

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ANSO&ID_NUMPUBLIE=ANSO_072&ID_ARTICLE=ANSO_072_0527

Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil

par Edwige RUDE-ANTOINE

| Presses Universitaires de France | L'Année sociologique

2007/2 - Vol. 57

ISSN en cours | ISBN 9782130562108 | pages 527 à 543

Pour citer cet article :

— Rude-Antoine E., Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil, L'Année sociologique 2007/2, Vol. 57, p. 527-543.

Distribution électronique Cairn pour Presses Universitaires de France .

© Presses Universitaires de France . Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

JEAN CARBONNIER ET LA FAMILLE. TRANSFORMATIONS SOCIALES ET DROIT CIVIL

Edwige RUDE-ANTOINE

RÉSUMÉ. — Cet article présente la pensée rigoureuse de Jean Carbonnier sur les transformations de la famille et du droit civil de la famille. Prenant appui sur ses commentaires, il examine la teneur et le contexte des débats politiques et académiques concernant l'ensemble des neuf réformes du droit civil de la famille. Cet article expose trois aspects de sa pensée : la singularité de ce travail législatif, la reconnaissance de plusieurs modèles familiaux, la nouvelle conception de droit fondée sur les principes de liberté et d'égalité.

ABSTRACT. — This article presents Jean Carbonnier's rigorous thought concerning the transformations of family and of family law. Leaning on these commentaries, it examines the tone and the context of political and academic debates concerning the nine reforms of family law. This article offers this thought around three dimensions : the singularity of this legislative work, the recognition of several family models, the new conception of law justified by the liberty and equality principles.

On ne saurait rendre hommage à la mémoire de Jean Carbonnier sans s'arrêter sur sa réflexion à propos des questions de la famille et sur la refonte du Code civil dont il fut l'artisan. En effet, les avant-projets de neuf lois visant à réformer par pans entiers le droit civil des personnes et de la famille lui avaient été demandés. Il livre, dans les éditions successives de son *Manuel de droit civil* (Carbonnier, 2004 a) de ses *Essais sur les lois* (Carbonnier, 1995), sa lecture rigoureuse de l'ensemble de ces réformes soulignant que, à leur origine, il n'était question que de réécriture, de reprendre dans une rédaction plus claire et en meilleur français, les textes du Code. Or, de la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle à celle du 28 décembre 1977 sur l'absence, la réalité a été autre : il fut procédé à une révision de fond, à une réforme du contenu même des institutions.

Comme chacun sait, l'homme, d'une grande érudition, était de ceux qui accompagnent leur œuvre législative de commentaires précis assurant ainsi une transmission de la théorie juridique. Il montre que le législateur n'avait plus, dans ce domaine du droit civil de la famille, comme par le passé, le pouvoir de « régénérer les mœurs par la loi », mais seulement celui « d'adapter la loi aux mœurs ». À ce sujet, il emploie d'ailleurs des formules qui peuvent apparaître fort provocatrices de « déjuridicisation des relations sexuelles et familiales » (Carbonnier, 1995, 296)¹, de « retrait du droit » (*ibid.*)². Certains auteurs parleront au sujet de ces réformes qui ont surgi par saccades³ « d'une modernisation entérinant les transformations des comportements, dans une perspective libérale, pluraliste, neutre et finalement gestionnaire » (Théry, 1993, 69). Dès 1964, selon les études sociologiques et les statistiques, la divortialité, l'illégitimité, l'union libre, l'avortement sont en augmentation constante. Pour autant, comme l'a rappelé Jean Carbonnier, le projet n'était pas de refouler par des lois la tendance qui s'était dessinée dans les faits, mais de donner de l'aisance aux lois afin qu'elles puissent accompagner les changements tout en les régulant. Il résume la démarche politique par un maître mot : *libéraliser* (Carbonnier, 1995, 210) faisant remarquer par ailleurs que cela rejoignait la littérature anglo-américaine pour laquelle il est de la nature ou du devoir du droit de changer lui-même dans une société en mutation⁴.

Mais Jean Carbonnier démontre un peu plus loin que la situation française avait quelques particularités : des majorités décisives pour approuver tel projet de loi, des minorités (par exemple, en 1975, le principe même du divorce continuait d'être rejeté par une fraction notable des enquêtés), des pratiques familiales certes nouvelles mais restant minoritaires, laissant supposer qu'une part

1. Et de poursuivre : « Il y a eu, par plages entières déjuridicisation des relations sexuelles et familiales. »

2. « Qui dit relations déjuridicisées ne dit pas nécessairement relations déréglées. Si le droit s'est retiré, c'est en laissant d'autres systèmes normatifs, morale et mœurs, prendre le relais. Le changement, il est vrai, est en soi considérable – ne serait-ce parce que le système juridique, dans les États centralisés, est unitaire au lieu que la morale et les mœurs y sont divisées sur elles-mêmes, le modèle permissif et le modèle traditionnel s'y disputant les adeptes. Mais même le modèle permissif, puisqu'il est un modèle, emporte une régulation, et les désengagements récents du droit ne sauraient être confondus avec une abdication de la collectivité » (Carbonnier, 1995, 296).

