

LE “DROIT DE FAMILLE” DANS LE PROJET DE CODE CIVIL ARGENTIN DE 2012

Graciela Medina

1 – Introduction

Le projet de Code Civil et Commercial Argentin 2012 contient de profondes modifications du droit de famille.

Dans cette présentation, nous nous proposons de montrer la méthode utilisée, de justifier la nécessité d’une réforme intégrale du droit de famille, d’analyser la philosophie du projet et de décrire les modifications les plus importantes.

2 – La méthode

Le droit de famille est incorporé au projet de Code Civil et Commercial dans le Second Livre intitulé « Relations de Famille ».

Le Second Livre des « Relations de Famille » est divisé en VIII Titres Chacun de ces titres comprend une partie générale

La dictée de parties générales dans chaque institution est d’une grande utilité car elle établit des concepts clairs de l’institution qui régule et signale les principes généraux auxquels il faut recourir en cas de doute dans l’application de la norme.

3 – Justification de la réforme intégrale et organique du droit de famille

Le droit de famille requiert une forme intégrale et organique pour quatre raisons fondamentales.

La Premier parce qu’il n’est pas actualisé par rapport aux changements sociaux.

La deuxième, parce qu’il faut l’adapter à la Constitution de 1994 ainsi qu’aux traités de droits humains ;

La troisième, parce que les réformes partielles introduites fondamentalement par les lois de : divorce, mariage entre personnes du même sexe, santé mentale et identité de genre (transsexuels) ont produit des désharmonies qui provoquent des problèmes répondus par une jurisprudence contradictoires produisant ainsi une insécurité juridique ;

La quatrième, parce que le régime patrimonial du mariage n’a jamais subi de réforme intégrale et se trouve complètement desactualice

Nous allons tenter d'expliquer les questions qui justifient la nécessité du changement.

3.1 – Désactualisation du droit de famille par rapport à la réalité

Le droit de famille argentin n'est pas actualisé et ne constitue pas un instrument efficace permettant de donner une réponse aux problèmes des familles.

Il est indispensable de mettre à jour et de réguler les institutions et les situations ignorées

Quatre exemples suffiront pour démontrer la nécessité d'une réforme intégrale.

Le code ne contemple pas les techniques de fécondation assistée et ne donne aucune réponse au sujet de la filiation qui tire son origine à partir de ces pratiques parfaitement répandues dans la société argentine qui compte sur des spécialistes et des cliniques reconnus mondialement pour leur expérience. **Contrairement à la législation française, en Argentine, il n'y a pas de loi régulant les effets que produit l'utilisation des techniques de fécondation assistée. Il n'y a qu'une norme de l'année 2013 qui établit que toutes les techniques de fécondation assistée doivent être financées par le système de santé publique.**

Le deuxième exemple de la non actualisation normative est la carence de quelque réglementation que ce soit de la **famille recomposée**, assemblée ou par affinité, qui apparaît à partir des seconds mariages des conjoints. Après plus d'un quart de siècle de mise en application de la loi de divorce de lien, des centaines de milliers de familles se sont constituées à partir de secondes noces des divorcés sans que le droit contemple cette situation, ni ne donne de réponses à leurs difficultés spécifiques.

Le troisième exemple, ce sont les familles surgies du concubinat qui ne sont pas légiférées dans le Code Civil car contrairement au Code Français, le Code Civil ne régle ni PACS ni le concubinat.

Le quatrième exemple ce que ils a dans le code civil argentine inégalité absolument injustifié entre les droits de les femmes et les droits de les hommes, pour exemple en le nom de famille. La femme mariée ne peut jamais donner ce nom à son enfant. Ce précis de recorde que les inégalités entre les femmes et les hommes sont contraires à tous les traités de droit humain et qu'il son inacceptables

Ces exemples justifient une réforme intégrale du droit de famille.

3.2 – Nécessité d'adéquation au plexus constitutionnel

La majorité des institutions du Droit de Famille ont été régulées antérieurement à la mise en application de la Constitution de l'année 1994 qui incorpore à son texte les traités de droits humains.

