



HAL
open science

L'évolution du droit de la famille

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. L'évolution du droit de la famille. Réalités familiales, 2003, 68, pp.80-84. halshs-00126540

HAL Id: halshs-00126540

<https://shs.hal.science/halshs-00126540>

Submitted on 25 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

INTERVENTION Eric MILLARD

Mon intervention¹ n'a pas pour prétention de retracer parfaitement les évolutions du droit de la famille mais d'essayer de tirer quelques enseignements à partir de cette évolution pour les questions qui vous occupent : pourquoi réformer aujourd'hui le droit de la famille, y a-t-il de nouveaux besoins ? J'essayerai donc de chercher les tendances fortes de l'évolution, et j'insisterai sur la permanence (sur le long terme) derrière les évolutions successives, notamment en terme de signification.

Je prendrai pour expliquer cette posture deux illustrations de ce que peuvent avoir été les résultats de ces tendances évolutives dans le droit de la famille :

- Dans le droit de la famille d'abord, il y a des conflits de droit. Il y a un problème pour penser l'égalité, car d'un côté il y a une égalité juridique, un respect à l'égard de ceux qui font partie de la famille et de l'autre côté il faut avoir conscience que c'est une égalité juridique entre des personnes qui n'occupent pas les mêmes rôles sociaux, éducatifs. Quand on regarde les législations en cours, il y a des incohérences. Or ce faisant, la famille devient un objet juridique ordinaire. Car ces conflits de droits, ces problèmes d'incohérence, sont des problèmes que l'on rencontre partout dans le droit. On a peut être vécu, pendant une certaine époque, dans l'idée que la famille était un objet spécifique traité par un droit spécifique. La famille est en train de devenir un objet ordinaire et est traversée par des problématiques juridiques ordinaires. Les problèmes posés dans le droit de la famille sont ceux qui se posent par exemple dans le droit social. Dans le droit social, l'employé et l'employeur ont des droits égaux mais ils n'occupent pas la même fonction et quand on veut penser l'égalité entre un chef d'entreprise et un ouvrier, on a des problèmes entre ce qu'est le droit et ce que sont les réalités sociales.
- Aujourd'hui ensuite, la famille n'est plus un simple objet du droit civil : ce n'est plus simplement le code civil et la jurisprudence civile qui régissent le droit de la famille. La

¹ Le présent texte est la simple retranscription d'une intervention orale et n'a pas été retravaillé. Certains arguments mériteraient de plus longs développements et approfondissements, qu'il n'était pas possible de faire dans ce cadre.

famille est devenue un objet très complexe traité par l'ensemble d'un système juridique qui lui même devenu extrêmement complexe. L'évolution du droit de la famille, c'est aussi cette perte de cohérence dans les sources, qui sont les sources du droit.

Deux points importants doivent dès lors être soulignés en liminaire :

- L'histoire du droit de la famille n'est pas l'histoire de la famille proprement dite. Le droit de la famille n'est pas un droit qui décrit ce que sont les familles, c'est un droit qui fixe certaines valeurs, certaines normes, certains modèles de ce qu'une société à un moment donné estime devoir être la famille. S'il y a un droit de la famille, c'est que vraisemblablement, les familles ne correspondent pas tout à fait à ce modèle qui est dessiné par le droit. Chaque fois qu'il existe une norme, la norme n'est pas là pour reproduire ce qui existe dans les faits. L'objet de la norme est d'encadrer, de donner des valeurs, de servir de repères pour sanctionner, non de décrire ce qu'est l'objet qu'elle régit.