3. L'expression est de Jean Carbonnier (Carbonnier, 2004, 182).

4. Il s'agit d'une citation de l'ouvrage de W. Friedmann, *Law a Changing Society* paru en 1960 (Carbonnier, 2004 a, 210, n. 12).

appréciable de ceux qui les tolèrent pour les autres n'en veulent pas pour eux-mêmes⁵, des divisions idéologico-politiques entre les conservateurs et les progressistes, tant d'éléments qui pouvaient conduire le législateur moderne à rechercher le compromis dans ce domaine du droit civil de la famille. Ce n'est pas ce qui a été fait, écrit Jean Carbonnier, dans ses *Essais* : « Plutôt qu'un droit de compromis, il faut parler d'un droit de la coexistence pacifique. Par une combinaison complexe de pluralités de régime, d'option, de maintien partiel ou transitoire du droit antérieur, l'objectif a été d'assurer une cohabitation paisible aux deux parties de la France, chacune disposant d'une aire juridique pour y aménager sa vie familiale » (Carbonnier, 1995, 212).

Jean Carbonnier a ainsi, par sa personnalité exceptionnelle, sa compétence de civiliste incontestée, sa place de législateur juridique, laissé une œuvre considérable dans ce domaine du droit civil des personnes et de la famille. Se situant dans la lignée d'Émile Durkheim et de Lucien Lévy-Bruhl, et s'appuyant sur une sociologie juridique empirique, il met au grand jour dans ce domaine de la famille différentes facettes cachées, pensant que les vertus du libéralisme peuvent animer une évolution juridique suffisante à répondre aux besoins et aux désirs du citoyen. Dans son manuel *Sociologie juridique*, il rappelle que ce que l'on a voulu voir dans la famille, c'est « avant tout un phénomène de mœurs, de droit seulement par accident, de sorte que la sociologie de la famille, telle qu'elle est couramment pratiquée, n'est pas une sociologie du droit de la famille » (Carbonnier, 2004 b, 40). Pour lui, les questions autour de la famille ne peuvent pourtant se concevoir en dehors du droit : « (...) à faire l'économie d'un passage par le droit, la sociologie de la famille, écrit-il, est en danger d'irréalisme : réduisant à des relations interpersonnelles les phénomènes qu'elle étudie, elle méconnaît cet autre phénomène qui les enserme, que les juristes appellent l'ordre public » (*ibid.*). Il prend comme exemple le mariage et le divorce. Il montre que tout amalgame avec le concubinage ou la séparation de fait trouble l'observation car, précise-t-il, « le concubinage et la séparation de fait n'ont de sens que dans la dialectique d'analogie et de contradiction au droit » (*ibid.*).

5. Selon Jean Carbonnier, « la plupart des couples se marient et ne divorcent pas ; il y a plus d'enfants légitimes que d'illégitimes ; le nombre des naissances dépasse celui des avortements » (Carbonnier, 1995, 211).

La singularité du droit civil des personnes et de la famille

Jean Carbonnier retrace par petites touches, comme il le dit lui-même, l'histoire législative de neuf lois qui ont réformé le droit civil de la famille et pose toute une réflexion de philosophie de l'action législative.

Il souligne que ces lois ont été préparées sous les auspices du seul et même ministère : celui de la Justice et estime que l'on peut en déduire une certaine cohérence dans l'art législatif (Carbonnier, 1995, 269). Pour Jean Carbonnier, « légiférer, c'est une manière de gouverner ; légiférer sur la famille, c'est imposer des normes à des faits de société, à des phénomènes de mœurs » (Carbonnier, 1995, 196)⁶. L'abrogation sociologique ne coïncide pas toujours avec l'abrogation juridique. Il insiste sur le fait que le droit civil de la famille offre une singularité trop rarement relevée. Dans ce domaine, le besoin de lois ne vient pas de la société globale, ni même de l'ensemble des familles. Il vient de la présence d'orphelins, des filiations douteuses, de ruptures conjugales, mais aussi de l'impact des plaintes officieuses, des faits divers publiés dans les journaux, relayés par des campagnes de presse, des groupes de pression comme le lobby de l'adoption⁷ ou celui des pères divorcés (Carbonnier, 1995, 272)⁸. Les demandes que reçoit ici le législateur sont des demandes sous-catégorielles, partielles, partiales, mal contrôlées par une société globale prompte à s'attendrir. Cette singularité du droit de la famille n'est pas sans conséquence sur l'art législatif.

Portant un regard rétrospectif sur le travail de mise en œuvre d'une « raison juridique » qui se fait dans le respect des règles juridiques, Jean Carbonnier rappelle, dans ses *Essais* (Carbonnier, 1995, 195-213), que le Conseil d'État s'est souvent montré assez réservé sur les réformes du droit de la famille qui lui étaient déférées pour examen. De même, la Cour de cassation consultée n'a pas manifesté beaucoup d'enthousiasme pour ces réformes, croyant que la juris-

6. Il s'agit d'un article, extrait des *Acta legalia* de l'Université de Thessalonique, écrit en 1989 en hommage amical au P^r Jean Deliyannis (Carbonnier, 1991).