Les dispositions constitutionnelles et supra constitutionnelles des traités des droits humains doivent être incorporées au Code pour rendre celui-ci congruent avec elles et pour éviter que les juges doivent dicter l'inconstitutionnalité des normes civiles contraires au droit constitutionnel..

3.3 – Désharmonie législative provoquée par les réformes partielles

Les réformes partielles que le droit de famille a souffert directement ou indirectement ont été nombreuses depuis la sanction du Code Civil jusqu'à nos jours. Pour exemple la loi de mariage entre personne de même sexe.

Ces lois produisent des désharmonies pour être introduites dans un système qui a été construit avec d'autres principes et pour une autre réalité. Cela justifie un changement qui harmonise les nouvelles solutions de façon intégrale.

3.4 – Carence de quelque réforme que ce soit du régime matrimonial

Le régime patrimonial du mariage est confus, comme résultat des réformes partielles qu'il a souffert au long de 140 années, Par exemple, il régit la « dote » de la femme, étant donné que la femme mariée ne possède aucune dote. Pour le comprendre, il faut donner à la dénomination de « dote » un sens différent et interpréter que toute allusion à « dote » équivaut à « biens propres » de la femme.

D'autre part, contrairement à la France, il n'existe pas en Argentine la possibilité de choisir le régime patrimonial du mariage.

4 – La philosophie du projet

La base fondamentale des changements proposés est le respect pour l'autonomie de la volonté dans la détermination des relations personnelles et patrimoniales, avec une diminution conséquente des règles impératives qui ont toujours caractérisé le droit de famille.

Un autre des principes recueillis par le projet est la **capacité progressive** des personnes.

En ce sens, le projet concède une capacité différenciée aux enfants par rapport aux adolescents, en donnant à ceux-ci une plus grande autonomie quant aux décisions personnelles et même en leur donnant capacité juridique pleine dans certains aspects relatives à son santé sexuel et reproductive.

D'autre part, le projet de Code Civil et Commercial établit à plusieurs reprises le droit de l'enfant ou de l'adolescent à être entendu et qu'il soit tenu compte de son opinion selon son âge et degré de maturité.

Un autre des principes incorporé par le projet est le respect et régulation des différents modèles de famille un système qui a commencé par l'acceptation du mariage homosexuel par loi de l'année 2010, c'est-à-dire 3 ans avant la loi de mariage entre les personnes du même sexe en France.

Le Object de projet es accueillir les modèles familiaux opposés qui cohabitent dans la société du XXIème siècle, tels que, la famille monoparentale, la famille assemblée ou recomposée, la famille homosexuelle, la famille matrimoniale et la famille extra-matrimoniale.

5 – – Les modifications les plus importantes sont :

1. La suppression du devoir de cohabitation et de fidélité dans le mariage.
2. Le divorce sans cause, semblable au système espagnol. Elimination du divorce pour faute et du divorce pour causes objectives et de la séparation personnelle
3. L'acceptation de la « pension compensatoire », suivant la législation française.
4. La régulation du concubinat avec des effets similaires au mariage, à l'exception des droits héréditaires des conjoints et pas des concubins. Cette régulation suit une tendance générale dans toute la législation du Système romano-germanique dans lequel, d'une manière ou d'une autre, les unions concubinaires sont régulées.
5. L'établissement des devoirs pour les parents par affinité, parmi eux, le devoir alimentaire, l'obligation de soins et alimentaire attribuée obligatoirement au père auquel l'autorité paternelle partielle ou totale peut être déléguée.

L'acceptation d'un troisième type de filiation, la filiation par volonté procréationnelle/de procréation. Il existe actuellement en Argentine deux types de filiation, la filiation par nature et la filiation par adoption. Volonté procréatrice. Les enfants nés d'une femme par le techniques de procréation assistée sont aussi des enfants de l'homme ou la femme que a a donné son consentimiento préalable, libre et éclairé aux termes de l'articleci-dessus, dûment enregistrée au registre de l'état civil et de la capacité des Personnes, soit qui il a fourni ou pas les gamètes.

