, par le marché. On assiste en second lieu à une nette spécialisation de la famille au plan de la reproduction culturelle : l'expansion de l'exo-éducation ôte au groupe familial le contrôle de la socialisation de l'enfant dès le plus jeune âge (parfois quelques semaines après la naissance), la réduisant à une fonction de socialisation primaire. Quelqu'importante que soit cette fonction culturelle pour l'acquisition de la langue et des normes primaires de la socialité, elle est désormais fortement limitée par un contrôle social externe et par la fragmentation de la communication culturelle dans les systèmes religieux, artistique, scientifique, scolaire, médiatique. Quant aux fonctions politiques de la famille, elles ont progressivement perdu de leur ampleur au fil de la modernisation. Les comportements politiques individuels sont de moins en moins déterminés par une loyauté de naissance et d'appartenance familiale. La différenciation entre le poste politique et

l'origine familiale est sans cesse creusée par des normes anti-corruption visant le népotisme.

Cette différenciation fonctionnelle de la famille permet aux interactions de se libérer des contraintes externes aux finalités de l'amour et du soin réciproque. La famille de « *seconde modernité* » se spécialise dans un registre de soutien et de reproduction intime des individus, où le sentiment prévaut par principe sur l'intérêt ou le statut. Cependant, ces interactions familiales partagent avec d'autres types d'interaction des exigences normatives d'ordre moral. Comme dans les interactions entre scientifiques, entre citoyens, ou entre contractants sur un marché, des attentes d'égalité, de confiance, de consentement et de mutualité innervent les interactions entre parents, entre enfants, entre parents et enfants. Il y a bien des similitudes entre le système scientifique, politique ou marchand et le système familial : dans tous les cas, des mêmes exigences morales gouvernent l'interaction. Les interactions familiales doivent toujours réinterpréter en situation ces exigences aux contours plastiques et indéterminés. Elles permettent l'innovation dans des circonstances interpersonnelles changeantes. Il est certain que les partenaires des familles contemporaines doivent faire preuve d'esprit novateur et de sens de l'improvisation. Au fil de leurs échanges, ils font des expériences morales très fortes, où s'éprouvent la difficulté de la justice et l'âpreté des choix moraux.

Dans sa description des attentes normatives de l'interaction, Anne Rawls se cantonne ordinairement aux descriptions qu'en donnent les travaux de l'interactionnisme symbolique. Cependant, d'autres dimensions de la normativité de l'interaction ont été dégagées par la théorie sociale des trente dernières années. Je me contenterai ici d'évoquer deux directions, dégagées par Axel Honneth d'une part, Jürgen Habermas et Robert Brandom d'autre part.

Les attentes de justice interactive portent en effet également sur la *reconnaissance* de l'identité des partenaires. Ce dont il s'agit, ce n'est pas uniquement de l'égalité de la distribution des ressources, mais aussi de la prise en compte des libertés et des singularités. Axel Honneth⁽¹³⁾ a largement déployé cette structure interne de l'interaction et l'a connectée au droit moderne. Par ailleurs, l'engagement d'une discussion médiatisée par le langage, c'est-à-dire par des actes de paroles visant un consensus, enclenche lui aussi une entreprise

(13) A. HONNETH, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Paris, Gallimard (Nrf), 2015.

morale complexe. Les participants ne peuvent échapper, dans ce cas, à la mise en œuvre de règles de coopération discursive. Habermas⁽¹⁴⁾ et Brandom⁽¹⁵⁾ ont proposé des reconstructions convaincantes de cette dimension spécifique des interactions sociales. Ils ont montré à quel point les interactions quotidiennes nous placent tous les jours dans des attentes normatives propres à l'interaction médiatisée par des actes de parole.

La sociologie contemporaine a, sur ces deux versants (reconnaissance et discursivité), fortement enrichi la description des exigences de justice réalisée par Garfinkel et Goffman. Nous ne disposons pas encore d'une théorie unifiée de la normativité des interactions, mais ses composantes sont partiellement disponibles dans ces recherches majeures de la sociologie contemporaine. On ne peut comprendre le succès de la médiation comme dispositif de résolution des litiges sans mobiliser ces théories. Il n'est en effet pas difficile de reconnaître dans les pratiques des médiateurs familiaux les préoccupations morales des sociologues de l'interaction.

La médiation se distingue de l'adjudication par le pouvoir conféré aux parties pour décider de l'issue de leurs délibérations. Elle suppose l'activation d'une procédure discursive. Le médiateur est amené à intervenir sur base de principes de stricte neutralité concernant l'objet des discussions, mais non sans une orientation axiologique et normative très forte. Il s'agit en effet de veiller à la reconnaissance mutuelle des personnes en vue de construire un espace de coopération discursive pouvant déboucher sur un accord justifié. On peut voir dans ce dispositif un reflet semi-formalisé des normes informelles de l'interaction que décrit Anne Rawls. Les dispositifs de médiation apparaissent, sous cet angle, comme des artefacts permettant de réparer des interactions familiales endommagées dans lesquelles ni la justice, ni la reconnaissance, ni la discussion raisonnée, ne semblent plus possibles. C'est pourquoi ils s'imposent à mesure que la famille moderne se dégage de l'ordre traditionnel pour laisser une place à l'interaction.

