

## **ETAT ET CONFLIT CONJUGAL**

PAR

Dominique MEMMI

*Attachée de recherche au C.N.R.S. (C.U.R.A.P.P.)*

Notre intervention porte sur le rapport entre Etat et famille en Italie. Mais elle se veut une réflexion moins sur la réalité de ce rapport que sur la production de discours à son propos.

L'emploi de certaines catégories conceptuelles peut nous aider à masquer la réalité autant qu'à l'élucider : Etat et société civile, Etat et famille, Etat et économie, public et privé — pour reprendre les thèmes de nos travaux communs de ce jour — sont peut-être de celles-là. L'ensemble des interventions qui précèdent révèlent cependant notre difficulté à saisir la réalité du rapport entre de telles catégories au-delà des discours produits à leur sujet : chaque fois que l'on quitte ces discours et que l'on s'engage dans des tentatives définitives de la frontière réelle passant entre société civile et Etat, public et privé, Etat et famille, le réel nous échappe ou apparaît très vite comme idéologisé à son tour.

Prenant donc notre parti de cette médiation par les discours d'une opposition dotée, pour peu qu'on y réfléchisse, de si peu de clarté objective, nous avons résolu de l'affronter explicitement en étudiant comment se construisent et se déconstruisent ces catégorisations implicites dont nous avons tant de mal à nous défaire.

On pourrait étudier ce travail de catégorisation à l'œuvre dans la pensée savante, dans la production philosophique, c'est-à-dire voir — comme il a été fait à propos de la société civile et de l'Etat<sup>1</sup> — comment

---

1. Cf. intervention de F. Rangeon.

la pensée politique du XVIII<sup>e</sup> siècle, avec notamment Locke, Rousseau ou Kant, construit la famille comme une sphère à part, relevant du droit privé et fonctionnant selon des règles qui sont étrangères à celles de l'Etat ; étudier comment avec Hegel une continuité commence à s'établir entre Etat et famille à travers la société civile, comment la psychanalyse, et à sa suite l'école de Francfort, renforcent ce lien en situant dans la famille l'origine de la soumission à un principe d'autorité déterminant pour le fonctionnement social.

On peut aussi étudier ces constructions mentales à travers une production moins savante : celle constituée par les discours sociaux. Pour celui qui se penche sur le rapport, dans l'ordre du discours, entre Etat et famille, privé et public, elle présente en effet la séduction de la proximité et de la diversité. On assiste à la fin des années soixante-dix à une forte production discursive sur cette catégorisation. Il se propose de toutes parts, dans des milieux professionnels, sociaux ou politiques différents, une production discursive qui, dans ce qu'elle a de commun, présente une double caractéristique. Elle affronte expressément le problème du rapport entre public et privé, Etat et famille. Elle apparaît par ailleurs comme une entreprise de déconstruction d'une telle catégorisation : elle propose avec insistance l'image d'une continuité, voire d'une confusion entre les deux entités.

Un seul exemple, particulièrement facile à identifier pour le lecteur français parce qu'il est commun à la France et à l'Italie : le discours féministe. Il se manifeste en effet par une volonté de prendre en compte explicitement la catégorisation qui nous intéresse. Le rapport entre privé et public est un leit-motiv de ce discours. L'interrogation sur les fonctions sociales de la famille, de la procréation, de la sexualité, la réflexion sur la manière dont l'Etat se sert des familles, et à travers elles, des femmes, en sont des exemples.

Le féminisme représente aussi un discours de la continuité, voire de l'identité entre les deux moments du public et du privé. Un des nœuds de ce recouvrement idéologique est représenté par le thème de « l'auto-coscienza » (auto-conscience). Celle-ci peut sans aucun doute être interprétée en partie — comme n'ont pas manqué de le faire dans les années soixante-dix, les partis qui adoptaient une attitude critique face au féminisme — comme une manifestation d'exaltation du privé, au même titre que la valorisation du petit groupe, des relations interpersonnelles qui s'accompagnaient d'un refus de la politique et du militantisme traditionnels. Mais l'auto-conscience était présentée par le mouvement féministe lui-même — et cela seul importe ici — comme constitutive d'une découverte par chaque femme en même temps que de sa propre situation, du caractère collectif de l'oppression féminine. L'auto-conscience en venait par là-même à être revendiquée comme une démarche « politique ». C'est ainsi que le privé était mis en situation de contiguïté avec le public et le politique, et que les groupes féministes parvenaient, tout naturellement, à ce leit-motiv : « il privato è politico » (le privé est politique).

On ajoutera pour mémoire que le féminisme est dès l'origine très demandeur — certes non sans résistances mieux perçues aujourd'hui — en matière d'intervention étatique. En même temps qu'il exige de l'Etat qu'il cesse de « gérer » par hommes interposés le corps des femmes, il réclame la prise en compte de la fonction sociale des travaux féminins et de la reproduction, donc la prise en charge économique de l'avortement ou du divorce pour les femmes, voire l'attribution d'un salaire ménager aux « ouvrières de la maison »<sup>2</sup>.

Une analyse de cet ordre permettrait de faire apparaître dans d'autres discours de l'époque cette même prise en compte explicite de la catégorisation public/privé, Etat/famille, cette même ambiguïté de leur rapport, cette même proposition de continuité, de chevauchement entre les deux sphères. La production sociologique elle-même se fit d'ailleurs en Italie à partir du milieu des années soixante-dix le prolongement et l'écho de cette transformation idéologique. Elle se met alors à démystifier l'opposition entre public et privé. Elle cherche à démontrer leur continuité fonctionnelle. Elle en arrive dans certains cas à promouvoir l'idée d'une « crise » d'une telle distinction. Quelques titres pour en donner une idée : « Etat de famille. Besoins, privé, collectif », « Public et privé. Fin d'une alternative ? », « Le pluralisme comme exigence de distinction : le privé et le public dans la pensée de Locke », « La politique du privé », « Théorie du privé », « Interférence, l'Etat, la vie familiale, la vie privée », « Les communautés familiales entre public et privé », « La famille assistée », « L'enfant social » etc.<sup>3</sup>.

Chacun de ces discours mériterait une analyse en soi. Nous n'en étudierons qu'un seul ici : le discours juridique — textes et débats entre juristes — de la fin des années soixante et du début des années soixante-dix, sur la famille.

Il présente en effet un triple avantage. Il est abondant : en 1975, le code civil italien, a été profondément remanié dans sa partie concernant le droit des personnes et de la famille. Cette réforme d'un texte intouché depuis 1942 a été proposée, débattue pendant dix ans, suscitant rencontres entre juristes et prises de position nombreuses.

Cette production discursive visait par ailleurs l'élaboration d'un dispositif juridique précis. Elle est informée — pas seulement mais aussi — d'une relative technicité qui le fait apparaître comme un discours sur le privé, la famille (et son rapport à l'Etat), à première vue moins idéologisé que ceux tenus par le parti radical, par exemple, ou les groupes féministes. Ces textes nous permettent donc de donner un contenu aux

2. Du nom d'une revue féministe, fondée à Padoue le 1<sup>er</sup> mai 1975 : « Le operaie della casa ».

3. L'étatisme, le rapport à la loi très particulier — et qui ne s'est pas démenti depuis lors — du jeune parti radical italien serait aussi digne d'analyse. Rappelons que ce parti s'est structuré à l'occasion de la bataille en faveur de l'introduction du divorce en Italie, et a été un des promoteurs les plus actifs du référendum sur l'avortement.

grandes catégories utilisées dans les autres discours. Le « privé », la « famille » se résumeront pour nous, par convention, à la relation conjugale : elle est parfaitement identifiable dans ce type de discours, et la relation parents/enfants qui forme un autre plan — tout aussi clairement identifiable — de la réflexion juridique de l'époque, pourra n'être envisagée que relativement à la première, lorsqu'elle représente un enjeu dans la relation conjugale elle-même, sous la forme du partage du pouvoir exercé sur les enfants. Quant au rôle de l'« Etat », du « public », il sera pour nous tenu ici, tout aussi précisément, par le juge.