7. Une disposition relative à la filiation naturelle a été censurée par le lobby de l'adoption, notamment par les œuvres d'adoption agréées pour permettre aux adoptants d'adopter des enfants à l'étranger et assurer les démarches en ce sens dans le cadre de l'adoption internationale.

8. Les pères divorcés ont obtenu en 1987, une loi qui a posé le principe d'une autorité parentale conjointe.

prudence s'adapte mieux que la loi aux mutations de la société, parce qu'elle le fait avec plus de gradualisme et de nuances. Jean Carbonnier insiste sur le souhait des corporations judiciaires ou quasi judiciaires d'être entendues et sur leur concours au fonctionnement pratique du droit de la famille. Il décrit aussi l'arène parlementaire : la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle bénéficia d'un très large assentiment. La loi du 3 janvier 1968 relative aux incapables majeurs qui créent trois institutions, la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice, suscitera des craintes pour la liberté. Sans cesse dans les débats, le risque des internements arbitraires sera rappelé⁹. Les lois du 3 janvier 1972 sur la filiation et du 11 juillet 1975 sur le divorce, insuffisantes aux yeux des uns, allaient trop loin aux yeux des autres. « Il fallut, écrit-il, pour sauver des saillants en péril recruter à gauche pour combler les vides à droite » (Carbonnier, 1995, 201).

À propos du projet sur la filiation, de la disposition concernant le viol collectif et la responsabilité solidaire de la grossesse subséquente, il rappelle ces épilogues sans fin et par voie de conséquence l'admission facilitée du principe même de responsabilité pour risque des relations sexuelles (Carbonnier, 1995, 202-203). Il montre ainsi que la réalisation de toute réforme du droit civil de la famille est au cœur de tensions fondamentales qui existent au sein de la société française et se situe dans un dilemme entre public et privé, entre intérêt général et vie privée. Pour Jean Carbonnier, la contradiction est au cœur de chaque individu : « Par instants, remarque-t-il, il se sent libertaire, et il aura peut-être des enfants naturels pour se le prouver. À d'autres heures, il se sent conservateur, il désire la conservation des biens dans les familles, dans sa famille, et il essaie de régler à sa guise sa succession » (Carbonnier, 1989, xxiv). Il insiste, par ailleurs, sur le rôle joué par ceux que l'on nomme « les entrepreneurs moraux » et fait remarquer à propos de l'ensemble de ces réformes du droit civil de la famille, le glissement du droit vers d'autres systèmes de normes : l'éthique, la morale. Ainsi, sur les nouvelles techniques biomédicales (de l'avortement à l'insémination artificielle), le législateur a pu entendre les avis du Comité

9. Jean Carbonnier précise que « par simple opportunité sans doute, le législateur a préféré dissocier de ses projets la révision de la loi de 1838 relative à l'internement. Il a dû estimer qu'une telle révision n'était pas mûre » (Carbonnier, 1995, 68). Il ajoute que les changements se sont produits à côté, dans le Code de la santé publique, avec la loi du 27 juin 1990 qui substitue à l'internement des aliénés l'hospitalisation des malades mentaux.

national d'éthique – cette instance, qu'il décrit, « comme si étrangement installée par les pouvoirs publics afin d'édifier une morale d'État, spécialisée à la biologie – une bioéthique d'État » (Carbonnier, 1995, 205-206).

Sur ce même thème qui touche par épisodes le droit de la filiation, il rappelle également les positions les plus intransigeantes défendues par l'Église catholique. Il montre encore son influence lors de la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce, pour aller dans le sens de dispositions qui ne favorisent pas la dissolution du lien. De même, en matière de mariage en ces termes : « Ce n'est pas seulement le Code civil qui dissuade les familles de laisser des projets de mariage s'ébaucher entre proches parents, c'est aussi la Bible et les livres de médecine » (Carbonnier, 1995, 300). En 1972 sur la question de l'égalité entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin, il précise que des mouvements ont eu lieu qui ont contribué à sensibiliser la société moderne qu'il ne devait plus exister des inégalités héréditaires, que des enfants innocents n'ont pas à subir les actes de leurs parents¹⁰. « C'est un droit, écrit-il, qui a son centre de gravité ailleurs que dans son objet, un droit qui se crée par les autres, et probablement pour les autres, pour la tranquillité de leur conscience morale » (Carbonnier, 1995, 111). Jean Carbonnier considère, en effet, que la loi du 3 janvier 1972 avec ses dispositions concernant la recherche de paternité et d'actions à fin de subsides est en retrait d'exigences sur le droit antérieur. Pour lui, il ne faut pas en déduire qu'il y aurait une absence de règles car dans une société donnée, le droit n'est qu'un système de règles parmi d'autres comme la religion, l'éthique, les mœurs. Il insiste sur le fait que notre droit a renoncé à certaines positions, parce qu'il n'y avait plus dans la nation, le minimum requis pour le tenir en commun. Ainsi, en 1792 le mariage religieux n'est plus imposé, en 1884, le mariage n'est plus indissoluble. Toutefois, les statistiques montrent que la grande majorité des mariages, célébrés religieusement, ne se dissolvent que par la mort. « La régularité statistique, écrit-il, laisse deviner, dans le domaine évacué par le droit, la présence persistante des règles, mais ce ne sont plus des règles juridiques. Telle est la signification ultime qu'il convient de donner aux réformes récentes du droit civil, leur apparente permissivité est un simple désengagement

10. Il analyse ces réformes destinées à régir ces phénomènes de déviance (en ce sens où il existe de l'illégitimité) « comme procédant moins des déviants eux-mêmes, de leurs besoins et de leurs aspirations que de la représentation très indépendante que s'en font les non-déviants » (Carbonnier, 1995, 111).

juridique. Tout n'est pas permis : la compétence pour interdire s'est seulement déplacée du droit vers d'autres systèmes normatifs » (Carbonnier, 1995, 119).