(14) J. HABERMAS, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1990.

(15) R. BRANDOM, *Making it explicit. Reasoning, representing and discursive commitment*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1998.

II. Le rapport aux pratiques constitutives comme question pour le droit

Le message de Durkheim ne se limite pas à la mise en lumière des pratiques constitutives. Il ne se réduit pas à une version interactionniste de la société. Un niveau de structuration institutionnel reste nécessaire, même s'il change de fonction par rapport aux sociétés traditionnelles. Les institutions du droit ou de l'État, doivent exprimer et permettre la réalisation des pratiques constitutives, et non l'inverse (comme dans les sociétés traditionnelles). Anne Rawls écrit : *« Instead of treating formal institutions and the formal law as creating the social order from which everything else follows, it refocuses attention on informal levels of constitutive practice that depend on voluntary reciprocal action. In contrast with conventional view, Durkheim proposes that formal institutions now have the job of supporting the informal. His argument explains the prevalence of the 'informal order' aspects of formal institutions that are so often treated as a problem. In a differential social context in which the self-organizing practices of public civility are sufficiently developed, the job of political, legal and moral institutions will be to 'translate' the constitutive orders that are developed below them »*⁽¹⁶⁾.

Même s'il souligne la nécessité fonctionnelle des formes de régulation anti-autoritaires, Durkheim a donc anticipé un nouveau rôle pour l'État et le droit qui *« must provide for the general context of justice required by a form of solidarity based on contracts, a shared spontaneous commitment to constitutive work practices... Therefore, it is no coincidence that civil rights, general equality, and freedom have become the most pressing issues for modern governments. The role of authority structures has shifted from the production of social solidarity and meaning to the quite different job of maintaining the background conditions of justice against which stable contractual and constitutive solidarities can be produced in situ »*⁽¹⁷⁾.

A. Les limites de la médiation

Le droit familial a été confronté à cette question brûlante à partir des années 1970-1980. Cela explique la montée en puissance de la médiation, qui a été accompagnée par une prise de conscience de ses limites. Celles-ci doivent être compensées par l'institution. De nombreuses controverses ont tourné autour de cette question. Ainsi, dans un article célèbre, Owen Fiss avait, en 1984,

(16) A. RAWLS, « Durkheim's theory of modernity : Self-regulating practices as constitutive orders of social and moral facts ». *op. cit.*, p. 504.

(17) *Ibid.*, p. 506.

mis en cause la médiation en la présentant comme la recherche d'un *settlement* ignorant complètement les attentes de justice qui s'attachent au droit et à l'adjudication. En sacralisant la capacité créatrice de l'interaction, la médiation s'éloignerait, selon lui, d'idéaux démocratiques exigeants. Elle se réduirait à une négociation d'intérêts.

Il serait facile de répondre aujourd'hui à Owen Fiss que sa position ignorait la moralité qui s'attache à l'interaction elle-même. Cependant, il n'avait pas totalement tort. On touche ici la limite du raisonnement purement interactionniste en sociologie. Le droit ne se limite pas à l'institutionnalisation d'une résolution des litiges au cas par cas. Il doit aussi veiller à la cohérence du système des normes familiales compte tenu d'idéaux et de valeurs fondatrices des sociétés démocratiques. Après tout, il ne va nullement de soi qu'une procédure juste produise des contrats justes. Ceux-ci peuvent bien être injustes, par faiblesse des participants, ou par déformation systématique de la communication (comme dirait Habermas). Ces normes et ces idéaux sont constitutifs d'un système juridique qui ne peut pas simplement protéger les interactions et prendre acte de leurs résultats, mais aussi les finaliser en établissant un horizon d'attente démocratique. Cela suppose que le droit s'inquiète des « *background conditions of justice* », car les disparités de ressources, les inégalités de position, les mécanismes de domination, peuvent rendre impossible la pratique de la justice interactive.

