



HAL
open science

Pour une théorie contractualiste de la famille

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Pour une théorie contractualiste de la famille. Séminaire Genre, Droit, Discriminations, Lise (Conservatoire National des Arts et Métiers), Jun 2019, Paris, France. hal-02151870

HAL Id: hal-02151870

<https://hal.science/hal-02151870>

Submitted on 10 Jun 2019

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.

Pour une théorie contractualiste de la famille

Daniel Borrillo

Si autrefois, les valeurs chrétiennes encadraient la vie des couples et des familles, au cours de ces cinquante dernières années, le modèle dominant de la famille nucléaire unie pour la vie a volé en éclats.

Pour certains, le mariage est une simple association de convenance à la fois psychologique et économique. Pour d'autres, le lien conjugal demeure indissoluble et l'individu doit être au service de la famille. Certains, ont une conception romantique de la vie familiale, d'autres préfèrent la dimension « révolution sexuelle » des années 70. Les croyants sont nombreux à considérer le mariage comme un sacrement et la famille comme une nécessité sociale. Pour d'autres, la vie maritale est le tombeau de l'amour.

Les impératifs économiques, la circulation accrue des personnes, l'égalité des femmes et la reconnaissance des sexualités minoritaires ont changé en profondeur les agencements familiaux. Ils coexistent ainsi en Europe des ménages solitaires, des familles monoparentales, pluriparentales, recomposées, ou homoparentales, des couples binationaux, des groupes domestiques élargis et des familles issues de l'immigration. Dans une même société cohabitent plusieurs manières de concevoir les relations dans le couple ainsi qu'entre les parents et les enfants.

Face à cette réalité multiple, l'Etat ne devrait-il pas reconnaître la légitimité d'un tel pluralisme et ne privilégier aucune forme familiale sur une autre, sous peine d'agir de manière discriminatoire compromettant ainsi les principes de liberté et d'égalité ?

Dans nos sociétés démocratiques, la cohésion sociale ne peut plus se fonder sur une morale commune. Dans un monde désacralisé et désenchanté - pour reprendre l'expression de Max Weber - le sens commun et le sens juridique qui le prolonge ne devrait-il pas reposer désormais que sur le droit ?

La pluralité religieuse, la variété d'origines, les différentes opinions politiques et la diversité culturelle rendent impossible une communauté de valeurs morales.

Dans un monde globalisé, à l'ère du numérique et de la robotique, ce ne sont pas tant les prescriptions morales qui organisent le monde commun que les principes juridiques. La vertu, la compassion, l'amour, la charité, la perfection, la foi où le sentiment d'appartenance, ne sont plus capables d'agencer un socle consensuel sur lequel puisse prendre appuie la vie en société. A leur place, des principes juridiques tels que l'égalité, l'autonomie de la volonté, le consentement, la laïcité ou le respect de l'intégrité d'autrui (*noli me tangere*).... constituent les piliers permettant d'organiser l'ordre social.

La famille, dans sa dimension traditionnelle, serait morte¹ car ses fondements ne prendraient plus racine dans une morale commune (autorité indiscutable du père, indissolubilité du lien matrimonial, subordination des femmes, sentiment de fraternité, finalité reproductive du mariage, transmission de valeurs....) mais dans les différents intérêts individuels qui la composent.

Désormais, ce seraient les affinités choisies qui font famille et non plus les cadres institutionnels imposés. C'est dans ce contexte qu'il nous est possible de penser le fait familial. C'est-à-dire, à partir de la pluralité de formes qu'il adopte et non pas en fonction d'une vision modélisée de celui-ci, selon laquelle la famille apparaît comme une organisation naturelle antérieure au politique. Ce fut, cependant, cette conception qui a été cristallisée dans

¹ D. Cooper, *La mort de la famille*, Seuil, Paris, 1975.

les principales constitutions nationales lorsque celles-ci désignent le phénomène familial comme une « société naturelle »², le fondement de la Nation³ et de la République⁴, le « groupement primaire, naturel et fondamental de la société » ou encore une « institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive »⁵. En revanche, les conventions européennes ont mis l'accent sur le droit de l'individu à la vie familiale⁶. Si bien que les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), adoptent une approche souple tenant compte de la diversité des formes familiales, ainsi que des implications du divorce et des progrès scientifiques en matière de procréation. Dans les démocraties modernes, la base juridique de la société est l'individu. Celui-ci apparaît comme le créancier d'un droit subjectif à la vie familiale protégée par les instruments européens des droits fondamentaux. Le choix de fonder une famille relève d'une décision personnelle et intime. Aussi, les juges de Strasbourg ont reconnu l'existence d'un « lien de parenté *de facto* » entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne⁷, la validité du mariage d'un individu transgenre et de son futur conjoint de même sexe biologique⁸ ou encore le droit pour les homosexuels d'adopter un enfant⁹. La CEDH promeut donc une forme de libéralisme familial entendu comme faculté de l'individu d'organiser sa vie privée et domestique et non pas comme un statut du groupe. Le pluralisme est exclu uniquement lorsqu'il aboutit à l'atteinte des droits individuels : violence domestique, inégalité des filiations, discriminations des femmes, non reconnaissance des couples de même sexe, séparations des enfants....