6. Acceptation de la gestation pour autrui appelée gestation par substitution o gestations pour autrui, pour délier la mère de la gestation, réservant le terme mère à la femme qui commande l'enfant, avec apport ou non du matériel génétique. Dans la terminologie du projet de Code civil l'on distingue en principe la procréation pour autrui, hypothèse ou la mère porteuse est à la fois génitrice et la gestation pour autrui à la mère porteuse n'est que gestatrice. Le projet régule la gestation pour autrui et interdit la procréation

pour autrui. Le projet s'écarte de la majorité des législations du monde qui interdisent les contrats de gestation par un autre (comme la française et la législation Allemagne), suit les législations grecque, de quelques provinces du Canada et de l'Inde et régit la gestation pour autrui à condition que ce soit gratuit, (la porteuse peut être indemnisée pour ses frais et son manque à gagner) que cet autre gestant n'ait pas apporté le matériel génétique, qu'il ait déjà lui-même un enfant et qu'il n'effectue pas plus de deux contrats de gestation pour un autre et qu'il a une autorisation Judiciaire. Il a une autre chose importante dans le projet argentin il n'y a pas nécessité de l'adoption pour établir la filiation entre les parents de intention et les enfants nés pour le contrat de gestation pour autrui

En le code argentin actuellement il a seulement deux types de filiation, pour nature et pour adoption et le contrat de gestation pour autrui est interdit pour être contraire à l'ordre public et à la moralité parce que le objet de ses contrats suit le corps humaine la mère et de l'enfant

7. La possibilité de choisir le régime matrimonial, suivant la législation française et Québécoise. Il existe jusqu'à ce moment en Argentine un seul régime patrimonial matrimonial unique, et l'existence obligatoire d'un seul régime patrimonial matrimonial ne se justifie pas, étant donné qu'il existe différents modèles de familles matrimoniales qui requièrent différentes formes d'organisation économique de sa figure patrimoniale.
8. Une nouvelle procédure d'adoption, plus compliquée, qui n'accepte pas l'adoption internationale. Dans l'adoption projetée, le mineur doit toujours être entendu et l'enfant doit donner son consentement à partir de l'âge de 8 ans. D'autre part, les relations avec la famille de sang sont conservées, même dans l'adoption pleine. D'ailleurs le adopté a droit à connaître son origine et les parents à leur devoir de informer à l'enfant de son origine
9. La régulation de la procédure de famille, ce qui est nouveau car en principe dans le Code Civil actuel il n'y a pas de normes de procédure.

Les critiques au système

Les critiques faites au système n'ont pas à voir avec la nécessité d'une réforme intégrale et harmonique, ni avec les lignes philosophiques déjà énoncées, sinon que ce sont des critiques concrètes aux quelques

C'est-à-dire qu'il n'y a pas consensus dans la forme de comment résoudre les thèmes conflictifs que sont justement ceux qui ont à voir avec le Droit de Famille.

Les aspects mis en question sont ceux qui se réfèrent à la suppression du devoir de fidélité et de cohabitation dans le mariage, la suppression du divorce **pour faute/pour culpabilité**, l'admission de la gestation par un autre, et la solution projetée pour le concubinat, appelée union de vie en commun.

La doctrine se demande si est-ce que la liberté de procréer pour une femme peut aller jusqu' à lui permettre de procréer pour un autre couple. Telle est toutefois la question qu'il faut répondre dans les cas des gestations pour autrui

En définitif, ce qui est mis en question c'est **le manque de cohérence du système que défend la liberté et l'autodétermination dans les relations personnelles familiales, permettant l'existence d'un mariage sans cohabitation et sans devoir juridique de fidélité tout en limitant les formes de dissolution du mariage interdisant la séparation comme forme de donner fin au mariage et empêchant toute forme d'union libre entre deux personnes.**

7. Conclusion

Le Projet de Code Civil et Commercial argentin est fondé car il propose de réformer intégralement le droit de famille en l'adaptant aux conventions internationales de droits humains, et il résout les incohérences du code civil en vigueur qui sont le produit de multiples réformes partielles.

Quelques-unes de ces réformes, telles que la maternité par substitution, la gestation post mortem et la disparition du devoir de fidélité sont amplement désavouées par la communauté juridique et seront donc probablement modifiées afin d'obtenir l'acceptation du système projeté.