B. Les changements des structures culturelles et sociales

Ce qui est vrai sur le plan normatif l'est également sur le plan explicatif. On ne peut pas plus doter l'interaction d'une puissance causale sans limite qu'on ne peut faire reposer exclusivement sur elle la production de la justice. Margaret Archer n'a cessé d'y insister : dans une société historique, les interactions ne se déroulent jamais dans le vide. Les structures résultent non pas des interactions actuelles, mais des interactions passées. Celles-ci sont déposées sous forme de traces, de normes, d'accumulations de ressources, qui conditionnent le champ des possibilités ouvertes aux acteurs. La simple concaténation des interactions ne pourrait jamais constituer une société intégrée. Même si l'interaction, libérée du consensus traditionnel, peut s'appuyer sur des principes de réciprocité et innover librement, elle est toujours conditionnée par des structures qui distribuent les ressources, fixent les rôles, fournissent des référents culturels partagés. La question de l'institution ne se pose pas seulement comme la question d'une protection des principes moraux de l'interaction, mais aussi comme une question d'articulation entre l'interaction et ces structures.

On peut distinguer, en suivant Archer⁽¹⁸⁾, deux grands types de structures, l'un et l'autre pertinents pour le champ qui nous occupe : les structures peuvent être soit culturelles, soit matérielles et sociales.

Les structures culturelles stabilisent la production du sens dans la société. La morale de l'authenticité⁽¹⁹⁾, un discours amoureux passionnel, un sentiment surdéveloppé de l'enfance, fournissent des sémantiques qui trament l'horizon de sens de la famille moderne, à côté d'autres discours plus minoritaires. Ces sentiments moraux se cristallisent dans un individualisme expressif bien mis en scène par la littérature, le théâtre et le cinéma modernes. On peut suivre sur ce point Durkheim, une fois de plus : « l'idée de Durkheim, expliquent Lukes et Prabhat est que, dans des sociétés différenciées et plurielles, il y a un ensemble de normes de base progressivement plus humaines qui mettent en place progressivement le culte de l'individu, la sacralisation de la personne ». Hans Joas⁽²⁰⁾ a montré combien ce processus de sacralisation de la personne se trouve au cœur de la construction du droit moderne. Il relie l'idéal *moral* de la personne individuelle à des normes *juridiques* sanctionnables.

Mais on tomberait dans un culturalisme simpliste si on n'expliquait une société que par la production du sens. D'autre part, les structures *matérielles* et *sociales* ouvrent et ferment des opportunités aux acteurs, leur offrent des ressources, fixent des systèmes de rôle, et donc des pouvoirs d'agir. Les structures de classe, de genre, de race, conditionnent (sans les déterminer) les interactions qui vont les investir pour donner sens aux situations sociales. Sans évolution des structures matérielles et sociales, il est difficile d'envisager une vraie transformation des mœurs familiales. Il est par exemple évident que les structures économiques du marché du travail ont puissamment aidé, à partir des années 1960, à l'émancipation des femmes du foyer ; et les avancées de la contraception ont contribué à affaiblir les structures de genre qui conditionnaient la vie du couple. Ces dispositifs matériels, économiques, techniques, vont de pair avec des régularités sociales qui peuvent introduire, dans les interactions, des contraintes très fortes, et des dissymétries importantes.

Notons que ces structures restent souvent implicites, et se reproduisent de manière inconsciente. De là vient la difficulté de les prendre en compte dans l'analyse ; et de là vient aussi leur résistance aux tentatives de réforme.

(18) M.S. ARCHER, *Culture and agency. The place of culture in social theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

(19) C. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, Montreal, Bellarmin, 1992.

(20) H. JOAS, *Comment la personne est devenue sacrée*, Paris, Labor et Fides, 2016.

Mais elles peuvent aussi être explicites, c'est-à-dire s'exprimer par des règles conscientes, comme le sont des normes de droit, qui sont systématiquement reliées à des capacités d'agir. Le droit constitue en effet un ensemble de justifications des ressources et des opportunités (c'est-à-dire des pouvoirs) disponibles aux individus. En distribuant des droits subjectifs, en les incarnant dans des interventions autorisées et autoritaires, le droit contribue à la transformation (ou au contraire la stase) des structures économiques et sociales.

L'institution juridique se trouve dans la situation de ne pas pouvoir s'en remettre totalement à l'interaction pour contribuer à un ordre social libre ; elle doit fournir des normes de référence substantielles aux interacteurs, qui leur permettent de donner un sens partagé à leur situation et de fixer des rôles et des comportements recevables non seulement par eux, mais par l'ensemble de la société. Ces normes doivent être culturellement et socialement pertinentes. Elles s'articulent aux structures et en modifient les effets.

On ne pourrait pas comprendre l'intense mobilisation législative et judiciaire des trente dernières années, de même que la profusion des débats d'experts dans le droit familial, en réduisant la transformation de cette branche du droit à l'institutionnalisation progressive de la médiation. Avec celle-ci, c'est la totalité du paysage normatif juridique qui a été appelé à se transformer. Les normes de la parentalité, les normes de la filiation, les obligations et les interdits de la sexualité se mettent au diapason des exigences des pratiques constitutives. Cet ajustement remarquable a nécessité un énorme travail qui a mobilisé les mouvements sociaux, les législateurs, les juges, les experts, les citoyens ordinaires. L'histoire globale de cette transformation reste à écrire.

C. La constitutionnalisation du droit familial

Comme système semi-autonome, le droit familial a donc été confronté au difficile travail d'une modification réflexive de son propre fonctionnement. En reprenant librement la célèbre distinction de Hart, nous pouvons schématiser cette dynamique comme le passage d'une focalisation sur les règles primaires à une focalisation sur les règles secondaires du droit. Jusqu'aux années 1960, le droit familial fonctionnait comme un droit « *du modèle* »⁽²¹⁾, au sens où il

(21) I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, op. cit.

cherchait à édicter des règles directes de comportement, suivant un modèle de famille normatif supposément consensuel. Sur base de ce modèle, il s'agissait de discriminer le bon du mauvais, d'établir les fautes et de distribuer des sanctions. Dans le nouveau mode de raisonnement juridique, il s'agit plutôt d'évaluer les situations à partir de *principes* relativement flous qui permettent de dégager, en situation, des propositions de solution⁽²²⁾. Quels sont ces principes ? Le principe de *l'autorité parentale partagée* a été consacrée dans presque tous les pays occidentaux. Il vise à assurer l'égalité des parents (hétéro ou homosexuels) dans l'exercice de leurs responsabilités à l'égard des enfants. Le principe de *l'intérêt supérieur de l'enfant* s'est de plus en plus en imposé comme une norme de référence pour la justification des décisions familiales, surtout lorsque des conflits de valeur divisent les parents. Le principe du *consentement éclairé par la délibération* de chaque partie prenante à la vie familiale a été affirmé avec force, tant sur le plan de la conjugalité que sur celui du traitement des enfants. Il faut ajouter que ce consentement doit être *continu* (par exemple en matière de relations sexuelles entre époux).

La caractéristique centrale de ces principes juridiques est qu'ils opèrent une médiation entre les exigences de l'interaction et celles des structures. D'un côté, ils cherchent à articuler des rôles, des pouvoirs, et donc à réguler les structures. D'un autre côté, ils tentent d'ouvrir un espace autonome d'interaction. Parce qu'ils cultivent le flou, ils orientent, sans la déterminer, la production de règles en situation. La dualité sociologique de l'interaction et de la structure⁽²³⁾ se reflète donc dans le système du droit familial comme la dualité entre le dispositif de médiation et les principes supérieurs du droit. D'un côté, les règles procédurales de l'interaction sont des méta-règles dont l'application débouche sur des arrangements au cas par cas. D'un autre côté, les principes assurent, de leur côté, la cohérence et la complémentarité entre les normes, tout en veillant aux conditions procédurales et aux résultats substantiels de l'interaction. S'en remettre uniquement aux dispositifs de médiation ferait courir le risque d'avaliser n'importe quelle solution au litige, et de ne pas tenir compte suffisamment des inégalités de position structurelles dans la société. L'appui sur les principes permet de justifier des décisions judiciaires qui équilibrent les pouvoirs des personnes en interaction.

(22) J. DE MUNCK, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », *op. cit.*, 230-248 ; Ch. GUY-ECABERT, « Du bon usage de la distinction entre règles et principes en médiation », in Ch. GUY-ECABERT et E. VOLCKRICK, *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, pp. 217-228.

(23) M.S. ARCHER, *Realist social theory: the morphogenetic approach*, *op. cit.*

C'est pourquoi le droit familial contemporain accorde une importance grandissante, au point de devenir envahissante, aux droits humains et aux principes supérieurs du droit.

Les principes permettent aussi de construire un équilibre réflexif entre les exigences de l'interaction, faites de réciprocité et d'égalité, et les systèmes dissymétriques de droits et de devoirs qui conditionnent les interactions. Par évidence, l'exigence de l'égalité des personnes ne peut pas être directement réalisée dans une famille dont le but est précisément de porter un enfant profondément dépendant à l'état adulte au travers d'un processus de développement régulé par le soin et l'amour. Cependant, les droits de l'enfant doivent être respectés parce que l'enfant constitue, dès sa naissance, un participant *virtuellement* égal aux autres. Cet équilibre entre symétrie morale et dissymétrie des positions ne peut pas être construit comme un ensemble de règles binaires à appliquer en situations stéréotypées. Il ne peut faire l'objet que d'une heuristique guidée par des principes. Il en va de même de l'obligation de contact continu entre parents et enfants, ou de l'obligation de recueillir la parole de l'enfant pour les affaires qui le concernent⁽²⁴⁾.