On notera enfin que la mise en pratique effective des normes introduites par le discours juridique, est plus facile à vérifier que celles des normes proposées par les autres types de discours, dans la mesure où elle se ramène à la consommation effective, par la clientèle, des institutions ou des règles de droit proposées par ces mêmes textes.

Nos grands acteurs « Etat », « famille » ainsi identifiés, que nous dit de leur rapport le discours juridique des années soixante-dix ? Il témoigne comme les autres discours, et à la même époque, d'une massive réélaboration idéologique sur cette catégorisation. Il révèle, mieux que les autres, que cette réélaboration ne doit pas être prise au pied de la lettre, comme traduction d'un réel qui serait lui-même en transformation. La représentation, qui triomphe avec la réforme de 1975, d'une continuité inévitable ou souhaitable entre Etat et famille n'apparaît pas plus traduisible en termes réels que l'idée, prédominante avant la réforme, et chez ses adversaires, d'une hétérogénéité parfaite entre les deux univers.



Avant la réforme de 1975, et chez tous ceux qui s'y déclarent hostiles, domine une image du rapport entre Etat et famille qui a pour elle l'attrait de la clarté : c'est celle d'une opposition absolue. Malheureusement cette clarté n'est qu'apparente, à l'intérieur d'un système idéologique qui nie ce qui le dément.

Dans ce système, la famille appartient à l'univers du privé. En tant que telle elle s'oppose à l'Etat et obéit à des règles de fonctionnement spécifiques. Un principe idéologique est très fortement ancré dans la tradition juridique : celui de « l'autonomie de la famille » : la famille nous dit-on, est comme « une île que la mer peut seulement lécher, c'est le rocher au-dessus de l'eau, et le granit qui constitue sa base appartient au monde des affects, des instincts primaires, à la morale, à la religion et non au monde du droit »<sup>4</sup>. Ou bien : « La famille fondée sur un élément absolument extérieur à l'Etat, qui est l'amour, se crée à elle-

4. Jemolo, « La famiglia e il diritto », in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 1957, p. 241 (cité in A. de Cupis, « Stato e famiglia », *Il foro italiano*, 1971, V, col. 146).

même sa propre organisation et l'impose à l'Etat le quel n'a qu'à prendre acte »<sup>5</sup>. Ou bien encore : « Quand y entre le droit, la famille est finie »<sup>6</sup>.

On pourrait multiplier les citations : qu'il suffise de dire que celles proposées plus haut émanent de trois grands juristes italiens et que les adversaires de la réforme s'inspirent explicitement de cette tradition constamment rappelée pour refuser toute nouvelle intervention du juge dans la famille<sup>7</sup>.

Or, les interventions du juge et de la loi dans la famille au même moment sont massives. Mais elles sont vécues comme des exceptions à ce principe d'autonomie et autour d'elles s'est construit tout un discours de légitimation, caractérisé par son évidence pour ceux qui l'emploient, et qui fait apparaître ces dérogations comme « naturelles ». C'est ainsi que le juge intervient pesamment dans quatre situations : en cas d'atteinte aux biens, de comportements criminels à l'égard des membres de la famille, de rupture ainsi que de formation du lien conjugal<sup>8</sup>. De plus l'Etat introduit dans les familles, par l'intermédiaire du juge, un moralisme pesant et tatillon en faisant, par exemple, de l'adultère, pour la femme, mais du concubinage pour le mari, un motif suffisant de séparation. Or, ce type d'intervention semble aller de soi pour les théoriciens du droit de l'époque : elle n'est pas dotée de visibilité en ce qu'elle dément la représentation dominante de l'autonomie familiale.

La même démarche peut être suivie à propos de l'analyse du dispositif idéologique produit à l'occasion de la réforme du droit de la famille. Lorsqu'on lit attentivement à l'affût du changement, lois, projets et débats, lorsqu'on s'attache à découvrir ce qui se transmet — au sein de la production discursive juridique — à propos du rapport conjugal et du rôle de l'Etat dans ce rapport, on acquiert le sentiment d'un changement assez considérable des rapports de la famille et du droit.

La lecture des textes nous permet en effet de soutenir deux thèses séduisantes qui sont bien conformes à la production sociologique récente sur le contrôle social.

La thèse 1 serait celle de l'accroissement de l'intervention de l'Etat, du contrôle social des couples, par le biais de la conflictualité.

Du point de vue du rapport conjugal qui seul nous intéresse ici, la réforme est profondément novatrice surtout en ce qu'elle introduit dans le code civil deux articles qui prévoient une intervention du juge en cas de *simple conflit* entre conjoints. Ce conflit peut surgir à propos de

5. S. Statta, *Il Gazzettino*, 6 février 1973 (cité in G. Benedetti, « Il giudice nel governo di famiglia » in *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Seminario diretto dal Prof. F. Santoro Passarelli, Padoue : Cedam, 1967, p. 158).

6. Carnelutti, cité in G.B. Compagno, *Osservazioni generali*, *op. cit.*, p. 146.

7. L'opposition entre privé familial et Etat apparaît alors d'autant plus claire qu'en vertu des accords de Latran est dévolue à l'Eglise la charge d'enregistrer la fondation des unions (le passage à l'église comportant des effets civils) et de déclarer leur dissolution par l'intermédiaire des tribunaux ecclésiastiques.

8. E. Roppo, *Il giudice nel conflitto conjugale*, Bologne : Il Mulino, 1981.

« l'orientation générale de la vie familiale » (art. 145 nouveau, code civil) ou des décisions concernant les enfants (art. 136 nouveau, code civil). Dans les deux cas, en fin de procédure, le juge est maître du pouvoir de décision en dernière analyse soit qu'il se le réserve à lui-même, soit qu'il l'attribue au conjoint de son choix. L'évolution apparaît sans ambiguïté : il y a une intrusion de l'Etat dans la famille, dans la mesure où celui-ci n'intervient plus seulement quand des intérêts spécifiques des membres de la famille sont à protéger (corps ou biens des enfants et de la femme) ou à la rupture du lien conjugal, mais auparavant, à l'intérieur du quotidien du rapport conjugal, à l'occasion du conflit.

Une telle analyse trouve d'ailleurs confirmation dans une lecture attentive de l'ensemble des innovations de détail apportées à la même époque, à la réforme du droit de la famille : chaque fois que le fantôme du désaccord se profile à l'horizon des situations familiales (séparation, divorce) ou encore celui du faux accord, de l'accord mal fondé (consentement au mariage extorqué par violence, peur, erreur, simulation ou toute « incapacité de comprendre ou de vouloir ») on constate que la surveillance du juge s'est faite plus précise et plus exigeante.

Les apparitions de la figure du conflit, ou du consensus défaillant sont devenues en effet autant d'occasions d'intervention du juge, et il se met en place à leur égard, tout un processus de surveillance et d'alerte.

Celles-ci s'exercent de l'intérieur même de la famille. En cas de désaccord quant à l'orientation de la vie familiale ou à l'exercice de l'autorité parentale, c'est par « chacun des conjoints » que le juge peut être alerté. « Chacun » des conjoints dispose aussi de ce pouvoir en cas de simulation (art. 123 nouveau, code civil) ; en cas également de désaccord, par exemple, à l'occasion de la stipulation d'un acte d'administration extraordinaire des biens de la communauté (le consentement des deux conjoints étant nécessaire pour de tels actes : art. 184 nouveau). Vigilance accrue aussi quant à l'accord au moment de la fondation du lien, puisqu'en cas de simulation à ce moment-là, même « les tiers sont autorisés à prouver la simulation » (art. 164) et que par ailleurs le mariage peut désormais être attaqué non plus seulement par le Ministère public et le tuteur, mais par « tous ceux qui y ont un intérêt légitime » (art. 119).

Le conflit, le faux accord, apparaissent donc comme une déviance qui justifie l'intervention de l'Etat, préparée par celle d'individus concernés. Inversement, la rentrée dans la normalité, dans le consensus, (c'est-à-dire la cessation par exemple des effets de la séparation), est possible « sans que l'intervention du juge soit nécessaire » (art. 157). Il est révélateur, que de ce point de vue rien ne soit changé puisque, comme auparavant, « les conjoints peuvent d'un commun accord faire cesser le jugement de séparation ».