Mais la singularité de ce travail législatif, en ce qui concerne le droit civil de la famille, tient aussi dans l'emploi de l'enquête sociologique, de sondages d'opinion. Jean Carbonnier insiste sur le fait que le législateur voulant se créer sa propre sociologie, a exploré lui-même le terrain. Si cette innovation a été bien reçue chez les sociologues, elle se heurta néanmoins à des résistances chez les juristes. À ce sujet, il écrit : « Le plan pervers aurait été d'aligner le droit sur le fait, la loi sur les mœurs, présumées décadentes, au mépris de la fonction pédagogique, correctrice de la législation. Il avait été pourtant bien spécifié, dès l'entrée en lice de la sociologie législative, qu'en aucun cas, l'enquête ne dicterait la loi, que ses résultats ne seraient que des indications, à apprécier parmi d'autres sur les chances d'effectivité ou de non-effectivité d'une réforme ; (...) ce qui était attendu d'elle, ce n'était pas le contenu de la *lex ferenda*, c'était l'assurance probabiliste que cette loi, estimée nécessaire pour d'autres raisons, ne soulèverait pas de trouble majeur dans la société » (Carbonnier, 1995, 206-207).

Ce que l'on veut noter ici, c'est en quoi Jean Carbonnier se positionne différemment de l'ensemble des juristes. Non pas spécialement en ce qu'il démontre la nécessité de compléter l'analyse dogmatique du droit civil de la famille par des études de type sociologique ; mais plutôt en ce qu'il n'hésite pas du fait que les lois sont faites pour la société à écouter et à donner la parole aux masses. Jean Carbonnier refuse d'agir en maître, ayant une sympathie très profonde pour toutes les opinions et restant très ouvert à la pluridisciplinarité.

Plus tard, lors d'un hommage à Ioanni Deliyannis, à l'Université de Thessalonique en 1991, il dira à nouveau à propos des réformes législatives du droit civil de la famille, en partant de son expérience « la complexité de l'appareil étatique », ses multiples coulisses où se prennent les décisions, les arguments véhiculés par le téléphone sans laisser de traces, les secrets du château. Un monde qu'il définit comme « un monde d'apparences, de trop de ressorts invisibles sous ces médias qui se croisent spontanés » (Carbonnier, 1991, 228).

Il n'y a pas une famille mais des familles

Dans son ouvrage *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*¹¹, Jean Carbonnier présente la famille parmi les trois piliers de l'ordre juridique. Il rappelle qu'elle « reste le lieu le plus usuel des sensations à prédominance agréable qui retiennent l'homme, à tort ou à raison, dans la persévérance de l'être » (Carbonnier, 2001, 255).

Pour Jean Carbonnier, la famille idéale ne se décrète pas à la majorité des voix. Il insiste sur la difficulté de saisir cette famille dont il est question dans les lois, de la nécessité de reconnaître une certaine impuissance à tout connaître : « En réalité, c'est à l'intérieur de chaque famille que se situent les obstacles à l'observation. Chaque famille, écrit-il, est un continuum où plusieurs générations s'imbriquent. Chaque famille est une trame d'innombrables faits et gestes, paroles et silences, tissée au fil des jours et des nuits, des années durant. Chaque famille est un réseau tremblant où s'entre-croisent les imprévisibles de deux destins individuels, et même usuellement de quatre destins, sinon davantage » (Carbonnier, 1995, 187-188).

Jean Carbonnier rappelle que, du fait de l'industrialisation avec ses migrations, son urbanisation, la montée du salariat, l'attrait de la consommation, la fragilité de la conservation, l'omniprésence de l'État-providence, la famille a changé : par un rétrécissement du groupe et une autonomie de ses membres.

Sous ce terme de « rétrécissement », Jean Carbonnier entend le passage de la famille étendue à la famille conjugale. Il pose comme hypothèse que l'avènement de la famille conjugale se situe autour de deux repères législatifs : la loi sur les successions *ab intestat* du 31 décembre 1917 qui a ramené du 12^e au 6^e degré la successibilité en ligne collatérale et la loi du 26 mars 1957 faisant passer le conjoint survivant avant les oncles et tantes dans la hiérarchie successorale. Il apporte toutefois une réserve à cette hypothèse selon laquelle la pra-