Lorsque j'utilise le terme contractualisation, je ne fais pas référence à ce que, traditionnellement, les juristes comprennent par contrat, c'est-à-dire une relation exclusivement patrimoniale. Je me sers de ce terme dans le sens plus large de convention ou pacte, car je prétends également y faire rentrer des relations extrapatrimoniales.

C'est surtout l'idée de convention qui constitue l'arrière fond de mon analyse en particulier lorsqu'elle fait référence à deux questions capitales. D'abord, la convention est ce qui résulte d'un accord, d'une volonté humaine, contrairement à l'idée de nature qui renvoie à ce qui est spontané et indépendant de cette volonté. Contractualiser signifie donc faire sortir la famille de l'évidence de ce qui est naturel, nécessaire et universel pour la porter sur le terrain de ce qui est relatif, historique et culturel. Puis, placer la vie domestique sur le champ de la convention facilite la création d'une sphère intime dans laquelle les individus sont capables de s'autoréguler. Il s'agit donc de potentialiser l'autodétermination individuelle des membres de la famille en promouvant la liberté, l'égalité¹⁰ et la diversité. La dépénalisation de l'adultère, l'égalité des enfants naturels, le divorce par commun accord, l'égalité de la femme mariée, le

² Constitution italienne du 27 décembre 1947 (art. 29).

³ Selon l'article Art 119 de la Constitution allemande de 1919 : « Le mariage en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution. Il repose sur l'égalité des droits des deux sexes. Il incombe à l'Etat et aux communes de veiller à la pureté, à la santé et à l'amélioration sociale de la famille. Les familles nombreuses ont droit à des mesures qui compensent leurs charges. La maternité a droit à la protection et à la sollicitude de l'Etat ».

⁴ Constitution française du 4 novembre 1848, Préambule, art. IV : « [La République] a pour principe la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre Public ».

⁵ Constitution d'Irlande de 1937 (art. 41).

⁶ Art. 8-1 de la *Convention Européenne des droits de l'Homme* : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». L'article 7 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* reprend exactement les mêmes termes.

⁷ CEDH, *X.Y.Z. c/ Royaume-Uni*, 22/04/1997.

⁸ CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11/07/2002.

⁹ CEDH, *E.B. c/France*, 22/01/2008.

¹⁰ Voir p.e. la loi du 13 juillet 1965 laquelle, en modifiant le droit des régimes patrimoniaux, vint consacrer l'égalité entre époux.

contrôle de natalité et l'autorité parentale partagée constituent tant d'exemples de la contractualisation du droit de famille.

Toutefois, ce processus de subjectivation n'a pas été mené à terme et demeurent encore plusieurs situations qui résistent au caractère progressif de contingence et polymorphisme du phénomène familial. La famille apparaît progressivement comme un instrument d'autoréalisation des membres qui la composent plutôt que comme une fin en soi. Contrairement au foyer traditionnel, les familles contemporaines ne rempliraient plus les fonctions sociales élémentaires comme la transmission des normes, la protection économique, la solidarité intergénérationnelle... tâches révolues à l'Etat-providence qui, depuis l'après-guerre, assure la solidarité patrimoniale élémentaire. Et, même la fonction biologique de reproduction n'est plus le monopole des familles depuis l'accès à l'adoption plénière et aux techniques de reproduction médicalement assistée pour les individus seuls ou en couple stérile (PMA, GPA).

La contractualisation et la déjudiciarisation du contentieux familial constituent les outils permettant d'accompagner ce processus de subjectivation qui place la famille au sein de la vie privée et non plus comme une institution publique. Au communisme familialiste des sociétés traditionnelles, la modernité fait émerger l'individuation domestique de type relationnel et non plus institutionnel¹¹. Le seul moyen de garantir la pluralité et la démocratie familiale est celui où l'Etat se bornerait à protéger des contrats privés, ce qu'Ogien a appelé de manière éclatante « le mariage minimal »¹². Après tout, vivre en couple ou fonder une famille est un choix de vie personnel, qui n'a pas à être ni promu ni limité par les pouvoirs publics.