Le déclenchement de ce contrôle de la conflictualité du couple et des familles est laissé à l'initiative des individus. Il est présenté comme une faculté, un pouvoir dont disposeraient ceux-ci (on nous précise chaque

fois que le conjoint ou le tiers « peut » faire appel à la justice). Ce recours au juge a toute la séduction et le pouvoir attractif d'une consommation individuelle, entièrement dépendante de la volition de chacun. Mais dès qu'il est enclenché, le processus conduit à ouvrir au juge, à l'Etat, l'exercice d'un pouvoir d'une toute autre ampleur que celui abandonné aux individus.

Une analyse plus précise des articles 145 et 316 met ce point davantage en évidence.

De même que les indicateurs d'alerte, en cas de tout conflit, ont été diversifiés, l'alerte, dans ces deux cas précis, a été voulue particulièrement facile à donner, du moins formellement — nous raisonnons toujours à partir des textes uniquement. Le recours au juge peut en effet être fait, « sans formalité » et « même oralement », procédure tout à fait inédite. Ce qui est ainsi ouvert au requérant, dans les deux cas, sans contrainte aucune donc, et à peu près pour tout conflit, c'est la possibilité d'un recours de conciliation, dont il peut faire ce qu'il veut. La séduction consommatoire est ici maximale.

Mais chacun de ces articles prévoit une seconde étape de l'intervention du juge au-delà de cette phase de conciliation. A partir du moment où le conflit persiste et qu'on est passé à cette seconde intervention, que ce soit d'ailleurs à la demande (art. 145) ou non (art. 316) des conjoints, le juge est totalement maître du pouvoir de décision à propos du conflit. A l'occasion de l'application de l'article 145, il peut prendre la décision à la place des deux conjoints. Certes sa décision dans ce cas a « tous les caractères de l'arbitrage, c'est-à-dire de l'acte de volonté par lequel un tiers règle un conflit entre les parties grâce à l'investiture qu'il reçoit de celles-ci pour ce faire »<sup>9</sup> : mais c'est un arbitrage sans complaisance, car contrairement à l'arbitrage privé, il n'est, en raison de la qualité de l'arbitre, susceptible d'aucun recours...

Quant à l'article 316, il lui confère la possibilité de décider qui des deux conjoints emportera la décision : notons en passant qu'on assiste là à la négation du principe de consensus entre conjoints, et à la restauration d'un monopole de la décision du moins en matière d'autorité parentale, puisqu'un des conjoints est nanti de la décision en dernier recours. L'intervention du juge se fait plus lourde au fur et à mesure que le conflit se fait plus grave.

L'ensemble de ces textes peut donc être lu comme visant à mettre en place un dispositif d'alerte de la conflictualité, dont le déclenchement est laissé à l'initiative des membres de la famille. Mais ce mécanisme d'assistance au conflit offert à la consommation des couples permet de déclencher, en cas d'échec, une alerte plus puissante et une intervention plus décisive et plus autoritaire que l'échec du couple dans la résolution de son conflit permet de justifier.

9. F. Santoro-Passarelli, in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, tome I, vol. 1, Padoue : Cedam, 1976, p. 246.

Installation d'un système de « contrôle continu » du conflit, adapté, par son intensification progressive, à l'aggravation éventuelle de ce dernier : c'est bien ainsi qu'est censé fonctionner l'ensemble du dispositif. Il suffit pour s'en rendre compte de laisser parler un des partisans d'une telle réforme : « connaissant un tel conflit [conjugal] le préteur pourra constater que celui-ci s'épuise de lui-même, et se limitera alors à tenter la conciliation sans passer — en cas d'échec de la tentative — à la phase décisive. Mais il pourra aussi *vérifier* à travers l'audition des conjoints et des enfants, que le conflit *dénoncé* en cette occasion est comme on dit, la *pointe de l'iceberg* et se plaçant au bout d'une chaîne de conflits analogues antérieurs constitue le *voyant* (mot à mot : l'espion) ou le *point d'émersion* d'un conflit plus général sur une affaire qui est, elle, essentielle [...] »<sup>10</sup> (c'est nous qui soulignons). On ne peut manquer d'être frappé par la sophistication de ce contrôle nouveau exercé ainsi sur les couples par le droit et l'Etat.

Cette thèse de l'ingérence de l'Etat dans le privé conjugal peut paraître enfin confirmée par les réactions des locuteurs juridiques eux-mêmes : c'est elle qui a été indéniablement à l'origine de la plus grande partie de la production discursive des juristes à l'époque<sup>11</sup>. On parle

10. E. Roppo, *op. cit.*, p. 313.

11. Il suffit, pour se rendre compte de l'importance accordée à ce thème, de prendre en compte l'ensemble des débats consacrés à la réforme du droit de la famille. Et pour prendre deux sources homogènes :

Ceux sollicitant la participation essentiellement de théoriciens du droit :

— *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del convegno di Venezia, svolto presso la Fondazione Cini, nei giorni 30 aprile 1 maggio 1967, Padoue : Cedam, 1967 (cf. notamment pp. 9-48, 97-101, p. 113-128, p. 151-157, p. 217-226).

— *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del secondo convegno di Venezia, svolto presso la Fondazione Cini, nei giorni 11-12 marzo 1972, Padoue : Cedam, 1972 (cf. notamment pp. 9-16, 41-52, 53-60).

— *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Seminario diretto dal prof. F. Santoro-Passarelli, Padoue : Cedam, 1973 (cf. notamment pp. 117-137, 145-148, 149-162, 163-165, 167-172, 173-178).

11. *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del convegno organizzato dal Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia, Milan, 1976 (cf. notamment pp. 3-63, 213-248).

— *Un nuovo giudice per la famiglia*, Atti del convegno nazionale di Lucca, octobre 1975, Lucca : Paccini Fazzi editore, 1977. (Cf. notamment pp. 181-183, 200-214, 239-246).

Ceux sollicitant plutôt la participation de praticiens confrontés à des parlementaires :

— Quaderni di « Temi », *Studi per una nuova disciplina dei rapporti familiari*, Milan : Istituto Editoriale Cisalpino, 1967.

— Centro per la riforma del diritto di famiglia, *Atti del convegno con i parlamentari sul tema* « I punti essenziali di una nuova legislazione familiare nei progetti di legge e nei lavori del Centro per la riforma del diritto di famiglia », Milan, Palazzo Sormani, 13-XII-1969 (Unione Femminile Nazionale editore).

— Centro per la riforma del diritto di famiglia, *Atti del convegno con i parlamentari sul tema* « Il testo unificato dei progetti di riforma del diritto di famiglia presentati alla Camera nell'ultima legislatura », Milan, Palazzo Sormani, 21-VI-1971 (Unione Femminile Nazionale editore).

— Centro per la riforma del diritto di famiglia, *Atti del convegno con i parlamentari sul tema* « La riforma del diritto di famiglia al prossimo traguardo legislativo », Milan, Aula magna del Palazzo di Giustizia, 2-XII-1972 (Unione Femminile Nazionale editore).

alors avec constance à propos de famille, de son « gouvernement » : « de tous les aspects de la réforme, le thème du gouvernement de la famille a été celui qui depuis un nombre d'année non négligeable a suscité les discussions les plus vives »<sup>12</sup>.

Que ce soit pour s'en féliciter ou pour s'en plaindre, la thèse que soutiennent de plus en plus souvent les juristes est celle de la perte d'autonomie du privé conjugal, qui n'est plus autorisé à gérer seul ses conflits<sup>13</sup>. On découvre alors la réalité d'une intervention étatique et juridique dans la famille : avec un fatalisme secrètement satisfait (il existerait une tendance du « droit de l'Etat à envahir le terrain des rapports internes à la famille »<sup>14</sup> ; ou avec une résignation coléreuse : « mes idées sur l'opportunité d'une intervention du juge dans le gouvernement de la famille se sont beaucoup modifiées » nous dit-on, parce que « l'île a disparu et le juge n'est pas autorisé à une violation de frontières » : « l'institution s'applatit, devient incapable de résister à la pression extérieure », « l'institution autosuffisante, l'île enfermée sur elle-même aurait probablement subi avec l'introduction du juge une humiliation telle qu'elle aurait produit une lacération de son tissu. [Mais] une réalité aussi médiocre que celle de la famille d'aujourd'hui peut supporter sans se lacérer l'ingérence du juge »<sup>15</sup>. On parle même d'« administrativisation du droit privé qu'on commence à relever dans divers champs avec une insistance croissante »<sup>16</sup> ou de « dépassement de la distinction antérieure entre droit privé ou droit public »<sup>17</sup>.