Or le droit de la famille a une particularité, maintes fois soulignées : on ne rencontre pas directement (et très rarement le mot) de « famille » dans les textes juridiques (Code civil, constitution convention européenne des droits de l'homme). Le droit de la famille est une construction doctrinale, politique ; c'est la réunion de dispositions que l'on met ensemble parce que l'on a envie que ce droit nous parle de la famille. Mais en soi, le droit nous parle simplement du couple, de la filiation, du nom, de la transmission. Parfois il va nous parler de biens de famille ; des souvenirs de famille. De manière plus moderne, on parlera de vie familiale mais la famille, à vrai dire, juridiquement, on ne sait pas ce que c'est. Il n'y a pas de définition juridique de la famille, il n'y pas une manière cohérente posée par le législateur de traiter de la famille. Si nous décidons dans le droit de la famille d'assimiler les dispositions sur le couple, sur le mariage, sur le PACS, sur le concubinage, et puis d'un autre coté les dispositions sur la famille, nous construisons ce que, nous, nous appelons la famille.

Si le droit de la famille est une construction doctrinale, cela signifie alors que l'histoire du droit de la famille et l'histoire de la famille ne se superposent pas nécessairement. Qu'est ce qui a causé quoi ? Est ce que c'est parce que le droit a reconnu le divorce qu'il y a des divorces ou est-ce parce qu'il y a eu une pression sociale que le droit a reconnu le divorce ? On ne trouve pas de solutions mécaniques, les choses sont en réalité plus complexes. Lorsque le législateur fait des réformes en matière de droit de la famille, ce ne sont pas des réformes suivistes de l'évolution des mœurs, des modalités de vie ou

des demandes sociales. Ces réformes correspondent davantage à une évolution des valeurs que se donne la société. Le droit ne vise pas à enregistrer ce qui se passe dans la société ; il vise à fixer les directives morales, politiques par lesquelles on va définir ce que la société entend donner comme modèle par rapport à la famille.

- L'histoire de l'évolution du droit de la famille n'est pas non plus l'histoire du droit de la famille proprement dit .

Suivre l'histoire de son évolution, c'est essayer de comprendre les grandes lignes, les grandes permanences qu'il y a sur la durée dans les divers textes juridiques qui ont traité de la famille. Il s'agit donc de fournir une grille d'analyse et d'essayer ensuite d'arriver à comprendre si ces grandes lignes peuvent nous apprendre quelque chose sur les réformes actuelles et à venir.

Cette grille, je voudrais ici la construire autour de trois idées, qui se rejoignent et se répondent :

- on est passé de la puissance maritale à l'autorité parentale ;
- on est parti d'un droit essentiellement conçu sur un modèle familial de type formel, le droit du modèle unique : « la famille légitime ». Et à ce modèle on a substitué une pluralité de formes, alors que derrière cette pluralité de forme, il reste une reconstruction d'un modèle désormais autour des fonctions. Là où avant on parlait de formes, on parle maintenant de fonctions : les fonctions familiales, qui doivent être assumées, qui sont mises en avant, qui sont définies plus ou moins explicitement par le droit. On retrouve cette inspiration autour du terme qui tend à définir juridiquement le groupe familial : le terme de « vie familiale ». Si la convention européenne des droits de l'Homme parle de vie familiale, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel en France y accolent en outre un mot, puisqu'ils parlent de « vie familiale normale ». La famille devient ainsi un ensemble de fonctions assumé par des individus pour faire « une vie familiale normale », et on retrouve bien, différemment construit, le référent, le modèle.
- On assiste à une diversification des sources du droit de la famille. Là où le droit de la famille était traditionnellement le monopole du Code civil avec une interprétation par les juridictions civiles, on trouve une imbrication hiérarchisée des différentes sources nationales et internationales qui comprennent les textes juridiques à tous les niveaux, y compris le droit constitutionnel qui a aussi des effets en matière familiale.

L'idée que je voudrais défendre, et qu'y fédère ces points, est la suivante : si la famille, sociologiquement, historiquement,

économiquement constitue un groupe, le droit de la famille, quant à lui, n'arrive pas à être un droit du groupe ; il est et ne peut-être, sauf à renoncer au modèle qui nous structure, le modèle libéral, le modèle républicain, qu'un droit d'individus qui ont des relations individuelles les inscrivant dans un collectif factuel. Cela a été implicite pendant très longtemps ; aujourd'hui on reconstruit le droit de la famille à partir de l'individu, et des droits de l'individu, retrouvant et explicitant l'héritage révolutionnaire.