Dans nos sociétés ouvertes, le fait familial prend des formes multiples et variées. Paradoxalement, alors que tous les sondages d'opinion mettent en évidence l'attachement des français à la famille, celle-ci apparaît de nos jours plus que jamais éclatée. Le nombre de mariages ne cesse de diminuer et les enfants nés hors mariage représentent 60% des naissances (INSEE 2018). Les formes plus souples d'union (concubinage et PaCS) continuent à être plébiscitées. Presque deux millions d'enfants vivent en familles recomposées souvent avec d'enfants d'anciennes unions. Le nombre de familles monoparentales ne cesse de croître depuis quarante ans, elles sont aujourd'hui trois fois plus nombreuses qu'en 1968. Plus notre société se dit attachée aux valeurs familiales plus on divorce. Et pour cause, la moitié des couples se séparent en moyenne après cinq ans de vie commune. Le sentiment semble le seul socle du lien conjugal qui est entretenu uniquement dans la mesure où les partenaires trouvent une satisfaction suffisante pour souhaiter y demeurer¹³. Comme l'a bien montré Giddens, conjugalité, maternité, paternité, amour, sexe et famille se conjuguent dans la diversité. Déjà dans les années 1950, Carbonnier affirmait que « l'histoire de notre droit civil du mariage depuis cinquante ans est l'histoire d'une libération continue »¹⁴. Ce processus s'accélèrera à la fin des années 1960 grâce à une révolution sociétale qui remet en cause les fondements même de la famille traditionnelle. La libéralisation de la contraception en 1967 et la dépénalisation de l'avortement en 1975 préfigurent la révolution de la vie privée aussi bien sur le plan du couple que sur celui de la filiation. Le cadre normatif permettant d'organiser une telle situation ne peut plus reposer sur l'autorité du chef de famille (*pater familias*) mais sur la négociation.

La naturalisation des liens familiaux s'accommode parfaitement d'un certain déterminisme social et politique. Rawls a raison d'affirmer que le principe d'égalité de chances ne peut se réaliser que partiellement et d'une manière imparfaite tant qu'il existe la famille. Et ceci est

¹¹ F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993.

¹² R. Ogien, « Le mariage prisonnier de l'Etat », *Contemporary French Civilisation* vol. 39-3, 2014.

¹³ A. Giddens, *Modernity and Self-Identity*, Polity Press, 1991.

¹⁴ J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, LGDJ, Paris, 1950.

d'autant plus pertinent dans les pays de droit continental où le système successoral non seulement porte atteinte à la liberté patrimoniale mais participe aussi à la diminution de l'égalité globale de la société.

Considérer la vie conjugale comme un chapitre de la vie privée est devenu une évidence depuis l'adoption de la loi de 1975 introduisant le divorce par consentement mutuel. La contractualisation des liens conjugaux apparaît non seulement comme le fruit de l'évolution des mœurs mais aussi comme l'espace d'affirmation des valeurs d'autonomie et d'égalité des individus. Ainsi, la loi du 4 juin 1970 met fin à la notion de chef de famille et institue l'autorité parentale partagée en lieu et place de la puissance paternelle. La réforme du nom patronymique en 2002, octroie une place plus importante à l'expression des volontés individuelles : les parents ont désormais la possibilité de choisir de transmettre à leur descendance le nom du père, celui de la mère, ou leurs deux noms accolés. Et le divorce par consentement mutuel sans juge, mis en place par la loi du 18 novembre 2016, constitue un pas de plus dans le long processus de privatisation de la vie conjugale. Toutefois, un certain nombre de situations imposées par l'Etat, signe du passé institutionnel du mariage, empêchent d'aller jusqu'au bout de la théorie contractuelle, comme les empêchement au mariage, la publication des bans à la porte des mairies, le devoir conjugal (cohabitation charnelle), l'obligation de fidélité, le domicile commun obligatoire, la création d'un lien juridique avec la belle famille (alliance), l'imposition d'un régime économique, les devoirs d'entraide entre adultes, la réserve héréditaire, la présomption de paternité.... Les conjoints sont ainsi prisonniers de l'ordre public imposé par l'article 1388 du code civil : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle ».

Ce sont les liens de parenté qui résistent le plus à ce processus de contractualisation au nom de principes transcendants mais aussi en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout se passe comme si, dans un univers en pleine mutation, l'institutionnalisation de la filiation permettait de garantir la stabilité des liens familiaux. Au moment même d'introduire au sein du fait familial la double aspiration à la liberté et à l'égalité, une réaction conservatrice vient contrebalancer cet espoir en restaurant une logique biologisante : la filiation sera désormais davantage calquée sur le modèle de la reproduction. Au « désordre démocratique » il faut dorénavant opposer l'ordre rassurant de la filiation instituée. La vulgate psychanalytique et une certaine expertise officielle se sont alliées pour « sauver » l'institution familiale face à « l'individualisme désintégrateur » et, pour ce faire, leurs discours se sont articulés autour de la filiation. Pour les conservateurs, la famille ne peut pas se concevoir comme une réalité produite par la volonté des individus mais elle doit être instituée en référence à des finalités supérieures.

Ce mouvement de renforcement de la dimension institutionnelle de la parenté se fonde sur la confusion entretenue entre procréation et filiation. Cependant, si l'engendrement relève du biologique, la filiation constitue un événement éminemment conventionnel. Elle peut certes tenir compte du fait naturel mais, en tant que dispositif d'agencement parental, la filiation répond à des règles propres, affranchies de la nature. En Occident, la morale des barbares (ordalies) et le droit canonique (*copula carnalis*) eurent en commun la vérité du corps comme fondement du lien juridique, contrairement à la civilisation romaine dans laquelle la volonté (l'esprit) constituait la clé de voûte de l'organisation juridique¹⁵. Si le droit public s'est tourné vers Athènes pour penser le fondement politique dans la délibération démocratique du peuple, le droit privé devrait parachever le retour à Rome, commencé par la Révolution française, et

¹⁵ J-P. Baud, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Le Seuil, Paris, 1993.

poser également comme assise de la vie privée la délibération et la négociation des individus dans la sphère domestique. Ainsi, le droit moderne opèrerait un retour aux règles du droit civil romain, octroyant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens de filiation et donnant à la *fictio legis*, en tant que dispositif de promotion de la justice, une place éminente. Car désormais, ce qui compterait ce ne sont pas tant les racines naturelles des institutions juridiques mais les instruments techniques capables de garantir certains effets sociaux (comme par exemple la paix des familles ou la solidarité volontaire entre les générations). Le problème semble provenir de l'imperméabilité du fait familial à cette logique conventionnelle. Pourtant, de nos jours, le processus de démocratisation de la sphère intime préfigure le type d'instrument susceptible de mieux réguler les relations intrafamiliales : le contrat¹⁶. Il s'agirait d'une sorte de citoyenneté familiale fondée sur le principe d'autonomie, sur les relations libres et égales et sur la capacité individuelle à délibérer, à choisir, à négocier les divers cours possibles de l'organisation domestique. La régulation de type conventionnel serait d'autant plus pertinente que le contrat du XXIème siècle comprend aussi une dimension protectrice. Il suffit, pour ce faire, de considérer l'évolution du droit de la consommation ou l'introduction de la notion d'ordre public économique¹⁷ qui permet de maintenir l'autonomie de la volonté tout en protégeant la partie la plus faible de la relation contractuelle. En tout état de cause, il est permis de se demander pourquoi, dans une société d'individus telle la nôtre, tout se passe comme si la vie de couple devenait synonyme d'abdication de la liberté, si bien que des obligations et parfois des privilèges s'imposent sans que le consentement individuel ne soit nullement sollicité.

Cette méfiance de l'individu apparaît non seulement sur le plan horizontal du couple mais aussi et surtout sur le plan vertical de la filiation où l'avènement des techniques de procréation artificielle, permettant la dissociation entre sexualité et reproduction, a provoqué une panique morale¹⁸ amplifiée par les médias et exploitée par certains courants conservateurs. Afin de rassurer l'opinion publique, la classe politique, au lieu d'assumer les principes du droit civil de la famille (permettant d'actualiser les vieilles règles qui gouvernent la conjugalité et la parenté), s'est abritée derrière l'ombre rassurante des experts (psychanalystes, généticiens, anthropologues, théologiens...)¹⁹ pour penser (ou à vrai dire pour ne pas penser) les nouvelles normes familiales. Aussi, A. Burguière a raison d'affirmer que « la désacralisation de la relation conjugale (...) tend, par ricochet, à résacraliser les relations de filiation comme si elles étaient le seul support d'une solidarité familiale authentique »²⁰. Ce retour du sacré passe par l'importance croissante du biologique dans la construction des liens filiaux. Si bien que la Cour de cassation, dans un célèbre arrêt du 28 mars 2000, va théoriser la prééminence de la vérité biologique. La distinction traditionnelle entre reproduction (fait biologique) et filiation (fait culturel), fondement du droit civil moderne, se trouve ainsi questionnée. Non pas à partir d'arguments classiques provenant du droit canonique, mais par un double dispositif qui fera de la différence des sexes une condition *sine qua non* de la filiation et placera à l'expertise sanguine et la preuve d'ADN au cœur du dispositif juridique de la parenté.

Les lois de bioéthique de 1994, anticipant la revendication des futurs parents gays et lesbiens, avaient pris soin de réserver l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels. La peur d'une filiation unisexuée, fruit de la reconnaissance d'un droit

¹⁶ X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Septentrion, Paris, 1996.

¹⁷ La notion d'ordre public économique (ou ordre public de protection) fut introduite par Georges Ripert en 1934 pour la distinguer de l'ordre public classique (de direction).

¹⁸ R. Ogien, *La panique morale*, Grasset, Paris, 2004.

¹⁹ E. Fassin, « La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique » in D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du PaCS*, PUF, Paris, 1999.