Quant au fameux pouvoir régulateur et tout puissant de « l'amour », il apparaît désormais comme bien insuffisant. « La délicate nature des conflits surgissant au sein de la famille demanderait que de tels conflits se résolvaient en dehors des normes du droit et sans intervention judiciaire, par la force spontanée du sentiment et de la persuasion. Souvent cette force est opérante : mais si elle fait défaut ou est insuffisante, alors il est nécessaire que le droit et ses instruments pénètrent également dans ces méandres de la vie familiale qui sembleraient les plus étrangers au monde juridique »<sup>18</sup>.

---

— Centro per la riforma del diritto di famiglia, *Atti del convegno con i parlamentari sul tema « Le vicende della riforma del diritto di famiglia al secondo ramo del Parlamento »*, Milan, Palazzo Sormani, 18-XI-1974 (Unione Femminile Nazionale editore).

12. L.V. Moscarini, « Governo della famiglia. Relazione », in *Sulla riforma del diritto di famiglia*, seminario diretto dal Prof. F. Santoro-Passarelli, Padoue : Cedam, 1967, p. 117.

13. L'élément justificateur, pour les partisans de la réforme, résidant dans la souhaitable parité entre époux, nécessitant à son tour un arbitrage extérieur en cas de désaccord.

14. L.V. Moscarini, *op. cit.*, p. 120.

15. A. Lener, « Il giudice nel governo di famiglia », in *Sulla riforma... op. cit.*, p. 162 et 165.

16. A. Lener, *loc. cit.*

17. V. Frosini, « Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto », *Foro Italico*, 1977, V, col. 90 (cité in E. Roppo, *op. cit.*, p. 12).

18. A. de Cupis, « Stato e famiglia », *Il foro italiano*, 1971, V, col. 147.

Irrésistible accroissement de l'intervention de l'Etat dans les familles, telle est donc la thèse que véhiculent les textes de loi et plus ou moins malgré eux, les juristes eux-mêmes.

\*  
\*\*

La seconde thèse à laquelle nous amène une lecture de la production discursive juridique de cette époque est que, de même que le privé conjugal perd en intimité, en spécificité, en autonomie, le juge et le droit perdent dans le même temps de leur « extériorité », de leur caractère d'étrangeté par rapport à la substance des rapports conjugaux.

Cette conclusion nous permet de nous opposer à un thème, souvent sous-jacent aux analyses inspirées de la problématique du contrôle social, ou en tout état de cause aux réflexions sur les rapports entre Etat d'une part et société civile ou famille, ou économie d'autre part : il s'agit de l'interrogation posée en termes du plus ou moins d'Etat. Il nous paraît plus fructueux pour le chercheur de réfléchir en termes qualitatifs plutôt que quantitatifs, en termes de redéfinition réciproque des deux sphères considérées, de stratégies de ré-adaptation respective des deux acteurs.

Ainsi un des indices de la perte d'extériorité du système judiciaire par rapport à la famille réside dans cette tâche nouvelle qui incombe au juge dans les réformes du droit de la famille, (et notamment dans les deux articles de loi que nous avons cités) : c'est celle de la conciliation.

Par elle, le juge cesse de se borner à dire le droit, c'est-à-dire à rapporter une règle et une sanction prévues à une situation donnée à laquelle il demeure parfaitement étranger. La conciliation, n'est plus l'arbitrage, c'est-à-dire une imposition acceptée à l'avance par les parties de la décision d'une autorité tierce, nantie, dans le cas de la justice, de cette légitimité supplémentaire que donnent les attributs de l'Etat. L'opération de conciliation — qui devrait tenir compte à tout moment de l'opinion des parties et procéder par ajustements successifs — éloigne d'autant plus le juge de son rôle traditionnel que cette opération est présentée dans le texte comme bien peu contraignante : pour le juge qui en est chargé puisqu'il lui revient simplement de « tenter de parvenir à une solution sur laquelle chacun est d'accord » (art. 145) et ailleurs (art. 316) de « suggérer » les mesures qu'il estime les plus utiles » ; peu contraignantes aussi pour les conjoints auxquels cette conciliation s'adresse puisque la nature juridique de cette phase dans la gestion du conflit reste ambiguë<sup>19</sup>.

L'importance de cette innovation dans la conception du rôle du juge n'a pas échappé à ses propres partisans : à propos d'une des propositions de loi portant réforme du droit de la famille, la proposition Falcucci, on a parlé explicitement de juge « suggeritore », et l'essentiel des commen-

19. Cf. P. Perlingieri, *Codice civile annotato, con la dottrina e la giurisprudenza*, libro primo (art. 1-455), Turin : Utet, 1983, p. 467.

taires de l'époque ont porté sur le rapprochement, senti comme paradoxal, de ces deux notions, de juge et de conseiller.

Le devoir de concilier ou de réconcilier imposé au juge apparaît d'ailleurs comme une préoccupation attachée à tous les cas de conflit puisque la conciliation est introduite en de nouveaux endroits du dispositif juridique (divorce, autorité sur les enfants en cas de séparation) où elle fait l'objet, chaque fois, d'une réglementation précise et tatillonne<sup>20</sup>.

Cette tendance à la dénaturation de la spécificité étatique en matière de droit de la famille est confirmée par un indice supplémentaire : la création, dans la foulée de la réforme du code civil, soit deux mois après celle-ci<sup>21</sup>, de « consultori » — que d'aucuns ont traduit de manière abusive mais révélatrice par « conseillers » familiaux. En effet ces centres de consultations étaient chargés de proposer rien moins qu'une « assistance psychologique et sociale » pour affronter entre autre, les « problèmes du couple et de la famille »<sup>22</sup>.

Or l'institution de ces consultori sur tout le territoire national n'est pas du tout étrangère à la maturation des milieux juridiques quant au rôle que le juge doit jouer dans le conflit familial car, et c'est là une autre manifestation confirmant notre deuxième thèse, les théoriciens du droit se livrent à cette époque à une réflexion fréquente sur le point de savoir qui, précisément, devra conseiller, intervenir dans le conflit, le juge ou le consultorio, dont on parle déjà — la *nécessité* de cette intervention et de ce conseil devenant elle-même peu à peu indiscutée. Mieux : on voit apparaître chez les juristes eux-mêmes d'étranges rêveries suscitant ou ressuscitant des figures traditionnelles — tout aussi masculines notons-le que celle du juge<sup>23</sup> — du conseiller familial : qu'il s'agisse du médecin de famille, du prêtre, du parent, voire du capitaine de carabiniers, ou encore des « conseils de famille » du siècle dernier (d'une famille étendue... aux « oncles », nous précise-t-on) voire des communautés de village ou de quartier<sup>24</sup>.

Enfin, la dernière manifestation venant compléter la cohérence de cette thèse, de cette tendance du droit et des juristes à se refuser à leur extériorité par rapport au monde clos de la famille, à vouloir se faire un peu famille eux-mêmes à travers soit la figure de l'avocat de consultorio, soit du juge apaisant et conciliateur, cette dernière pièce est constituée

20. Cf. article 708 du code de procédure civile, article 4 de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1970 sur le divorce, ainsi que l'article 155 nouveau du code civil.

21. Loi du 19 juillet 1975, n° 405, portant : « Institution des consultori familiaux ». La loi portant « réforme du droit de la famille » était du 19 mai 1975 (loi n° 151).

22. Article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juillet 1975, n° 405.

23. Cette remarque n'est valable que pour la période considérée, la magistrature s'étant quelque peu féminisée depuis cette date.