1) Le passage de la puissance maritale à l'autorité parentale

La puissance évoque un pouvoir hiérarchisé, une supériorité de celui qui a la puissance et une infériorité de ceux qui ne l'ont pas. Elle évoque donc une famille dans laquelle il y a un chef, un chef de famille, qui a des pouvoirs, des droits que les autres n'ont pas.

L'autorité est un terme plus neutre qui dégage le concept de responsabilité : celui qui a l'autorité a aussi une responsabilité, maritale ou parentale. De la puissance d'un seul : l'homme, le mari, le père, on passe à une conception partagée des responsabilités dans la famille.

A l'époque du code civil des origines, Napoléon disait qu'« un bon Gouvernement est le gouvernement de familles bien gouvernées ». C'est ce modèle qui a servi à la première mouture du droit de la famille en France, mouture hiérarchisée dans laquelle la famille reproduit la hiérarchie qui existe à l'intérieur de la Nation et sert surtout de relais à la puissance publique, aux pouvoirs publics.

Napoléon toujours disait que puisque « les concubins ignorent la loi, la loi les ignorent ». Ceux qui sont en dehors du modèle ne profitent d'aucun des avantages de ce modèle car ils n'ont aucune des obligations tenant à ce modèle. C'est donc bien une logique de relais entre la sphère publique et la sphère privée. La sphère privée est conçue non pas comme un lieu de protection et d'intimité où l'Etat n'a pas à s'immiscer, mais comme étant quelque chose qui appuie, renforce, relaye le pouvoir public.

Le modèle hiérarchique se retrouve à l'intérieur de la famille. En témoignent la figure du chef de famille, son pouvoir. Mais la séparation des deux sphères et l'incapacité de penser juridiquement la dimension sociale ne produisent pas les mêmes effets selon le modèle politique de référence, pensé sur le référent familial (la Restauration) ou individuel (démocratisation). Le modèle hiérarchique est ainsi nécessairement, même si très lentement,

remis en cause par la problématique de l'égalité, de la femme et des enfants.

- **La femme** : le modèle hiérarchique ne résiste pas à une conception de l'égalité entre homme et femme et à une différence d'évolution dans la prise en compte des droits des femmes. La femme aura longtemps moins de droits que l'homme (dans le domaine civil, essentiellement dans la relation d'époux, mais au-delà, sur un rythme de temps qui ne coïncide pas exactement, dans la relation politique du genre), et pendant plus longtemps encore, la femme mariée aura moins de droits que la femme non mariée. Ce qui va poser problème alors, c'est non seulement la différence de droits entre l'homme et la femme, mais aussi la différence de droits entre les femmes mariées et non mariées. Complexe discrimination. Progressivement, il y aura un recul des privilèges ou des droits spécifiques accordés aux maris notamment dans le contrôle, et il y aura une tentative juridique de réaliser une autonomie de la femme dans sa vie familiale, dans sa sphère familiale comme dans les relations qu'elle peut avoir à l'extérieur de la famille : le statut de la femme mariée qui travaille et la prise en compte d'une égalité des relations entre les adultes à l'intérieur de la famille. Si on met en avant de ce fait l'égalité, le modèle hiérarchique disparaît et le relais public-privé entre Etat et la famille se dilue. Carbonnier parlait (ce qui est très ambigu mais reçu comme lieu commun des juristes) de « non droit » de la famille. Quand l'égalité intervient la famille ne peut plus être lieu de non droit, et il doit y avoir des possibilités d'action si cette égalité n'est pas respectée. Le droit va servir de modèle pour l'action, et dès qu'un conflit intervient, c'est le public, le droit, le juge qui viennent résoudre les problèmes. C'est la première évolution forte : la remise en cause du modèle hiérarchique tient à la fois à la conquête de l'égalité entre l'homme et la femme dans la famille et à la référence au public comme étant celui qui aura le pouvoir de résoudre les problèmes des familles.
- **La problématique des droits de l'enfants** : le mineur est placé sous l'autorité parentale, mais on s'aperçoit qu'il a lui aussi des droits. L'autorité parentale renvoie à la responsabilité. Il y a de la part des parents vis à vis de l'enfant une autorité guidée, qui est fonctionnalisée, responsabilisée, une autorité d'éducation, de transmission, d'amour, etc. Le phénomène, plus récent et explicite que la remise en cause de