²⁰ A. Burguière, « La famille sous l'éclairage de l'histoire », *Figures de la Psychanalyse*, 2/2015 n° 30.

à la filiation pour les couples de même sexe, a eu comme résultat de modifier radicalement la notion juridique de filiation conçue désormais comme un événement naturel ou naturalisable²¹. La crainte de l'institutionnalisation de l'homoparenté et la foi dans la preuve biologique (sanguine ou génétique) affaiblirent d'autres figures de la filiation qui reposent sur la volonté et sur le vécu. Les grands principes démocratiques autour desquels s'articule le droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi se trouvent ainsi déplacés au profit des nouvelles prescriptions fondées sur l'ordre symbolique de la différence de sexes, la vérité biologique, l'accès aux origines, la structuration psychique des enfants ou la dignité humaine.

La tension entre vérité objective et vérité affective ne risque-t-elle pas de remettre en question d'autres formes d'accès à la filiation comme l'adoption plénière, la PMA avec donneur ou tout simplement les familles monoparentales ? La naturalisation de l'ordre juridique ne constitue-t-elle pas un nouveau dogme susceptible de paralyser le débat démocratique ? Et l'exigence de la différence des sexes pour la PMA n'occulte-t-elle pas une forme inavouée d'homophobie ? La prééminence du biologique ne favorisera-t-elle pas une nouvelle hiérarchie des filiations ?

Face à l'angoisse des nouvelles formes de parenté, ne risquons-nous pas de nous réfugier derrière des certitudes biologiques ? Peut-on considérer que tout individu construit son identité principalement sur la base du patrimoine génétique transmis ? La différence de sexes ou la vérité biologique peuvent-elles constituer un statut symbolique supérieur à celui de la volonté et des affects ?

La famille n'existe pas

La famille, en tant que telle, est dépourvue d'existence juridique. Seule la personne physique (l'individu) ou la personne morale (société, Etat, fondation...) constituent des sujets de droit. Le code civil français ne contient aucun titre ni aucun chapitre relatif à la famille. Celle-ci se trouve de manière implicite dans les relations interindividuelles d'alliance (mariage, PaCS, concubinage) ou de filiation (charnelle, adoptive, assistance médicale à la procréation...). Depuis la Révolution, uniquement l'individu apparaît comme titulaire de droits familiaux. La famille n'est pas une personne juridique et seules les relations familiales sont susceptibles de régulation.

Si le code Napoléon a beaucoup nuancé la dimension contractuelle du mariage, il ne faut pas oublier que la Constitution de 1791 donnait à celui-ci une dimension purement conventionnelle. Ainsi, son article 7 établissait que « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Conformément à l'esprit de ladite constitution, l'Assemblée votait le 20 septembre 1792 une loi sur l'état civil dans laquelle était établi que le mariage est dissoluble par le divorce sans juge (Titre IV section V, art. 1^{er}).

Sacrement sous l'Ancien Régime²², contrat pour la Constitution de la Première République, institution pour le code Napoléon, le mariage n'est en réalité qu'un formidable révélateur de l'état des mentalités. La famille est une construction sociale²³. Les diverses formes qu'elle a adoptée tout au long de l'histoire nous oblige, par soucis de précision, à utiliser le terme au

²¹ E. Fassin, « La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction », *Journal des anthropologues*, numéro spécial Médecine et biologie : chimères et production du social, 88-89, 2002, pp. 103-122.

²² Le mariage apparaît comme un sacrement à côté du baptême, l'eucharistie et la pénitence au XII^{ème} siècle lorsque le Pape Lucius III décide de l'introduire dans un décret de 1184 contre les hérétiques. Plus tard Grégoire IX introduit le mariage dans la liste de sept sacrements (1234).

²³ R. Lenoir, « Politique familiale et construction sociale de la famille », *Revue Française de Science Politique*, 1991, N°6 Vol. 41 pp. 781-807.

pluriel : familles plutôt que famille ou même « agencements familiaux », pour nous référer aussi, avec plus de justesse, à ces nouvelles formes de cohabitation informelle. La famille, au singulier, en tant que modèle d'organisation de la vie privée, s'impose souvent comme une évidence malgré les contours disparates que cette institution prend dans la vie réelle²⁴. La naturalisation du phénomène familial n'est pas le propre de la pensée théologique, elle apparaît également chez les théoriciens contractualistes, alors même que ce sont eux qui ont inventé la conception culturaliste des liens sociaux. Ainsi, Rousseau affirme que « la plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille »²⁵. Locke voit dans celle-ci la communauté, la plus proche de l'état de nature. Plus tard, Portalis lors de l'élaboration du Code Napoléon affirmera : « Le mariage a précédé toute loi positive ; dérivé de la constitution même de notre être, il n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs »²⁶. Et, si pour Rousseau, le pouvoir ne doit pas être fondé sur le modèle familial, l'ordre patriarcal demeure incontestable à l'intérieure de la domesticité : « La famille est donc, si l'on veut, le premier modèle des sociétés politiques: le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants; et tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité »²⁷. La rupture avec le naturalisme en matière politique n'a pas trouvé chez les libéraux un équivalent sur le terrain familial. Certes, il s'agit de critiquer la théorie conservatrice²⁸ qui prétend fonder l'Etat sur l'ordre naturel des familles tel que le paternalisme de Bossuet ou de Filmer l'avait fait au XVIIème siècle mais en considérant le fait familial comme antérieur au contrat social, les contractualistes perpétuent la naturalisation de celui-ci. Ni Hobbes, ni Rousseau ni Locke ni Constant n'ont pris comme objet d'analyse la famille en tant que telle : la société familiale est substantiellement différente de la société politique²⁹. La différence entre les libéraux et les conservateurs réside sur le fait que ces derniers considèrent que la société politique est fondée sur le pouvoir paternel alors que les premiers estiment qu'elle doit être fondée sur la volonté mais tous deux sont d'accord sur la qualité naturelle de la société domestique. Cette conception va jusqu'à se cristalliser dans L'Encyclopédie de Diderot et D'Alembert :

FAMILLE, (*Droit nat.*) en latin, *familia*. Société domestique qui constitue le premier des états accessoires & naturels de l'homme. En effet, une *famille* est une société civile, établie par la nature : cette société est la plus naturelle & la plus ancienne de toutes : elle sert de fondement à la société nationale ; car un peuple ou une nation, n'est qu'un composé de plusieurs *familles*.

Le fait familial est ainsi présenté comme la part naturelle du monde social et, en ce sens, il est nécessairement pré-politique. Si le pouvoir politique est désormais fondé sur la raison et le contrat, le pouvoir domestique demeure exempt de cette refondation, autrement dit, la rupture opérée au niveau de la société civile par rapport à la tradition n'aura pas lieu en matière familiale car elle sera toujours conçue dans cette continuité apolitique.

En comprenant ainsi la famille, les théoriciens libéraux ont prolongé une idéologie naturaliste de l'organisation familiale en les empêchant de voir ce que bien plus tard les théories

²⁴ M. Borgetto, Métaphore de la famille et idéologies, in *Le droit non civil de la famille*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 1983, Presses universitaires de France, pp. 1-21.

²⁵ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, Chapitre 1.2, 1762.

²⁶ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil. Écrits et discours juridiques et politiques*, (1801), PUAM, Coll. des Publications du Centre de philosophie du droit, 1988, p. 37.

²⁷ Rousseau, *op. cit.*

²⁸ A. Verjus, Du patriarcalisme au paternalisme : les modèles familiaux de l'autorité politique dans les Républiques de France et d'Amérique in P. Serna, *Républiques sœurs le Directoire et la Révolution atlantique*, Presses universitaires de Rennes, pp.35-52, 2009.

²⁹ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, §84.

féministes ont mis en lumière : c'est au sein du modèle familial que s'articulent les formes les plus archaïques du pouvoir³⁰. En renvoyant le fait familial à l'espace « naturel », les grands théoriciens du politique se sont privés d'un terrain particulièrement fécond d'observation et d'analyse. La situation est si étonnante qu'il est légitime de se demander si cette naturalisation de la famille ne constitue la limite effective de leur pensée.

Cette *Weltanschauung* n'a pas tardé à produire ses effets : la famille deviendra l'espace le plus tardif à être politisé et le plus difficile à démocratiser. Michel Borgetto a bien montré comment la métaphore familiale a gardé sa force après la Révolution en déplaçant la question de l'autorité naturelle du père (le roi) vers celle de la Nation comme une grande patrie fraternelle. Cette idéologie « suggère qu'il existe entre toutes les composantes de la société une parenté naturelle ou élective et une solidarité d'intérêts et de sentiments qui transcendent toutes les divisions. Elle culpabilise et accuse implicitement ceux qui inclinent à rompre les liens familiaux et l'unanimité qu'ils impliquent... »³¹. Ceci étant dit, il est certain aussi que les théoriciens du contrat, en réfléchissant de manière critique à l'origine de l'autorité parentale, ont permis d'ouvrir une brèche épistémique dans l'ordre familial leur permettant de penser autrement le fondement de la *patria potestas*³². Ainsi, Locke considère, qu'une fois que les enfants sont élevés, il n'existe aucune raison permettant de justifier l'indissolubilité du *ius nubendi*. Tocqueville, quant à lui, avait aperçu le problème lorsqu'il observe les dynamiques familiales en Amérique, en particulier l'affaiblissement de l'autorité patriarcale dans le passage d'une société aristocratique vers une société démocratique³³. En concevant les hommes et les femmes égales dans la société naturelle de la famille, les théoriciens du contrat, contrairement à ce qui prétend une vulgate post-moderne, n'ont nullement justifié le patriarcat mais au contraire ont permis, à partir de la critique de l'autorité du père, sinon de mettre fin au pouvoir masculin tout au moins de l'affaiblir considérablement dans ses fondements. Cependant, il a manqué un pas, celui consistant à désacraliser la famille en la faisant entrer dans la grille de lecture de la société civile (le contrat) pour penser la première à partir de la liberté et l'égalité des individus (hommes ou femmes) qui la composent et non pas comme un élément naturel. La vision contractualiste des liens sociaux constitue la base d'une construction démocratique de la vie domestique. Pour ce faire, il suffirait de rendre le contrat familial sexuellement neutre plutôt que de dénoncer le caractère patriarcal comme étant de l'essence même de la fiction contractualiste³⁴. A vouloir jeter le bébé avec l'eau du bain, un certain féminisme matérialiste a privé la pensée critique du véritable outil d'émancipation politique : le contrat. Ce n'est pas parce que les théoriciens classiques ont décidé de laisser le fait familial en dehors du contrat social qu'il est impossible de le faire rentrer dedans. Il suffirait de fonder la famille aussi sur la libre association des individus. Cela ne veut

³⁰ W. Brown, *Politiques du stigmaté: Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, PUF, 2016.

³¹ M. Borgetto, *op. cit.* p. 17.

³² « Le pouvoir donc que les pères et les mères ont sur leurs enfants, dérive de cette obligation où sont les pères et les mères de prendre soin de leurs enfants durant l'état imparfait de leur enfance. Ils sont obligés de les instruire, de cultiver leur esprit, de régler leurs actions, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de raison, et qu'ils puissent se conduire eux-mêmes. (...) Mais lorsqu'il est parvenu à cet état qui a rendu son père un homme libre, le fils devient homme libre aussi. J. Locke, *op. cit.* §58

³³ « Dans les pays aristocratiquement et hiérarchiquement organisés, le pouvoir ne s'adresse jamais directement à l'ensemble des gouvernés. Les hommes tenant les uns aux autres, on se borne à conduire les premiers. Le reste suit. Ceci s'applique à la famille comme à toutes les associations qui ont un chef. Chez les peuples aristocratiques, la société ne connaît, à vrai dire, que le père. Elle ne tient les fils que par les mains du père ; elle le gouverne et il les gouverne. Le père n'y a donc pas seulement un droit naturel. On lui donne un droit politique à commander. Il est l'auteur et le soutien de la famille ; il en est aussi le magistrat. Dans les démocraties, où le bras du gouvernement va chercher chaque homme en particulier au milieu de la foule pour le plier isolément aux lois communes, il n'est pas besoin de semblable intermédiaire ; le père n'est aux yeux de la loi, qu'un citoyen plus âgé et plus riche que ses fils. ... » *De la démocratie en Amérique*, Laffont, édition de 1986 p. 559.

³⁴ Tel que le fait C. Pateman, *Le contrat sexuel*, La Découverte, coll. « textes à l'appui », 2010.

nullement dire que le contrat constitue une réalité sociologique, il s'agit, dans cette conception libérale, d'un outil critique capable d'empêcher la justification d'un ordre familial quelconque en dehors de la volonté individuelle.

Or, le danger contre la théorie du mariage-contrat telle qu'elle avait été instituée par la Révolution française ne provint pas seulement de la religion ou de la pensée naturaliste mais aussi de la peur, au début du XX^{ème} siècle, de voir la France se dépeupler de futurs soldats. Boulogne a raison de s'interroger : « Si le mariage n'est qu'un contrat que les individus peuvent conclure et résilier à leur gré, les intérêts supérieurs de la nation sont-ils toujours garantis ? Certains tentent alors de substituer à cette notion de mariage-contrat celle de mariage-institution, de mariage-état qui dépasserait la simple volonté des deux époux, et même celle du Législateur (...) Dans cette conception métaphysique au sens comtien du terme, l'institution matrimoniale devient une idée abstraite et inaltérable, héritière de l'intuition divine que l'on s'est contenté de laïciser sommairement »³⁵. Pourtant, le caractère historique du fait familial avait été démontré par tous les courants sociologiques depuis le XIX^{ème} siècle. Engels expliquait les dynamiques familiales à partir des rapports sociaux de production. La famille étendue d'origine rurale cesse d'être la norme vers la fin du XIX^{ème} siècle, période qui donnera naissance à la famille moderne de type nucléaire³⁶ puis elle devient incertaine³⁷. En moins d'un siècle, toutes les conceptions modéliques de la famille ont volé en éclats. En Occident, les familles sont nucléaires, monoparentales, recomposées, homoparentales, composées d'enfants biologiques, adoptifs ou issus d'une assistance médicale à la procréation. Auparavant, les liens familiaux étaient enracinés dans des statuts et des rôles hiérarchiques prédéterminés. Cette famille instituée relevait moins des choix personnels que des injonctions publiques telles le souci démographique, l'éducation des enfants, l'économie domestique. La volonté d'émancipation des individus de toutes ces formes d'assignation l'a mené vers un processus de privatisation des liens familiaux. Comme l'affirme J. Commaille, « de ce point de vue, le contrat apparaît à la fois comme l'instrument revendiqué par des individus autonomes pour gérer le système d'interactions sociales dont ils tentent d'avoir la maîtrise et comme le moyen le plus adéquat pour les autorités publiques de métamorphoser une régulation des liens familiaux privé qui ne saurait plus s'exercer sur le mode de l'imposé »³⁸.

Après une longue et réfléchie histoire du mariage en Occident, Jean Claude Bologne souligne : « Devenu la conclusion d'une histoire d'amour et non le début d'un nouvel état, le mariage tend à devenir un acte et non plus un statut. Ce n'est plus par son mariage que l'homme trouve sa place dans la société, mais par sa position sociale et son emploi. Il n'y a plus besoin d'être marié pour reconnaître un enfant et en faire son héritier. Quant à la sexualité, depuis la découverte des moyens contraceptifs et de protections efficaces contre les maladies sexuellement transmissibles, elle n'a plus besoin d'être enfermée dans le mariage. Les vieilles justifications du mariage tombent les unes après les autres... »³⁹

Sortir d'une vision naturalisée de la famille passe d'abord par la démonstration de son caractère historique et puis par la proposition d'une autre grille de lecture qui est celle de la prééminence de l'individu. C'est à partir de cette libre association d'individus qu'il faudrait penser le phénomène familial et non pas en fonction d'un principe extérieur quelconque ou toute autre entité transcendante telle la Nature, la cohésion sociale, l'ordre symbolique, la

³⁵ J.-C. Bologne, *Histoire du Mariage en Occident*, Paris, Lattès, 1995, p. 327.

³⁶ T. Parsons, *The Structure of Social Action*, 1937.

³⁷ L. Rousset, *La famille incertaine*, Odile Jacob, Paris, 1989.

³⁸ J. Commaille, « L'économie socio-politique des liens familiaux », *Dialogue*, vol. n° 174, no. 4, 2006, pp. 95-105.

³⁹ J.-C. Bologne, *op.cit.* p. 416.

vérité biologique, le système de parenté, la fonction anthropologique du droit et autres invariants.

La contractualisation des liens familiaux permet de laisser dans les mains des principaux intéressés la limitation et le contenu de la communauté des affects. Les nouvelles formes d'intimités, les nouveaux modes de relation si chers à Foucault, peuvent trouver dans le cadre du contrat une concrétisation juridique.

L'individu ne pourrait donc être opposé au bien commun qui serait la famille. L'aspiration démocratique à la liberté et à l'égalité, loin de constituer une menace pour la cohésion sociale, ne serait que la condition *sine qua non* d'une citoyenneté privée mieux à même de s'articuler avec la citoyenneté publique.

Une théorie politique de l'organisation familiale, conçue à partir de la volonté et de l'autonomie individuelle, loin de délaisser l'intérêt de l'enfant et de déresponsabiliser les adultes, ne permettrait-elle pas de mieux préserver, dans un cadre plus démocratique, les droits et les obligations de chaque membre de la famille ? La responsabilisation des individus s'accompagnerait ainsi d'une responsabilisation de l'Etat en tant que garant de l'égalité des personnes. Par conséquent, le courant institutionnaliste pourrait aussi s'interpréter comme une mouvance de déresponsabilisation de l'Etat par un retour aux solidarités familiales classiques. La famille serait ainsi une question non seulement sociologique et politique mais aussi économique. Et les sciences humaines montrent du reste les évolutions et les bouleversements des familles et la manière dont l'Etat accompagne ou n'accompagne pas les changements sociaux⁴⁰.

Il s'agit pour moi de proposer quelques pistes de réflexion permettant de problématiser autrement notre relation au couple, à la procréation, à la filiation et à la parenté en plaçant ces réalités dans leur dimension historique et en rappelant les principales règles civiles qui gouvernent cette forme spécifique de rapport interindividuel qu'est la famille. Il s'agit enfin de chercher la source des relations familiales dans l'autonomie de la volonté de l'individu et non pas dans l'hétéronomie de l'ordre public ou celui de la Nature. Les parents devraient être celles et ceux qui le désirent, dans le cadre d'un projet responsable, et non pas celles ou ceux que la biologie désigne. La théorie générale du contrat permet d'articuler un droit à la vie familiale plus proche des exigences actuelles de liberté et de diversité en augmentant, de surcroît, le degré d'égalité et de justice sociale.

⁴⁰ A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen, F. Zonabend, *Histoire de la famille*, Armand Colin, Paris, 1994.