24. Parmi les développements les plus frappants à cet égard et les plus longs, cf. G. Benedetti, « Il giudice del governo di famiglia », et A. Lener, même titre, in *Sulla riforma... op. cit.*, p. 154-155, et p. 165.

par la mise au point dans le discours juridique, de l'idée de tribunal de la famille.

Cette représentation, véritable point d'aboutissement de toutes les autres, mérite un développement particulier.

\*  
\*\*

Le tribunal de la famille se présente en effet comme une caricature des deux tendances juridiques qu'a mises en valeur l'analyse du projet d'ensemble de réforme du code civil. Il est d'ailleurs indissociable de ce dernier : il est fait allusion au T.F.<sup>25</sup> dans quatre projets ; de manière allusive dans deux d'entre eux consacrés en effet à une réforme d'ensemble du droit de la famille<sup>26</sup> ; de manière exclusive dans deux autres, qui reliaient eux-mêmes explicitement la création du T.F. aux principales innovations introduites, à propos du conflit conjugal, par la réforme du code civil<sup>27</sup> : « la demande d'un T.F., nous dit-on, est devenue plus pressante après les propositions de réforme de la législation familiale qui prévoient pour réaliser le principe de l'égalité entre conjoints, la possibilité de recours au juge en cas de conflit »<sup>28</sup>.

Or, à bien lire ces textes, qu'est-ce que ce tribunal de la famille ? Une famille. Mais une famille d'experts, chargée de gérer comme son enfant, c'est-à-dire avec une autorité mâtinée d'indulgence, la vraie famille déviante. Conciliateur, « suggeritore », conseiller, le T.F. a d'abord toutes les caractéristiques du nouveau juge dessiné par le code civil, de ce juge dénaturé par rapport à la tradition juridique qui en faisait un personnage extérieur et neutre précisément parce que chargé de dire le droit et de représenter l'Etat. L'ensemble des projets de loi concernant le T.F. est traversé par un refus de cette représentation, et par l'élaboration au contraire de l'image d'un juge faisant curieusement partie intégrante, en quelque sorte, du privé et de la famille elle-même.

Les textes des rapports introductifs des deux projets principaux sont d'ailleurs de ce point de vue suffisamment éloquent en eux-mêmes : « la conception traditionnelle assigne au juge civil la fonction d'un sujet qui intervient exceptionnellement dans la vie du droit [...] en restant étranger aux personnes et aux affaires desquelles, de manière occasionnelle, il est amené à s'occuper. L'idée de fond que nous voulons exprimer à travers le tribunal de la famille est radicalement différente »<sup>29</sup> ou encore :

25. Nous appellerons ainsi par commodité le tribunal de la famille.

26. Projet Ruffini-Martini, du 19-11-1968 et projet F. Flucucci, du 25-5-1972.

27. Proposition M.E. Martini n° 3264, du 2 avril 1971 et Proposition M.E. Martini n° 2492 du 13 décembre 1973. Ces textes seront désormais cités sous la forme : Ruffini-Martini 1968, Falcucci 1972, Martini 1971 et Martini 1973. Cf. notamment : Martini 1971 rapport introductif, p. 2 colonne 1 (nous écrivons désormais Ri, p. 2, c. 1) et Martini 1973, Ri, p. 3, c. 2.

28. Falcucci 1972, Ri, in G. Oppo, *op. cit.*, p. 468 (c'est nous qui soulignons).

29. Martini 1971, Ri, p. 9, c. 1.

« (elle) est dépassée, l'idée [...] selon laquelle dans le procès civil sont en jeu des intérêts qui restent circonscrits à la sphère *purement privée* et personnelle des parties en conflit et au regard desquels la position du juge est rigoureusement *extrinsèque*, [consistant à appliquer] froidement la norme juridique abstraite [...] ». On propose une nouvelle conception « qui veut mettre *le juge lui-même au contact* [d'une mauvaise situation familiale] de façon à ce qu'il puisse *s'insérer* immédiatement comme élément actif et propulseur dans la situation elle-même en la jugeant « *de l'intérieur* » et en l'orientant dès le début à l'avantage des sujets intéressés »<sup>30</sup>.

Ce curieux tribunal, formé de juges « de l'intérieur » de la famille, révèle sa vraie nature à l'examen de sa composition et de ses règles de procédure.

Les membres du T.F. sont en effet définis, autant que par leurs diplômes, par leurs aptitudes, leur âge et leur sexe. Leurs aptitudes : ils doivent avoir « une disposition particulière pour acheminer vers une solution bénéfique les problèmes de la vie familiale et de l'éducation des jeunes »<sup>31</sup> ; ils doivent avoir bénéficié d'« une adéquate expérience familiale et éducative »<sup>32</sup>, d'une « expérience appropriée dans le domaine de la vie familiale et de l'éducation des jeunes »<sup>33</sup>. Cette expérience doit-elle être d'ordre personnel ? L'ambiguïté a été préservée sur ce point, mais tout le laisse à penser puisque les magistrats du T.F. doivent « être nantis des dispositions nécessaires à l'accomplissement de leur fonction [...] en raison de leur activité exercée antérieurement, des études spéciales qu'ils auront effectuées et de leur expérience acquise »<sup>34</sup> ; « l'expérience » est ici dissociée de « l'activité » : elle semble donc renvoyer à l'expérience familiale propre de l'intéressé. Il est dit d'ailleurs, à propos des juges honoraires du T.F. que « les acquis culturels ne leur suffiront naturellement pas ; une expérience familiale et éducative appropriée leur sera aussi nécessaire »<sup>35</sup>.

Les précisions données sur l'âge des membres du T.F. semblent aller dans le sens de cette analyse. Les juges honoraires devront avoir « pas moins de trente ans et pas plus de soixante »<sup>36</sup> : notons ici simplement que c'est un âge compris dans les limites communes et considérées comme raisonnables de la période consacrée à l'éducation des enfants. En tout état de cause, les membres du T.F. devront « avoir accompli leur trentième année »<sup>37</sup> nous dit-on ailleurs, c'est-à-dire un âge où la plupart des couples ont largement entamé la période de leur vie consacrée à la procréation. Ces précisions pourraient nous paraître purement fortuites si les auteurs

30. Martini 1973, Ri, p. 10, c. 1.

31. Martini 1971, Ri, p. 4, c. 1.

32. *Op. cit.*, p. 4, c. 2.

33. Martini 1973, art. 9.

34. Martini 1971, Ri, p. 4, c. 2.

35. Martini 1973, art. 8.

36. *Op. cit.*, Ri, p. 6, c. 2.

37. Falcucci 1972, art. 164.

des projets de T.F. n'avaient de plus, accordé de l'importance au sexe de ses membres.

Le projet Falcucci prévoyait, en effet, que le T.F. devait être composé de deux magistrats et de « deux citoyens dont au moins une femme »<sup>38</sup>. Il sollicitait ainsi clairement dans cette enceinte l'image du couple : qu'il soit représenté par celui des deux « laïcs », des deux non-juristes lorsqu'une seule femme était nommée, ou par le binôme : femmes non-juristes/représentants de la Loi lorsque les « citoyens » seraient en fait tous deux des citoyennes. Les propositions Martini confirment cette interprétation a contrario — tout en révélant le désaccord de son auteur sur cette organisation — puisqu'elles prévoyaient au contraire une structure ternaire, ce qui permettait d'« élimine[r] la désormais anachronique distinction entre juges de sexes différents »<sup>39</sup>. La composition sexuellement différenciée du T.F. était bien en relation avec la structure binaire, en couples, du tribunal, puisque « toute distinction entre sexes étant abolie entre les membres du collège, disparaît (avec elle) la raison pour laquelle avait été prévu auparavant [...] un collège de quatre membres »<sup>40</sup>.