11. « Famille, contrat, propriété sont, de tradition, les trois piliers de l'ordre juridique. Comme dans une économie libérale et capitaliste, l'ordre juridique est forcément capitaliste et libéral, l'idée a surgi, chez ceux qui voulaient en finir avec cette économie, que son abolition passerait par le renversement préalable des trois piliers. Tel un Samson, assurément aveugle, jetant à bas le temple à seule fin d'en chasser les oiseaux (...) qui y faisaient leurs nids. Les trois piliers valent mieux que cela, et ils pourront durer davantage : ils sont capables d'abriter à leur ombre les systèmes économiques, les systèmes politiques les plus différents » (Carbonnier, 2001, 255).

tique des libéralités entre époux était très répandue et l'effacement de la famille périphérique, achevé dans l'opinion générale bien avant ces lois. Pour Jean Carbonnier, le resserrement de la famille était déjà amorcé dans les mœurs lors de la promulgation du Code civil, qui porte les traces d'une hostilité envers la famille étendue. N'y a-t-il pas, s'interroge-t-il, l'exclusion de l'obligation alimentaire entre les frères et sœurs ? Mais le rétrécissement ne s'arrête pas avec la famille nucléaire. S'appuyant sur des études sociologiques, il fait remarquer qu'après la famille nucléaire viendraient d'autres modèles familiaux. Il montre également le lien qui existe entre ce rétrécissement et un ardent conjugalisme : « La famille est désormais construite sur le couple. Le vocable remet en honneur la *copula*, la *copula carnalis*, l'union sexuelle. Par là même, il entraîne le droit à moins discriminer entre les gens mariés et les autres. Quand un couple non marié reste uni pour élever ses enfants, l'autorité parentale peut être exercée sur eux "comme s'ils étaient des enfants légitimes". C'est une formule légale qui a été jugée révélatrice : il peut donc exister une famille qui n'ait pas été d'abord scellée par le sacrement laïc reçu en mairie, mais seulement par des phénomènes affectifs » (Carbonnier, 1995, 183). Il conclut que la famille a ainsi évolué du groupe vers une pluralité de relations segmentaires.

Il est intéressant à noter ici les remarques de Jean Carbonnier sur la tutelle de 1804 (Carbonnier, 1995, 23-39). Il démontre qu'elle apparaissait comme une institution de lignage, non de ménage et fonctionnait par et pour la famille étendue. Ainsi, les biens de l'orphelin étaient figés comme s'ils étaient grevés d'une substitution au profit de ses héritiers présomptifs. Cela impliquait, d'ailleurs, une défiance sourde à l'égard du conjoint survivant, soupçonné de pouvoir faire dévier à son profit au lieu de celui de l'orphelin la fortune laissée par le décédé. Mais aussi, ajoute-t-il, dans le conseil de famille, la représentation paritaire des intérêts successoraux des deux gentes. Ainsi, cette construction a été bouleversée du fait que la famille n'est plus étendue mais est devenue conjugale, nucléaire, réduite au couple et aux mineurs. La famille dépend de la réalité concrète des relations et des affections bien plutôt que d'une place chiffrée d'avance dans la hiérarchie de l'héritage. Le rétrécissement de la famille était démontré par la profonde ineffectivité dans laquelle étaient tombées les dispositions du Code.

Jean Carbonnier est persuadé, par ailleurs, que la famille connaît une plus grande autonomie de ses membres. Il souligne que l'institution matrimoniale (Carbonnier, 2001, 258) a évolué du mariage

de raison, qui était une affaire qui se négociait entre deux familles, vers le mariage d'amour contrastant avec cet élan instinctif de deux individus. À titre d'exemple, il rappelle le mouvement législatif qui a peu à peu démantelé le veto parental, en 1907 en ramenant la majorité matrimoniale des garçons à la majorité de droit commun, en abolissant en 1917 les actes respectueux et en permettant en 1927 au mineur de se marier contre le gré de son père avec le seul consentement maternel. Cette dernière disposition a contribué à développer une plus grande solidarité des parents envers leur enfant. Toutefois, renvoyant à l'étude d'Alain Girard sur le *Choix du conjoint* (1964 et 1974) (Carbonnier, 2001, 259), il montre que le mouvement décrit n'a pas eu la signification libertaire qu'on lui a attribuée, puisque le choix du conjoint s'exerce librement mais à l'intérieur d'un milieu déterminé. Il conclut en écrivant : « Les parents, aujourd'hui encore, guident le libre choix des enfants vers l'accomplissement de la norme sociale, non plus par voie d'autorité, de consentement juridique, mais par un jeu subtil d'éducation préalable et d'influence à point nommé » (Carbonnier, 2001, 260).

À cette question de l'autonomie des membres de la famille s'ajoute celle de la réalité de la souveraineté domestique dans le Code de 1804 et de ce qui reste de la puissance paternelle à la veille de la loi du 4 juin 1970. À lire Jean Carbonnier il ne faudrait pas conclure trop vite. Ce serait faire bon marché de l'article 374 et de la menace latente qu'il contenait : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire » (Carbonnier, 1995, 81). Si notre société n'est plus militaire, rappelle Jean Carbonnier (Carbonnier, 1995, 80-91), elle revêt bien d'autres visages pour s'insinuer au cœur des foyers : l'obligation scolaire, les prestations familiales, l'action sanitaire, la télévision, l'orientation professionnelle et l'affiliation syndicale.