Au bout du compte, peut-on dire qu'un nouveau type de consensus fonde le droit familial contemporain ? La réponse doit être nuancée. Certes, il est incontestable qu'un individualisme très volontariste, et les principes juridiques qui lui sont liés, hiérarchisent les arguments avancés dans le cadre du système juridique contemporain. On peut à cet égard parler d'un consensus nouveau sur des valeurs égalitaristes, qui remplace les valeurs familiales traditionnelles, patriarcales, de la première modernité. Cependant ces croyances sont extrêmement abstraites et vagues, et ne s'appuient pas sur des rituels répétitifs pour s'ancrer dans la vie sociale. Il s'agit des croyances dans les droits humains, dont la caractéristique centrale est de ne fonder l'ordre social que sur les libertés égales et réciproques de tous. Ces croyances n'oblitérent pas l'espace d'interaction libre qui constitue, comme le dit Anne Rawls⁽²⁵⁾, l'autre base (non consensuelle) de l'ordre social en modernité, à savoir l'espace des pratiques constitutives.

(24) R. THORNBAD et A. STRANDBU, « The Involvement of Children in the Process of Mandatory Family Mediation », in *Nordic Mediation Research*, 2018, https://doi.org/10.1007/978_3_319_73019_6_10.

(25) A. RAWLS, « An Essay on Two Conceptions of Social Order. Constitutive Orders of Action, Objects and Identities vs. Aggregated Orders of Individual Action », *op. cit.*

III. La pluralisation des formes familiales

Les sociologues sont frappés aujourd'hui par la pluralité des formes organisationnelles des familles modernes. Familles monoparentales ou biparentales, homosexuelles ou hétérosexuelles, disloquées et recomposées, ouvrent la voie à une permanente innovation où interviennent non seulement des acteurs traditionnels de la famille « nucléaire », mais aussi des nouveaux venus comme les grands-parents ou les beaux-parents. Si notre diagnostic est correct, le processus de pluralisation va se poursuivre dans les sociétés occidentales. La normativité de l'interaction ne correspond pas du tout, dans une société moderne, à un ensemble de routines et d'habitudes figées⁽²⁶⁾ ; elle favorise au contraire la réflexivité, l'interprétation et le « bricolage » en situation.

A. Le droit comme facteur de production de la complexité familiale

Pour bien comprendre les conséquences sociales de la mutation de l'argumentation juridique, il n'est sans doute pas inutile de rappeler au lecteur un apport fondamental de Luhmann à la théorie sociologique du droit. Luhmann distingue, dans l'argumentation juridique, plusieurs niveaux d'opération. À un premier niveau, le discours juridique observe le monde extérieur, et « observe les événements qu'il choisit d'observer selon les modalités de son propre code »⁽²⁷⁾. L'argumentation porte alors sur l'application des règles primaires, déterminant si un comportement ou une situation sont ou non valides compte tenu des normes du système. À un deuxième niveau, les décisions et les arguments de premier niveau sont eux-mêmes observés. L'argumentation thématise sa propre opération. Il s'agit de déterminer les raisons de choisir un ensemble de bonnes raisons plutôt qu'un autre. Ce niveau d'argumentation est fondamental pour établir la cohérence du système, et non pas seulement pour justifier une décision particulière. C'est en ce point qu'apparaissent les « théories » internes du système juridique, les « standards » de jugement pour différentes matières, voire les théories générales de l'interprétation matérielle des textes (comme

(26) A. RAWLS, « Durkheim's theory of modernity : Self-regulating practices as constitutive orders of social and moral facts », *op. cit.*, p. 485.

(27) M. GARCIA, « L'argumentation juridique » comme clôture observationnelle du système juridique : une reconstruction du concept guidé par la théorie des systèmes », in L. K. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Europaea Memoria, Reihe I: Studien, 109, Olms Verlag, 2015, 103-134, p. 116.

la jurisprudence par les intérêts, ou la doctrine des Pandectes, etc.). Enfin, à un troisième niveau, on peut observer comment les théories de l'interprétation de deuxième niveau parviennent ou non à rencontrer la contingence du monde. Elle doit permettre de dégager les raisons de la rationalité juridique elle-même, dans son rapport avec la société. Ce troisième niveau d'observation concerne non pas tant la validité interne du système que son adéquation à la vie sociale. La formule la plus générale qui permet de décrire ce rapport relève du binaire variété/redondance. Luhmann⁽²⁸⁾ écrit : « *The benefit gained [...] from the distinction between variety and redundancy is the insight that there is another side to the matter. And this other side comprises not the lesser reasons or the unreasoned ("decisionist") decision-making, as an interpreter of texts is inclined to think, but the necessity of having a sufficient level (and under modern conditions, a high level) of variety within the system* ».