la hiérarchie de genre, est suffisamment connu pour ne pas aller plus avant.

2) logique des fonctions

Le modèle familial qui ressort du Code civil dans sa version première est un modèle du groupe, hiérarchisée, unique. On l'appelait la famille légitime alors qu'il s'agissait plutôt de la famille légale. Ce modèle de la famille légitime est construit sur trois hypothèses :

- hypothèse du mariage
- hypothèse de la filiation
- hypothèse de la puissance maritale.

Il se dégage à partir de deux problématiques différentes, grâce à un lien qui est fait intuitivement, sans que le droit ait besoin de parler de famille. « Naturellement », il n'y a qu'une seule famille et cette famille s'organise comme un groupe hiérarchisé. C'est bien sur un implicite juridique et sociologique que le modèle est construit.

Cet implicite permet d'essayer de penser juridiquement le groupe, mais se heurte à une aporie. Le collectif dans le droit démocratique moderne peut seulement se concevoir de deux manières : soit par une association d'individus basée sur la technique du contrat entre deux (ou davantage) personnes égales en droit qui décident de former « quelque chose », ou alors par la volonté de la puissance publique, qui impose l'appartenance et/ou la soumission à une personne juridique qu'elle contrôle plus ou moins (dans la création, dans l'organisation, dans les compétences).

Or la famille n'obéit à aucune de ces 2 logiques. La famille – et je parle ici de familles concrètes - ne peut pas être une institution créée par la loi, car il faut un consentement au moins entre les époux. Et on sait la méfiance traditionnelle et en grande partie légitime vis-à-vis de l'idée que la famille puisse dépendre d'une volonté des pouvoirs publics. Puisque l'on parle de consentement, le modèle de l'association pourrait être envisageable. Mais c'est une vue rapide et le Doyen Carbonnier avait parfaitement démontré que le collectif familial fondé sur l'association ne pouvait – éventuellement - être que la société conjugale, c'est à dire un groupe limité aux seuls époux (au sens large), exclusif de toute filiation, et donc n'englobant pas les enfants dont le consentement n'est pas juridiquement concevable. Mais ces mêmes enfants ne sont-ils pas, selon une analyse largement répandue, ceux qui font la famille ? Le groupe familial dès lors ne peut pas être reconnu en tant que tel par le droit. Et ce qui va « sauver » le groupe familial implicitement construit à partir des dispositions spécifiques du Code, c'est bien le fait que la famille légitime est effectivement au XIX^{ème} le groupe le plus répandu

socialement. Mais quand les mœurs commencent à changer, et que le quasi monopole de la famille légitime s'estompe (concubinage, qu'il soit ou non pré-marital, recompositions familiales, etc.), le droit ne peut plus donner une réponse qu'il n'avait pas conceptualisé, mais qu'il permettait simplement de déduire d'une adéquation entre un implicite normatif et une uniformité de fait. Obligé de s'adapter, réticent à être simplement suiviste de l'évolution des mœurs, il est contraint par ses propres difficultés techniques, juridiques, à pouvoir penser la famille moderne comme un collectif. Ce à quoi il ne parvient pas, du moins sur le mode du modèle formel. Car si aujourd'hui on dit fréquemment qu'« il n'y a plus de modèle » cela n'est vrai que dans la mesure où l'on veut dire que la famille légitime n'est plus un modèle. Pourtant, si on assiste à une prise en compte par le droit de toute une série de familles, donc à une pluralité de forme, peut-on dire qu'il y a pas de modèle ? Une des constantes de l'évolution du droit de la famille c'est de ne pas avoir renoncé à dire qu'il y a des familles que l'on accepte et des familles que l'on n'accepte pas. A l'intérieur des familles que l'on n'accepte, il y a des familles que l'on privilégie et d'autres que l'on ne privilégie pas.