Dans cette même optique, Jean Carbonnier porte son analyse sur les rapports entre la famille et l'État montrant que les relations familiales sont de plus en plus envahies par les interventions étatiques. Pour lui, l'État remplace la famille dans un nombre croissant de fonctions (dans la fonction pédagogique par l'Éducation nationale par exemple, dans la fonction alimentaire, par la Sécurité sociale et les prestations familiales). Mais il est persuadé que, dans les faits, la famille regagne ce qu'elle perd dans les lois de façade. Donnant comme exemple les prestations familiales, il affirme qu'elles ont pu agir comme facteur de cohérence du groupe particulier. Elles se sont juxtaposées, dit-il, à l'obligation alimentaire du droit

civil sans l'éliminer. De plus, il insiste sur le fait que l'État contrôle aussi la famille dans l'exercice des fonctions qu'elle conserve prenant comme exemple les mesures en matière d'assistance éducative selon l'ordonnance du 23 décembre 1958, la place jouée par le juge des tutelles par application de la loi du 14 décembre 1964. Jean Carbonnier rappelle toutefois que le soutien et le contrôle de la famille sont anciens. Bien avant l'État-providence, les autorités locales et l'Église ont tenu ces rôles à l'égard des familles. Il y a eu, au cours du temps, une transformation par centralisation, laïcisation et bureaucratisation de ces mécanismes préexistants, protecteurs et admoniteurs des familles, de certaines familles.

Ainsi du fait de la coexistence de structures familiales variées et des incertitudes sur leur devenir, Jean Carbonnier conclut que le législateur a renoncé à privilégier un schéma plutôt qu'un autre. Dans un souci de tenir compte de la diversité de la France, et de la présomption que la réalité correspond à l'apparence, le législateur propose la multiplication des options. Dans ces réformes, il n'y a « pas une nouvelle conception de la famille », affirme-t-il (Carbonnier, 1995, 189), mais plutôt une « nouvelle conception du droit », une nouvelle conception de politique législative.

Une nouvelle conception du droit

Jean Carbonnier analyse le contenu même de ce droit civil de la famille. Il rappelle que le titre des successions et celui du mariage, sa célébration notamment, n'ont pas été pris en compte dans les réformes. Mais, le mariage a été valorisé dans son statu quo. Par le maintien contre vents et marées du divorce pour faute ont été exaltés les devoirs entre époux, donc le mariage. Par l'absence de reconnaissance en droit de l'union libre, le législateur a rappelé que le mariage n'était, ni le concubinage ni religieux : « Le mariage civil, écrit-il, est la pierre angulaire de la laïcité du droit civil, et la V^e République s'est proclamée laïque dans sa Constitution » (Carbonnier, 1995, 212-213).

Pour lui, la famille étroite explique les nouvelles orientations de la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle (Carbonnier, 1995, 23-39) : la confiance délibérément faite au survivant des père et mère ; l'abolition de l'impératif d'égalité entre les deux lignes (art. 408 à 423) ; l'importance accordée aux critères des relations habituelles, de l'intérêt affectif (art. 408), voire de l'amitié ou du

voisinage (art. 409) pour composer le conseil de famille. Les données nouvelles de l'économie ont également une influence comme celle de faciliter l'administration courante pour les valeurs mobilières. Le nouveau système de la tutelle repose sur une présomption de confiance faite à la famille : la famille qui est représentée est d'abord les père et mère, puis le père ou la mère ou si tous deux sont disparus, le petit groupe de ceux qui leur étaient unis par les sentiments et les habitudes. Dans la même optique, on assiste à un abaissement du formalisme, par exemple l'administration légale pure et simple par l'accord du couple (art. 389-5), l'exécution des délibérations du conseil de famille (art. 883-2 C. proc. civil ; art. 1221 du nouveau). Quant au juge des tutelles, il peut autoriser un acte de disposition à la place du conseil de famille. Il est également chargé de déceler les abus. Il exerce ainsi une fonction de surveillance (art. 883-2, al. 2 C. proc. civil, art. 391 et 395). Il doit veiller à ce que, par négligence, imprudence ou fraude, des défaillances ne se produisent pas dans les mécanismes familiaux. Ainsi, cette loi faite sans bruit était innovante au sens où elle déplaçait les figures symboliques du juge des tutelles et du conseil de famille.

Jean Carbonnier affirme, par ailleurs, que l'action des mœurs a été soutenue par l'idéologie, en faisant référence aux deux principes fondamentaux de liberté et d'égalité et en renouant ainsi avec le droit familial de la Révolution.

En ce sens, il mentionne l'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes, la reconnaissance des enfants adultérins. En s'appuyant sur des données historiques, il souligne que le droit positif français de la filiation était devenu un Code Napoléon transformé par les Républiques : en 1896 avec l'héritier illégitime promu du tiers à la moitié, en 1912 avec la recherche de la paternité, en 1955 avec l'action alimentaire. Pour lui, la date décisive est celle du 12 brumaire an II. La convention, rappelle-t-il, légiféra sur les droits successoraux de l'enfant naturel : « C'était une loi transitoire, provisoire, bientôt rongée de repentirs (le plus gros de ces repentirs étant le Code civil lui-même) – une ébauche de loi. (...) Cette loi venait à assimiler complètement quant aux droits héréditaires l'enfant naturel à l'enfant légitime. De ce renversement total, une seule justification, mais qui politiquement ne souffrait pas de réplique : il fallait en toutes matières, déduire les conséquences du principe d'égalité proclamé par la Révolution » (Carbonnier, 1995, 110). En posant l'égalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel et une frac-

tion d'égalité pour l'enfant adultérin, la loi du 3 janvier 1972 reprend donc ce même schéma successoral.