Il faut en effet comprendre que la variété est essentielle au système juridique, souligne Margarida Garcia⁽²⁹⁾, car « *un système qui fonctionnerait seulement à la redondance perdrait la capacité de s'auto-adapter à son environnement et de remplir sa fonction au sein de la société* ». Une dynamique argumentative souple permet au droit familial contemporain d'échapper aux « *tendances conservatrices* » qui ont pendant près de deux siècles caractérisé son fonctionnement (avant donc le spectaculaire retournement auquel nous assistons depuis les années 1970). Il ne suffit pas seulement de constater que le droit s'adapte à la pluralité des systèmes familiaux et aux demandes des acteurs d'en devenir les citoyens actifs ; il faut aussitôt ajouter que le droit familial devient un facteur spécifique de production de cette pluralité, en conjonction avec d'autres facteurs d'ordre culturel ou sociétal. En effet, il relaie des discours porteurs de signification pour les acteurs, et en même temps les dote de pouvoirs statutaires (des droits subjectifs) liés à des contraintes observables et sanctionnables (les devoirs, corrélats des droits).

(28) N. LUHMANN, « Legal Argumentation », in *Law as a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 305-356, p. 331.

(29) M. GARCIA, « L'« argumentation juridique » comme clôture observationnelle du système juridique : une reconstruction du concept guidé par la théorie des systèmes », in L. K. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Europaea Memoria, Reihe I: Studien, 109, Olms Verlag, 2015, 103-134., p. 123.

B. Multiculturalité et transnationalisation du droit familial

Le droit familial ne s'ajuste pas seulement aux évolutions internes des sociétés culturellement homogènes, mais rencontre aussi la différenciation des groupes *culturels* et *ethniques* en Europe de l'Ouest, aux États-Unis ou au Canada. Suite aux migrations qui ont caractérisé le XX^e siècle, divers ordres de valeurs coexistent au sein des sociétés modernes, pour le meilleur et pour le pire. Les litiges conjugaux ou parentaux se transforment du coup en conflits interculturels, soit parce que le droit familial interne à la famille se heurte au droit familial étatique, soit parce que les partenaires appartiennent à des cultures différentes. Cette situation est dans une grande mesure gérable par un droit familial qui s'est transformé sur les deux plans que nous avons décrits (médiation et argumentation). Le droit familial transformé n'a-t-il pas ouvert largement l'éventail des accords familiaux acceptables dans la société démocratique ? Certes, cette flexibilité n'est que relative, car les accords reconnus comme valides ne peuvent, par principe, pas contredire les pratiques constitutives, ni les principes juridiques (droits humains, intérêt supérieur de l'enfant, etc.). Cependant, le gain de variation et de pluralité est considérable. Il découle de la constitutionnalisation d'un *droit de vivre dans la famille de son choix*.

On doit quand même apporter des nuances importantes à une version un peu trop ensoleillée de la démocratisation de la vie familiale par le droit. Pour mieux le percevoir, j'aimerais ici évoquer la question de l'internationalisation du droit familial contemporain. L'attente d'un tel droit transnational accompagne les familles qui vivent des litiges dont la résolution dépasse de loin les frontières étatiques. De manière très naturelle, les acteurs tentent d'étendre les innovations du droit occidental au champ international. Par exemple, la Conférence de droit international privé de La Haye promeut la possibilité de médiations familiales internationales. Dans sa Convention de 1996, elle recommande l'usage de la médiation internationale comme première démarche de résolution de conflit dans l'intérêt de l'enfant⁽³⁰⁾. Le Conseil de l'Europe, de même que l'Union européenne, ont endossé la médiation depuis la fin des années 1990⁽³¹⁾. La législation et la jurisprudence introduisent de manière quasi systématique la référence aux droits humains, susceptible de

(30) N. GONZALEZ MARTIN, « International Parental Child Abduction and Mediation », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XV, 2015, pp. 353-412.

(31) H. STALFORD, « Crossing boundaries : reconciling law, culture and values in international family mediation », *Journal of Social Welfare and Family Law* 32(2), 2010, 155-168, pp. 156-157.

fonder un ordre juridique international. Cependant, on peut apercevoir deux obstacles à cette globalisation de la famille démocratique contemporaine.

Le premier obstacle tient à la structuration interne du droit moderne. Si les trente dernières années ont vu germer et fleurir des innovations procédurales et substantielles, elles n'ont pas pour autant aboli les contradictions internes du système. Une contradiction importante continue d'opposer les contenus universalistes des principes à la permanence de la souveraineté étatique au sein de l'ordre familial. C'est à juste titre que David Bradley souligne que même si les évolutions culturelles poussent à une universalisation des références normatives de la famille, le droit familial reste un attribut important de la souveraineté nationale. Certes, on observe une certaine constitutionnalisation de l'autonomie privée, par exemple en droit européen où est affirmé le droit pour les parties de choisir le droit applicable au sein de l'Union européenne. On peut aussi pointer la reconnaissance de mariages célébrés en dehors des frontières, même pour les homosexuels⁽³²⁾. On constate un certain développement d'un « *dialogue transnational des juges* »⁽³³⁾ qui tend à généraliser des raisonnements et des convictions au-delà des frontières, non seulement sur des questions de droit public mais aussi de droit familial⁽³⁴⁾. Cependant, on se trouve loin d'une transnationalisation du droit familial. On peut même reconnaître, dans le « *principe de confiance mutuelle* » promu au sein de l'Union européenne, une paradoxale réaffirmation du principe de souveraineté nationale. Silvia Bartolini remarque par exemple que le principe de confiance mutuelle entre États qui préside au droit international privé crée souvent, dans le cas du déplacement international illicite d'enfant, la présomption que les droits de l'enfant enlevé ont été parfaitement protégés dans l'État d'origine⁽³⁵⁾. Il faut en effet de très lourdes preuves pour renverser cette confiance faite au pays étranger. En conséquence, le juge du pays où l'enfant a été déplacé est censé ordonner presque automatiquement le retour de l'enfant dans le pays d'origine. La confiance mutuelle que se font, par principe, les États, se ramène donc à une confiance aveugle dans la justice pratiquée par un pays partenaire. Malheureusement, cette confiance est souvent mal placée. Elle peut porter un

(32) M. HARDING, « Does transnational family law exist? Should adult relationships be freed from national protective norms », in *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Developments in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 263–280.

(33) A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

(34) G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 3–46.

(35) S. BARTOLINI, « In the name of the best interest of the child: the principle of mutual trust in child abduction cases », *Common Market Law Review*, 2019, 56, pp. 1–30.

grave préjudice aux intérêts de l'enfant. On constate que bien des déplacements d'enfants sont motivés par une volonté de protéger l'enfant contre des atteintes à sa dignité, à son intégrité, au respect de sa liberté. Ce principe de confiance mutuelle entre États protège la souveraineté nationale, mais peut apparaître extrêmement dommageable du point de vue « *constitutionnel* ».

Mais c'est surtout en dehors des frontières de l'Occident qu'on peut apercevoir des obstacles à la transnationalisation du droit familial. Dans ce cas, la globalisation ne concerne plus des sociétés fonctionnellement différenciées, mais des sociétés configurées sur base de consensus moraux traditionnels. Dans ces cas, la médiation internationale peut être utilisée ; mais elle se heurte à l'extrême difficulté de la dissonance avec l'institution du droit concerné. On peut certes soutenir, dans la lignée du constat sociologique d'Anne Rawls, que l'ordre *sui generis* des interactions entre étrangers impose des normes de justice, « *qu'on y croie ou non* ». La référence aux droits humains et aux Conventions des droits de l'enfant peut affaiblir une argumentation juridique domestique, mais pas complètement la surpasser.

On se heurte sur ce point à la limite de la puissance du droit. Le droit ne suffit jamais à produire un changement structurel. Il n'opère qu'en conjonction avec d'autres facteurs. En Occident, les transformations familiales ont été rendues possibles, on l'a rappelé ci-dessus, par des mutations concomitantes des structures culturelles et sociales. Comme le répète Margaret Archer, des interactions très conflictuelles qui appelleraient des transformations sociales n'entraînent pas automatiquement une morphogenèse des systèmes concernés. Les structures opposent leur cohérence et leur rigidité aux coups de butoir des acteurs. Inversement, des contradictions profondes inscrites dans les structures culturelles ou sociales peuvent appeler des mutations des configurations d'intégration sociale. Mais celles-ci ne se produiront pas si les interacteurs ne trouvent pas une voie innovante permettant d'enclencher un changement social. On peut espérer qu'une démocratisation touchera l'ordre familial en dehors de l'Occident. De nombreuses forces, des coalitions nouvelles se forment à ce propos en Amérique latine, dans les pays musulmans, en Afrique subsaharienne. Les femmes y jouent souvent un rôle prépondérant. Il serait vain d'espérer que par la seule magie du droit familial réformé, un nouvel ordre familial advienne. On peut tout au plus attendre du droit international qu'il joue le rôle de stimulant pour une démocratisation qui reste encore à réaliser par des moyens non juridiques, c'est-à-dire par l'action politique, la discussion culturelle et la transformation des structures économiques, ouvrant la voie à une libération du potentiel normatif de l'interaction.

En conclusion, nous pouvons dire que la démocratisation de la famille constitue probablement un des phénomènes sociétaux les plus saisissants du temps que nous vivons. Les lignes qui précèdent n'ont fait qu'en esquisser l'explication sociologique et en dégager quelques enjeux pour l'orientation du droit.

Il est certain que nous pouvons suivre Anne Rawls sur un point : la différenciation sociétale fait ressortir de plus en plus nettement la normativité toujours déjà opérante d'une justice produite *sui generis* dans les interactions les plus quotidiennes des sociétés fonctionnellement différenciées. Cette normativité a été bien explorée par les théories sociologiques contemporaines, comme celles de l'interactionnisme symbolique, de la pragmatique ou les théories de la reconnaissance.