Et ce que l'on accepte, voire ce que l'on privilégie, c'est la famille (plus exactement la vie familiale et cela traduit l'effacement du référent formel) normale. La normalité se définissant parfois par le refus de certaines formes (ce qui diffère de l'implicite de la famille légitime) : famille polygamique, famille adoptive homosexuelle (encore qu'une évolution est probable), famille incestueuse, etc. Elle se définit surtout par la capacité d'une pluralité de modèles à remplir de manière acceptable un certain nombre de fonctions dans les rapports entre individus composant la ou les famille(s)

3) le passage de la simple prise en compte juridique de la famille par les dispositions du code civil (et essentiellement donc l'addition de ces dispositions sur le couple, la filiation, la transmission, etc.) à des sources de plus en plus imprécises, de plus en plus complexes dans leur articulation, a ici une importance remarquable. Ces sources ne sont plus simplement des sources de droit privé mais renvoient aux instruments, européens, internationaux et au droit public interne, constitutionnel ou administratif. L'évolution du droit de la famille c'est aussi alors l'eupéanisation et la constitutionnalisation du droit de la famille c'est à dire la prise en compte par le système juridique dans sa globalité de ce qui peut toucher la famille (et par là, je ne veux pas dire que le droit de la famille aurait changé de nature : simplement que nos systèmes juridiques

se complexifient et que le droit de la famille ne reste pas à l'écart de ce mouvement)
J'en donne un seul exemple :

La Convention européenne des droits de l'homme dans son article 8 : garantit à toute personne le respect, notamment, de sa vie familiale (précisons d'emblée que la seconde partie de l'article prévoit d'assez nombreux cas de dérogations légitimes, que la Cour de Strasbourg a eu à examiner de manière assez libérale). Au dessus du Code civil, de la jurisprudence civile apparaît ainsi une affirmation : la famille s'appréhende à partir de l'individu, chaque individu a droit au respect de sa vie familiale, et la famille (celle du droit) est vécue comme une réalité de relations entre individus. On est en train dans cette perspective d'évolution d'explicitier une logique essentielle, celle du libéralisme politique et de la démocratie, celle qui a fait 1789 et que le code de 1804 avait pris malgré tout comme fondement dans son implicite de la famille légitime : la logique de reconstruction juridique de la famille à partir de fonctions, les fonctions qui lient les individus, seuls titulaires de droits et juridiquement reconnus. Les groupes familiaux sont des réalités que le droit n'est pas arrivé à prendre en compte, et qu'il ne cherche plus à prendre directement en compte sinon comme cadre des relations individuelles spécifiques et protégées comme droits des individus.

Le conseil constitutionnel, et la jurisprudence des tribunaux français, ne disent rien d'autre que cela.

Et ce qui paraît important dans cette évolution c'est qu'il y a de fait des groupes entre l'Etat et l'individu mais que le droit, ayant du mal à donner un statut juridique au groupe, commence à assumer explicitement l'aporie et se donne les moyens de recomprendre le groupe à partir de l'individu.

La famille, ce n'est donc plus pour le droit un collectif formel. C'est avant toute chose un droit, un droit de la personne humaine, un élément fondamental de la société qui doit être reconnu par les textes les plus élevés du droit qui régissent notre société au profit de tous les individus

Aujourd'hui, l'évolution du droit de la famille s'inscrit dans un cadre, qui le limite juridiquement et politiquement, et il n'est plus possible de penser le droit de la famille autrement que comme un droit protégé par l'individu, et de penser la famille que comme une construction à partir des prérogatives juridiques de l'individu.