De même, Jean Carbonnier présente le mariage comme une association des époux de plus en plus égalitaire. En termes de droit, sous l'empire du Code de 1804, l'inégalité entre les époux se traduisait par diverses dispositions : la puissance maritale, les pouvoirs du mari comme chef de la communauté et administrateur des propres, l'incapacité de la femme. Toutefois, une évolution législative amorcée en 1907 (libre salaire de la femme) poursuivie en 1938-1942 (abolition de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme) et qui a abouti à la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (suppression du droit du mari d'opposition à l'activité professionnelle de sa femme) a balayé tout cela. Il s'agissait de changer le modèle qui ne correspondait plus à la réalité sociologique. Le modèle de 1804, en effet, construit sur l'image d'un mari seul à exercer une activité professionnelle avec une femme ayant une participation effacée, et du couple pour qui les biens mobiliers comptent peu, ne correspond plus. L'idée que chacun des époux doit avoir un droit sur les acquêts faits par l'autre paraît rallier autour d'elle un large consensus. De même que les meubles doivent à l'avenir autant que les immeubles être préservés de la chute en communauté. C'est ainsi que la loi introduit le régime de la communauté réduite aux acquêts et définit plus nettement les droits de la femme. Si celle-ci ne peut plus désormais renoncer, toutefois contre le passif de son mari, la femme reste protégée par le bénéfice d'émolument. Chaque époux peut exercer une pleine maîtrise sur ses gains et salaires, sur la jouissance de ses propres et finalement sur ses propres eux-mêmes. Si la gestion de la communauté est unitaire, les actes de dispositions sont gérés conjointement. Le mari garde, cependant, quelques prérogatives : il signe à côté de son épouse (en ce sens les articles nouveaux 1419, alinéa 1^{er} et 1420, alinéa 2 déterminent les conséquences du consentement du mari). Par ailleurs, les articles 221 et 222 posent des présomptions de pouvoir : les conjoints sont mariés dans leurs rapports internes et célibataires à l'égard des tiers. Notons toutefois que cette prépondérance laissée encore au mari par la loi de 1965 sur l'administration de la communauté, s'achèvera avec la loi du 23 décembre 1985, pour laisser place à la bilatéralisation du pouvoir d'administrer cette dernière.

Le principe d'égalité est aussi reconnu entre les deux parents. La loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale abolit la puissance

paternelle au profit d'une autorité parentale fondée sur les besoins et l'intérêt de l'enfant. Jean Carbonnier s'interroge toutefois sur le bien-fondé de cette loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, estimant « qu'aucune institution juridique, pas plus la *patria potestas* romaine que la puissance paternelle du Code Napoléon, n'a jamais empêché la mère de jouer un rôle moralement capital dans l'éducation des enfants » (Carbonnier, 1995, 87). Il en conclut que le progrès de cette loi est d'avoir juridiciser davantage la condition féminine.

Quant au principe de liberté, Jean Carbonnier rappelle qu'il est le souffle de toute la refonte du Code civil. Avec la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, la liberté des conventions matrimoniales est maintenue. Il est possible de choisir la séparation de biens, la participation aux acquêts, de faire une clause de main commune, de restaurer un fragment de la communauté, ancien style, en remplaçant la femme sous l'autorité maritale quant à la jouissance et à la gestion de ses propres. Le nouveau modèle matrimonial veut à la fois la communauté et l'indépendance. Le législateur a ainsi multiplié les passerelles pour s'assurer de l'effectivité de la loi.

De même, en matière de divorce, la loi du 11 juillet 1975 (Carbonnier, 1995, 131-167) a remis en cause l'homogénéité fictive de la famille légitime et a entériné le principe de liberté en posant des dispositions juridiques qui donnent aux individus un éventail de choix : à côté du divorce pour faute, la loi permet le divorce par consentement mutuel, le divorce remède constatant la séparation de fait ou l'altération des facultés mentales, enfin le divorce demandé par l'un et accepté par l'autre qui est une sorte de divorce faillite limité. Jean Carbonnier le dira lui-même. Le projet de loi visait à faire du divorce une institution moins abstraite, susceptible d'être adaptée à la multiplication des situations. Il insiste sur le fait que la rédaction du projet de loi sur le divorce s'est prononcée pour un système pluraliste des causes du divorce. Mais il ajoute aussitôt qu'à défaut de ce pluralisme légal, « il y aurait eu un pluralisme judiciaire à travers des appréciations de fait irréductibles les unes des autres – avec le danger d'une inégalité territoriale dans l'application de la loi » (Carbonnier, 1995, 144).