Enfin ces gardiens de la famille qui deviennent ainsi de plus en plus ressemblants à de « bons » couples parentaux doivent en avoir aussi la stabilité. C'est en effet pour assurer leur « engagement », nous dit-on, et leur « spécialisation » que les magistrats des T.F. « ne peuvent pas exercer des fonctions judiciaires différentes », qu'ils ne doivent pas être soumis à des changements continuels »<sup>41</sup>. Le terme employé d'« engagement » (« impegno ») apparaît d'ailleurs bien fort pour ce qui devrait désigner de simples obligations professionnelles. Il ne faut pas, nous dit-on ailleurs, que les magistrats de ces types de tribunaux soient « soumis à de constantes mutations, ils doivent *exercer exclusivement leur activité auprès des dits services*, ils doivent — là où ils le veulent ou là où ils le peuvent — accomplir *tout le cours de leur vie judiciaire* »<sup>42</sup> auprès de ces organismes. Cette dernière expression est éloquente : se charger « de famille », y compris pour des magistrats, c'est bien s'engager à vie.

\*  
\*\*

Les allures quasi familiales du T.F. se retrouvent dans les règles de procédure qu'il est censé respecter. De ce point de vue, « avec le T.F., c'est une nouvelle logique procédurale qui est introduite dans le procès civil »<sup>43</sup> : elle se caractérise avant tout par un refus du formalisme judiciaire.

38. *Op. cit.*, art. 64.

39. Martini 1973, Ri, p. 7, c. 1.

40. Martini 1971, Ri, p. 3, c. 2.

41. Martini 1971, Ri, p. 3, c. 1.

42. Falcucci 1972, art. 173.

43. Martini 1971, Ri, p. 9, c. 1.

Il s'agit, idéalement, d'instituer entre les membres de la famille et ceux du tribunal une relation non médiatisée par l'ombre portée, derrière eux, de l'Etat et du droit qu'ils représentent : on recherche « l'instauration d'un rapport direct, vif et personnel entre les sujets intéressés et le juge » car pour les concepteurs du T.F. « dans aucun domaine autant que celui-là n'est plus vive la nécessité d'humaniser la procédure »<sup>44</sup>. D'où notamment le développement des phases orales au cours de celle-ci : le recours « sans formalité » au juge en cas de conflits prévus dans les articles 145 et 316 allait dans le même sens. L'instruction, par exemple, devait, selon le premier projet Martini, être menée par le collège du T.F. tout entier : « innovation d'une très grande importance » nous dit-on, car alors, « réalisant pleinement le principe de l'oralité, le juge qui décide peut vraiment prendre contact *direct* avec les parties et pénétrer *au fond* le matériau objet de la controverse »<sup>45</sup>. Ce rapport direct, vif et personnel n'est bien entendu par celui de la parité : il ne s'agit pas pour les magistrats de parler, mais de faire parler, de solliciter l'oralité : « les parties sont présentes, elles ne savent pas s'exprimer, sont émuës. Les juges ont dû s'habituer à les entendre s'injurier, les gens se frappent parfois. Il faut les aider à dire ce qu'ils ont à dire » affirme ainsi le président d'une section spécialisée dans les affaires de la famille, créée il y a dix ans, à la suite des projets d'instauration du T.F. « Il faut faire l'éducation des conjoints », renchérit un autre magistrat<sup>46</sup> : les nouvelles fonctions que l'idéologie juridique confère aux juges suscitent à leur tour un paternalisme certain à la mesure de l'infantilisme qu'elle prête aux parties.

La position dominante des magistrats visant à faire jaillir la vérité malgré la résistance plus ou moins volontaire des parties est confirmée par les amples pouvoirs d'initiative en matière d'instruction conférés aux juges de T.F. C'est une des sept innovations procédurales préconisées par le projet Falcucci<sup>47</sup>, car « la nécessité pour le juge d'utiliser y compris dans les controverses familiales les *règles ordinaires* de la procédure civile [...] rend difficile l'établissement de la vérité réelle plutôt que formelle [...] »<sup>48</sup>.

Il est nécessaire d'aller outre l'image que présentent d'eux-mêmes et de la situation des parties si peu adultes, et ce qu'il faut c'est donc « une enquête sur la personnalité du sujet intéressé et sur son milieu familial et social qui dépasse qualitativement les étroites limites traditionnelles de l'inspection [...] »<sup>49</sup>. Le risque d'infantilisation et de dépossession par la famille de son intimité culmine en effet dans le pouvoir donné à ceux qui instruisent l'affaire de procéder, y compris d'office (ce qui n'était pas

44. *Op. cit.*, Ri, p. 10, c. 2.

45. Martini 1971, p. 11, c. 1.

46. Par convenance, les noms ne sauraient être cités ici, les deux interviews n'ayant pas été accordées à nous-mêmes, mais à Mme L. Khaiat : qu'elle soit ici remerciée pour nous avoir communiqué ces dernières.

47. Falcucci 1972, art. 172, c).

48. *Op. cit.*, Ri, p. 469.

49. Martini 1971, Ri, p. 10, c. 1.

le cas dans le code de procédure civile) à l'exhibition de documents par exemple, ou à l'inspection d'objets même sans le consentement des parties ou des tiers<sup>50</sup>. Les pouvoirs du T.F. en matière de conflit familial sont justifiés en effet, comme pour le juge lorsqu'il applique les articles 145 et 316, par la nécessité d'aller au-delà des symptômes qui l'ont alerté.

Les autres règles de procédure nouvelles instaurées devant le T.F. rappellent celles dont le nouveau code civil a entouré le juge en cas de conflit conjugal : le recours sans formalité par exemple, puisque le projet Falcucci prévoit la gratuité de la procédure non contentieuse devant le T.F.<sup>51</sup> faisant ainsi, de l'intervention de la justice en cas de conflit familial, un véritable service public.

Comme au juge civil aussi, d'amples pouvoirs de conciliation sont accordés au T.F. Ce doit même être une des préoccupations constantes de ce « tribunal » puisqu'il peut renouveler ses tentatives « à n'importe quel moment pendant le cours du jugement, jusqu'à l'audience où sont données les conclusions (de l'affaire) »<sup>52</sup>. On nous répète ailleurs qu'il « peut à tout moment interroger librement les parties et les individus personnellement intéressés sur les faits à établir »<sup>53</sup>. L'affaire du tribunal n'est donc plus simplement de punir, comme un juge, la déviance que représente le conflit mais, comme un tiers bienveillant, de veiller à sa résolution. Les rêveries des théoriciens du droit sur « l'ami » de la famille pouvaient donc trouver là un peu de chair.

\*  
\*\*

Mais pour cela il faut que s'opère une relative symbiose entre les deux institutions, familiale et judiciaire. Si les règles de l'oralité, de l'enquête, de l'instruction sont là pour favoriser la circulation d'information de la famille vers le tribunal, ce dernier à son tour doit pouvoir épouser la situation familiale elle-même : sa gravité — comme on l'a vu pour le processus d'alerte progressive mis en place par les articles 145 et 316 — mais et surtout son évolution et son rythme : d'où l'ambition explicite d'arriver à une rapidité maximale de la procédure<sup>54</sup> ; ne s'agit-il pas de gérer un quotidien en évolution dont les problèmes ont pour les protagonistes le caractère de l'urgence psychologique ?

Donc, « agile dans sa composition, sensible aux exigences changeantes de la vie pratique, et *étroitement relié* à la réalité sociale dans laquelle il est appelé à agir »<sup>55</sup>, le nouvel organe (judiciaire) sera en quelque sorte greffé sur l'institution familiale. Ses interventions seront « rapides, sou-

50. Martini 1973, Ri, p. 10, c. 3.

51. Falcucci 1972, art. 172.

52. Martini 1971, art. 30 (Cf. aussi Falcucci 1973, art. 172).

53. *Op. cit.*, art. 33.

54. Falcucci 1972, art. 172.

55. Martini 1973, Ri, p. 4, c. 1.

ples, incisives, mais en même temps ni superficielles ni hâtives »<sup>56</sup>. Sa décision, comme la relation familiale elle-même aura « un aspect dynamique », et elle exigera du juge un « effort constant et actif »<sup>57</sup> d'adaptation et d'initiative.

D'où aussi le « suivi » de l'affaire, inédit dans la procédure traditionnelle : c'est la possibilité de prendre des mesures provisoires « ad experimentum »<sup>58</sup> ; c'est l'« intrinsèque modificabilité » de toutes les décisions prises au cours de ce procès « même celles contenues dans des sentences »<sup>59</sup>. Il faut souligner à cet égard le pouvoir conféré en appel au juge instructeur de modifier les décisions du président de tribunal précédent, non plus en raison de changement de circonstances de fait, mais par la suite d'une « connaissance plus approfondie de celles-ci »<sup>60</sup> : voilà que le système judiciaire, dans son souci de s'adapter à une situation incertaine, — en raison de sa mobilité même mais aussi du manque de prise qu'elle offre à une caractérisation positive, objective, non affective — se met à conférer à ses propres décisions et à son propre fonctionnement des caractéristiques plus proches de l'univers familial moderne que du droit, et qu'illustre ce phénomène de possible renégociation permanente des solutions. L'ambition nouvelle de s'adapter « de l'intérieur » à cette famille, et à son quotidien fait de provisoire, oblige le système judiciaire à lui ressembler de plus en plus.

Qu'est-ce qui justifie cet effort spécifique de caméléon exigé du juge civil en matière de famille ? La « délicatesse ». Ce terme que le lecteur se souviendra peut-être d'avoir rencontré sous notre plume, est un leit-motiv des discours de l'époque. Nous l'avons retrouvé, isolé, sans qu'il soit jamais souligné ou commenté (donc probablement passé à la conscience des locuteurs), dans les débats entre juristes, les commentaires jurisprudentiels, les rapport introductifs des projets de loi de cette période. Un « secteur aussi délicat comme l'est celui de la famille »<sup>61</sup> justifie apparemment toutes les dénaturations du système judiciaire : c'est le « caractère délicat de la matière » qui exige « une procédure plus rapide »<sup>62</sup>. Il réclame aussi la réduction du principe de publicité du procès<sup>63</sup>. Et ce sont les réformes du code civil qui « en raison de leur délicatesse et de leur complexité imposent un juge nouveau »<sup>64</sup>. L'affaire est entendue : cette famille, délicate, réclame pour l'assister, « un délicat service »<sup>65</sup>. C'est à prendre la forme de ce dernier que s'efforce le nouveau juge civil.

---

56. *Loc. cit.*

57. Martini 1971, Ri, p. 11, c. 1.

58. *Op. cit.*, Ri, p. 469.

59. Martini 1973, art. 29, et Ri, p. 11, c. 1 (Cf. aussi Martini 1971, Ri, p. 11).

60. *Op. cit.*, art. 23, et Ri, p. 11, c. 1.

61. Martini 1973, Ri, p. 3, c. 1.

62. Ruffini-Martini 1968, Ri, p. 327 (Cf. aussi Martini 1971, Ri, p. 2, c. 2).

63. Falcucci 1972, Ri, p. 469.

64. Martini 1971, Ri, p. 14, c. 2.

65. Martini 1973, Ri, p. 7, c. 2.

Enfin, dans un tel contexte, la réduction « autant que possible »<sup>66</sup> du principe de publicité des débats allait de soi. On s'efforce certes de faire sortir le conflit conjugal de l'enceinte du privé familial pour le gérer mieux, mais on lui garantit cette gestion au sein d'une sorte de privé judiciaire. La mise au jour publique du conflit est sollicitée par le juge (art. 145 et 316) et par la facilité d'accès au T.F., mais elle restera discrète. Même la notification des actes judiciaires sera faite auprès d'un service à part, selon des règles « dictées par un sens prudent de retenue (sic)<sup>67</sup> et de délicatesse, afin d'éviter l'imprudente divulgation de faits et de données qui pourraient porter un grave préjudice aux personnes intéressées »<sup>68</sup>.

Le linge sale continuera donc à être lavé en famille, mais au sein de cette grande famille qu'est le T.F. : ses membres n'en ont-ils pas les caractéristiques physiques, y compris sexuelles, la stabilité, et les aptitudes personnelles ? Sa procédure ne permet-elle pas de solliciter l'expression des conflits et les confidences, de faire jaillir une vérité partielle, d'imposer une solution humaine, c'est-à-dire provisoire, à des parties infantilisées par l'expression même du conflit qu'on leur permet et la gestion continue qu'on leur en propose ?

Les projets concernant le T.F. ne nous parlent-ils pas d'ailleurs de celui-ci de la manière dont le nouveau code civil s'exprime désormais à propos des parents ? L'ancien article 147 du code civil établit en effet que l'éducation et l'instruction que ceux-ci sont chargés de donner à leurs enfants « doivent être conformes aux principes de la morale ». Le nouvel article 147 spécifie au contraire que les parents devront les éduquer « en tenant compte de la capacité, de l'inclinaison naturelle et des aspirations de ceux-ci ». Or que nous dit précisément le partisan du T.F. ? Que le juge de ce tribunal ne doit plus être tel que son activité se résolve en « une incursion autoritaire et paternaliste dans la vie privée ». Comme le nouveau père ou parent modèle, il tendra au contraire « à valoriser et développer la potentialité de récupération [ou de « rattrapage »] (sic) et de réalisation de sa propre vocation que chaque personne et chaque famille possède à titre absolument original »<sup>69</sup>. Ainsi promu en quelque sorte « pater familias » des familles, le juge se voit alors suggestivement doté de « sensibilité », jointe à sa « compétence » et à son « expérience », ainsi que d'une paternelle « confiance dans les personnes et dans la famille »<sup>70</sup>.

On objectera que cette inspiration quasi familiale des réformes était déjà celle des tribunaux pour mineurs. Il est vrai en effet, que le mouvement favorable au T.F. est parti de la magistrature pour mineurs. Le pre-

66. Falcucci 1972, art. 172, et Ri, p. 469.

67. « Riserbo » : réserve, modestie, retenue.

68. Martini 1973, Ri, p. 7, c. 2.

69. Martini 1971, p. 10, c. 1.

70. *Loc. cit.*

mier congrès consacré au T.F., à Imola en 1969, est organisé par l'Association des Juristes Italiens et par l'Union Italienne des Juges pour Mineurs. De même que la tentative la plus récente, au Congrès de Lucca, en 1976, pour imposer l'idée des T.F. a été le fait d'un célèbre magistrat pour mineurs, Battistaci<sup>71</sup>. Il est vrai aussi que les quatre projets visant à la création d'un T.F. se sont inspirés explicitement des tribunaux pour mineurs tant en ce qui concerne leur composition<sup>72</sup>, que leur compétence<sup>73</sup> ou de manière générale de l'expérience qu'ils avaient acquise<sup>74</sup>. Il est vrai enfin que le dernier projet en date, celui de 1973, portait simplement le titre explicite de « tribunal pour les mineurs et pour la famille ».

Mais ce qui est intéressant ici c'est que les concepteurs du T.F. ont voulu aller plus loin encore. Dans les formes, en inaugurant un organe qui « en vertu de son pouvoir innovateur (pouvait) être considéré comme un premier modèle concret d'une ligne de développement le long de laquelle pourra(it) désormais se diriger toute l'organisation de la procédure civile »<sup>75</sup>. Dans l'objet pris en compte surtout : puisqu'il est alors proposé que le juge des mineurs soit intégré dans le nouveau T.F.<sup>76</sup>, ou que celui-ci récupère les fonctions de celui-là<sup>77</sup>. En tout état de cause, le T.F. ne devra pas flanquer le tribunal des mineurs, mais former « un tout » (un « tutt'uno »)<sup>78</sup> avec lui.

C'est donc un tout, la famille dans son ensemble et dans ses différents conflits, qui est pris en compte par un organisme qui présente les mêmes caractéristiques totalisantes. Celui-ci appliquera sur celle-là des règles en parties rodées sur l'enfant mais aussi dûment mises à jour et perfectionnées pour elle. Le système judiciaire a mis depuis longtemps à son actif la gestion du mineur déviant ; c'est la famille déviante, c'est-à-dire conflictuelle qu'il ambitionne désormais de prendre en charge : en se faisant couleur de muraille, en en épousant subtilement les formes.

C'est là du moins ce que nous enseignent les textes produits à cette époque.



Or, à condition de prendre de la distance face à cette production discursive et en dépit de son foisonnement, c'est-à-dire face à ce discours,

71. Deux indications que nous livre E. Roppo, *op. cit.*

72. Martini 1971, Ri, p. 3, c. 1 ; Martini 1973, Ri, p. 4, c. 1 ; Falcucci 1972, Ri, p. 468.

73. Ruffini-Martini 1968, p. 327.

74. Martini 1971, Ri, p. 2, c. 2.

75. Martini 1971, Ri, p. 9, c. 1.

76. Martini 1973.

77. Ruffini-Martini 1968, Ri, p. 327.

78. Falcucci 1972, Ri, p. 468.

alarmiste ou satisfait, de la continuité, de l'interpénétration entre Etat et famille, que constate-t-on ?

En premier lieu que la création, tant débattue, du Tribunal de la famille, et dont les projets paraissaient si éloquents, n'a jamais été effective.

En second lieu que les fameux articles 145 et 316, qui ont fait l'objet de discussions si passionnées, sont inappliquées. Les enquêtes que nous avons pu faire récemment, donc dix ans après la réforme, auprès d'avocats de Gênes, Milan et Rome confirment les quelques indications intermédiaires fournies cinq ans après la réforme<sup>79</sup>. Quant au recours « sans formalité » prévu dans ces deux cas, il a révélé son manque de pouvoir incitatif et son caractère illusoire, déjà relevé à l'époque du vote de la loi par une partie de la doctrine qui ne croyait pas qu'un tel recours fût possible étant donné l'engorgement des tribunaux, surtout dans les grandes villes.

Plus éloquent, et plus subtil : dans ces deux articles, l'intervention du juge n'était possible qu'en cas de conflit sur des « affaires essentielles » (art. 145) ou des « questions d'importance particulière » (art. 316). Le caractère évidemment vague des termes employés ici est intéressant en soi. On sait que l'imprécision des termes juridiques ne constitue pas une « bavure », l'expression du manque de contrôle momentané des producteurs de normes sur leur propre production. Elle a une fonction qui est de susciter l'élaboration jurisprudentielle, nécessaire à l'évolution et à la souplesse juridique<sup>80</sup>. En d'autres termes, la redéfinition de cette fameuse nouvelle frontière passant entre public et privé était confiée dans la réforme de 1975 à la jurisprudence<sup>81</sup>. Or il n'y a pas eu, ou pratiquement pas, de jurisprudence.

On voit donc confirmée ici, en tout état de cause, l'émergence d'un discours acceptant de laisser une marge importante au *flou*, à la confusion, au chevauchement possible entre deux aires jadis si bien opposées du point de vue idéologique. Mais l'interpénétration réelle des deux sphères n'a pas été authentifiée par la pratique judiciaire.

On constatera, de même, que la procédure de conciliation, malgré ses dispositions tatillonnes, ne recueille que des résultats tout à fait marginaux, qu'il s'agisse de séparation ou de divorce. Ainsi, en 1982 par exemple, sur 15 852 cas de procès en « dissolution ou cessation des effets civils du mariage », 57 cas se sont terminés par une conciliation (les chiffres

79. Cf. E. Roppo, *op. cit.*, p. 328-336 ; et « Quale famiglia per gli anni' 80. Bilanci e prospettive della legge di riforma », *Quaderni di Donne e politica* (Atti del convegno nazionale del Partito comunista italiano : « A cinque anni da una riforma. Il diritto di famiglia. Bilancio e prospettive », 15-16 mars 1980), Rome : 1980, p. 149 et 164 ; cf. aussi E. Lener, « la riforma del diritto di famiglia nella sua prima applicazione », *Civiltà cattolica*, IV, p. 568 et suiv., cité in E. Roppo, *op. cit.*, p. 335.

80. E. Mackaay, « les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langage*, 53, mars 1979, p. 33-50.

81. Cf. articles 145 et 316 in : P. Perlingieri, *op. cit.* et in : L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, *op. cit.*, tomes I et II.

étaient respectivement de 13 689 et 42 pour 1981)<sup>82</sup>. En ce qui concerne simplement la séparation personnelle entre conjoints, la procédure de conciliation ne connaît guère plus de succès, puisque sur 46 886 procès en séparation en 1982, 287 se sont terminés par une conciliation (les chiffres étaient respectivement de 43 122 cas et 230 conciliations en 1981)<sup>83</sup>.

Penchons-nous, de même, sur le fonctionnement effectif du « consultorio », en ce qui concerne du moins le conflit conjugal. On constate alors que sa fonction de conseil et de prévention en matière de conflit, qu'avait appelée de ses vœux la littérature juridique est rarement remplie : en raison du comportement même de la clientèle. Celle-ci manifeste une résistance à rencontrer le conseiller conjugal et c'est très rarement le premier expert qu'elle demande à voir : au point que la présence du conseiller conjugal ou du psychologue est inexistante dans un certain nombre de centres.

On peut alors légitimement se demander comment le dispositif juridique fonctionne vraiment. Que vient chercher la clientèle du consultorio, en matière de conflit conjugal ? Un témoignage nous montre qu'elle va d'abord, semble-t-il vers l'avocat du centre, exigeant qu'il les aide à respecter ou accélérer la procédure de séparation, et négligeant les efforts de ce dernier pour les faire repasser devant le conseiller psychologique, ou tout au moins l'équipe du centre apte à prendre en compte l'ensemble des problèmes du couple<sup>84</sup>.

Et c'est la même attitude qui prévaut en matière de gestion du conflit quotidien. Si les articles 145 et 316 ne sont pas appliqués ni même pris en compte, c'est, d'après les avocats que nous avons interrogés, qu'une telle intervention du juge dans le conflit est vécue par l'ensemble des acteurs, y compris eux-mêmes, comme « l'antichambre de la séparation ». Le fait de faire recours au juge en cas de simple conflit à propos de l'orientation de la vie familiale ou de l'exercice de l'autorité parentale signale en fait aux yeux de la clientèle juridique comme des praticiens, la rupture définitive de l'union.

Quant à la procédure de conciliation, elle est d'évidence vécue comme une procédure obligatoire, mais largement superfétatoire et symbolique. C'est une pratique imposée à une clientèle venant exprimer une demande d'une toute autre nature : celle de voir cautionnée une situation déjà définitive, une décision déjà prise en matière de rupture.

En d'autres termes, en dépit de la profusion discursive et idéologique qu'a produite le milieu des théoriciens du droit en cette matière (et encore une fois elle fut considérable), la recomposition du rapport entre privé

---

82. Istituto Centrale de Statistica, *Annuario de statistiche giudiziarie*, tomo primo, materia civile, vol. XXX, Roma 1985, p. 80 et vol. XXIX, Roma 1984, p. 78.

83. Istituto centrale..., *op. cit.*, respectivement p. 62 et 60.

84. G. Dardanello, « La figura del legale nel consulario familiare », *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, VII, octobre-décembre 1978, p. 1454-1461.

conjugal et droit se réduit dans la pratique à une demande faite au droit de prendre acte de la rupture du lien conjugal, de l'existence d'un conflit sans solution. On se retrouve de ce point de vue dans la même situation qu'avant la réforme — le juge et le droit étant sollicités au moment du *fondement* et de la *rupture* de l'union conjugale, avec cette différence qu'ils le sont beaucoup plus souvent : presque deux fois plus qu'en 1975 <sup>85</sup>.

Voilà qui fait, et tel est le point auquel nous souhaitons parvenir, de cette production même de discours sur l'interpénétration de l'État et de la famille, du privé et du public, un objet d'analyse intéressant en soi.

Qu'un certain nombre de milieux sociaux ou politiques aient éprouvé la nécessité, à la même époque, d'affronter la catégorisation public/privé, État/famille pour, en général, la déconstruire et conclure à l'importance du contrôle social sur la famille : voilà qui doit attirer notre attention au moins autant que la lumière subite que ces discours sont censés avoir projeté sur le réel. Il devient alors intéressant de s'interroger sur la fonction de l'émergence de ce type de discours et notamment sur le pouvoir d'occultation du réel qu'il peut recéler. Toute soudaine lumière révèle en même temps, selon la formule latine, l'existence d'une zone de ténèbres.

---

85. Du moins en ce qui concerne les séparations. Cf. Istituto Centrale di statistica, *op. cit.*, vol. XXX, 1983, p. 98.