Cependant, le droit n'appartient pas à l'interaction, mais à l'institution. Il est de la plus haute importance qu'il s'ajuste à ces exigences de justice, et en conséquence institue des modes collaboratifs de résolution des conflits. En même temps, il doit modifier profondément son mode d'argumentation de manière à faire droit à la pluralité de la vie sociale. Le recours aux principes (droits humains, intérêt supérieur de l'enfant, coparentalité, consentement) permet de maintenir la référence aux idéaux démocratiques tout en respectant l'inventivité des personnes en situation. Le droit contribue ainsi, à sa manière, à une démocratisation de la famille, ce grand mouvement qui traverse la plupart des sociétés occidentales hypermodernes. Aujourd'hui, cette vague touche aussi les sociétés moins modernisées. Un maelstrom politico-culturel répand sur la totalité du globe des exigences de démocratisation de la vie intime. Il n'est pas douteux que le nationalisme, tout comme des structures culturelles et sociales puissantes, peuvent faire obstacle à ce processus de démocratisation.

Bibliographie

M. S. ARCHER, *Realist Social Theory: the Morphogenetic Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

M. S. ARCHER, *Culture and Agency. The Place of Culture in Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

S. I. BARTOLINI, « In the Name of the Best Interest of the Child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *Common Market Law Review*, 56, 2019, pp. 1-30.

R. BRANDOM, *Making It Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

J. De MUNCK, « De la loi à la médiation », in *Les révolutions invisibles*, Paris, Calmann-Levy, 1998, pp. 311-322.

J. De MUNCK, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », in Ch. GUY-ECABERT (dir.), *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, pp. 230-248.

O. M. FISS, « Against Settlement », *Yale Law Journal*, 93, 1984, pp. 1073-89.

A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*. Paris, Seuil, 2005.

M. GARCIA, « L'“argumentation juridique” comme clôture observationnelle du système juridique : une reconstruction du concept guidé par la théorie des systèmes », in L. K. SOSOE, *Le droit – un système Social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Europaea Memoria, Reihe I: Studien, 109, Zurich-New-York, Olms Verlag, 2015, pp. 103-34.

A. GIDDENS, *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*, Rodez, La Rouergue/Chambon, 1992.

M. N. GONZÁLEZ, « International Parental Child Abduction and Mediation », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XV, 2015, pp. 353-412.

Ch. GUY-ECABERT, « Du bon usage de la distinction entre règles et principes en médiation », in *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, 28.

J. HANS, *Comment la personne est devenue sacrée*, Genève, Labor et Fides, 2016.

J. HABERMAS, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MIT Press, 1990.

M. HARDING, « Does Transnational Family Law Exist? Should Adult Relationships Be Freed from National Protective Norms », in P. JURČYS, P. F. KJAER et R. YATSUNAMI, *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Developments in International Law, 65, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 263-80.

H. L. A. HART, *Le concept de droit*. Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

A. HONNETH, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Paris, Gallimard (Nrf), 2015.

N. LUHMANN, « Legal Argumentation », in *Law as a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 305-56.

S. LUKES et P. DEVYANI, « Durkheim on Law and Morality: The Disintegration Thesis », *Journal of Classical Sociology*, 12 (3-4), 2012, pp. 363-83.

A. RAWLS, « An Essay on Two Conceptions of social Order. Constitutive Orders of Action, Objects and Identities vs. Aggregated Orders of Individual Action », *Journal of Classical Sociology*, 9(4), 2009, pp. 500-520.

A. RAWLS, « Durkheim's Theory of Modernity: Self-Regulating Practices as Constitutive Orders of Social and Moral Facts », *Journal of Classical Sociology*, 12(3-4), 2012, pp. 479-512.

A. RAWLS et J. TUROWETZ, « The Development of Garfinkel's "Trust" Argument from 1947 to 1967: Demonstrating How Inequality Disrupts Sense and Self-Making », *Journal of Classical Sociology*, 21(1), 2021, pp. 3-37.

H. STALFORD, « Crossing Boundaries: Reconciling Law, Culture and Values in International Family Mediation », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 32(2), 2010, pp. 155-68.

C. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.

I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

R. THORNBLAD et A. STRANDBU, 2018. « The Involvement of Children in the Process of Mandatory Family Mediation », in *Nordic Mediation Research*, 2018 https://doi.org/10.1007/978_3_319_73019_6_10.

G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de droit de Louvain*, 2016/1, pp. 3-46.

G. WILLEMS, « Le droit de la famille revu et corrigé par les juges des droits humains : Réflexions sur la diversité des stratégies juridictionnelles et les enjeux du dialogue interjuridictionnel au départ du cas du mariage homosexuel », *R.D.I.D.C.*, 2021/4, pp. 445 et s.