Concernant la réforme de l'âge de la majorité, Jean Carbonnier rappelle qu'elle n'a pas été simple, et qu'elle n'est pas des moins théâtrales dans ses conséquences. Si l'âge de la majorité était de

21 ans depuis 1792, de fil en aiguille, elle est descendue à 18 ans, suscitant à la fois des espoirs et des craintes. En effet, avec cette loi du 5 juillet 1974, d'un côté les politiciens voyaient entrer dans le corps électoral ces jeunes, de l'autre des praticiens craignaient que, sous des dehors d'une parfaite capacité, les jeunes soient inexpérimentés, insolubles, témoignant ainsi de tous ces défauts qui font le charme de la jeunesse. Quand Jean Carbonnier évoque cette loi, c'est pour affirmer que cette modification a des retentissements, « qu'à toute réforme partielle, l'ensemble du système réagira » (Carbonnier, 1995, 126). Pour les moins de 18 ans, il rappelle qu'ils ne pourront échapper aux législations protectrices qui leur sont applicables. Pour ceux de plus de 18 ans, il souligne qu'une proclamation d'indépendance juridique n'est qu'un faux-semblant si, faute de ressources personnelles, le majeur doit rester économiquement dépendant de ses parents. La poursuite des études, les difficultés du premier emploi, affirme-t-il, placent *de facto* des catégories entières de néo-majeurs en état de minorité prolongée. Pour Jean Carbonnier, le droit commun recèle encore bien d'autres ressources : l'opposition à mariage, l'annulation des contrats par erreur, dol ou violence dès que les vices du consentement sont appréciés *in concreto*, le cautionnement parental que la pratique a inventé pour remédier au manque d'argent des jeunes majeurs (Carbonnier, 1995, 126-129), des éléments divers qui pourront miner la capacité des jeunes.

Conclusion

Ce domaine du droit civil de la famille s'est considérablement modifié ces dernières années¹² : création du pacte de solidarité qui élargit la notion de couple conjugal à l'homosexualité, renforcement du statut du dernier mariage¹³, égalité des droits des enfants adultérins et des enfants légitimes quels que soient les engagements

12. Le droit des personnes et de la famille a été de nombreuses fois réformé depuis 1999 : le pacte de solidarité (loi du 15 novembre 1999) ; la prestation compensatoire en matière de divorce (loi du 30 juin 2000) ; les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins (loi du 3 décembre 2001) ; l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État (loi du 22 janvier 2002) ; l'autorité parentale (loi du 4 mars 2002) ; le nom de famille (lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003) ; le divorce (loi du 26 mai 2004) ; la filiation (ordonnance du 4 juillet 2005).

13. Le dernier époux ou la dernière épouse sont désormais protégés par rapport à l'ensemble des héritiers. Le conjoint survivant est passé au deuxième rang de la succession et il a le droit de bénéficier du logement conjugal jusqu'à la fin de ses jours.

conjugaux de leurs parents, rééquilibrage du rôle du père dans l'éducation des enfants et égalisation des droits des enfants quelles que soient leur filiation et la situation conjugale de leurs parents, absence de conséquences du divorce sur l'exercice de l'autorité parentale, altération définitive du lien conjugal au bout de deux ans de séparation.

Comme l'avait justement souligné Jean Carbonnier, la société française a évolué vers une pluralité de modèles familiaux. Les couples ont aujourd'hui plusieurs options pour organiser leur vie commune. Ils ne s'enferment plus dans un modèle familial figé, mais peuvent éprouver différents modes d'organisation en fonction de ce qu'ils vivent. Le législateur a pris en compte la pluralité des tempéraments, des convictions et des traditions. La loi peut ainsi être commune sans être uniforme, en aménageant aux individus des options, des facultés, des possibilités de volonté contraire. Toutefois, Jean Carbonnier à propos de cette inflation législative en droit civil de la famille rappelle que beaucoup considèrent ce mouvement comme irréversible. Pour lui, demeure une autre voie, celle de l'empirisme. « Il faudrait (...), écrit-il dans ses *Essais*, quelques critères de non-intervention législative et persuader le législateur qu'il n'est pas moins législateur quand il repousse la tentation de légiférer. » Si les bonnes lois sont d'argent, le silence législatif est d'or. Il n'est que de lire l'admirable article 4 du Code civil : « Le silence de la loi n'arrête pas le cours de la justice. Prétexte, d'ailleurs que ce silence : les juges n'ont qu'à l'écouter. Leur équité – même plus simplement leur refus de condamner le fait est, comme eût dit Joël Bousquet, traduit du silence » (Carbonnier, 1995, 313).

Edwige RUDE-ANTOINE

Chargée de recherche CERSES/CNRS UMR 8137

Université René-Descartes, Paris V

rude-antoine@club-internet.fr

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Carbonnier J., 2004 a, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, Paris, PUF, coll. « Thémis ».
- Carbonnier J., 2004 b, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^e éd.
- Carbonnier J., 2001, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd.

- Carbonnier J., 1995, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^e éd.
- Carbonnier J., 1991, *Une législation revisitée comme un champ de bataille*, in Hommage à Ioanni Deliyannis, Université de Thessalonique, p. 227-238.
- Carbonnier J., 1989, « Sur un air de famille », in I. Théry et C. Biet (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Imprimerie nationale, Centre Georges-Pompidou.
- Théry I., 1993, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob.