

Introduction

La notion de famille à travers les âges et les sources du droit

Alors que le sociologue distingue trois types de famille : **le clan**, groupe de personnes liées par des liens de consanguinité et d'adoption (la tribu étant l'union de plusieurs clans), **la famille patriarcale** fondée sur l'autorité du chef et non pas sur la communauté, **la famille conjugale** créée par le mariage, dont l'existence est remise en cause par le divorce et où seul compte l'individu, le mari, la femme et chacun des enfants, l'historien et l'historien du droit, conscients que la famille subit les tensions de la société et qu'elle ne peut être détachée ni de l'ensemble social, ni du contexte économique, religieux, politique, distinguent la famille romaine **(I)** de la famille d'ancienne France **(II)** qui, elle, contraste avec la famille du Code civil de 1804 **(III)**. D'une époque à l'autre, la structure familiale varie parce que la famille est un carrefour d'influences d'ordre économique, social, religieux, philosophique.

I. La famille romaine

De 753 av. J.-C. jusqu'au II^e siècle avant Jésus-Christ, domine la **famille patriarcale**, la *gens*, fondée sur l'autorité (*patria potestas*) du chef, le *pater familias*, qui a droit de vie et de mort sur ses sujets incapables juridiquement. Tous les descendants lui sont soumis, leurs biens lui appartiennent. Ils sont des *alieni juris*. Cette famille **agnatique** (agnat, ou parents collatéraux) qui repose sur la parenté masculine va perdre de sa cohésion et son organisation autoritaire va faire place à une conception plus individualiste.

Par sa politique de conquête, Rome devient le centre d'un immense empire où l'économie agraire et pastorale disparaît pour laisser place à une civili-

sation de commerce et de consommation. D'autre part, les sources du droit changent. Le droit familial n'est plus régi par la coutume des ancêtres ni par le vieux droit civil issu de la loi des XII Tables. **Dès le début du Haut-Empire (27 av. J.-C.)**, les empereurs se mettent à légiférer en droit public comme en droit privé, en particulier pour réduire l'autorité absolue du *pater familias* afin de protéger les personnes contre ses abus.

À partir du Bas-Empire (284 apr. J.-C.), les empereurs sensibles au christianisme font évoluer le droit de la famille en l'adaptant à certains principes enseignés par la nouvelle religion devenue en 380 religion officielle de l'Empire romain, contribuant ainsi à faire disparaître la famille romaine païenne. Le nouveau droit de la famille est ainsi inspiré par les notions de tolérance, d'égalité entre l'homme et la femme, de *pietas* ou devoir réciproque entre parents et enfants qui corrige le concept ancien de *potestas*. Tous ces éléments nouveaux se conjuguent pour donner à la famille un autre visage. On passe de la *gens* à la *familia* ou *domus* qui repose sur la parenté **cognatique** ou parenté par le sang dans les deux lignes paternelle et maternelle (cognat).

Dans tout l'Empire romain, l'unique source du droit est l'empereur, soit qu'il permette l'application de règles préexistantes, soit qu'il en crée directement des nouvelles. Ces lois par lesquelles l'empereur crée des normes juridiques ont été codifiées au Bas-Empire. Le seul code officiel qui ait été connu dans la Gaule romaine est le Code théodosien promulgué en 438. En effet, les compilations de l'empereur Justinien (527-565) qui n'ont été publiées que dans l'Empire romain d'Orient aux environs de 530 à un moment où l'Empire romain d'Occident avait disparu ne seront connues et étudiées en Occident qu'à partir du XII^e siècle.

II. La famille dans l'ancienne France

En 476 **s'effondre l'Empire romain d'Occident** et sur ses ruines s'édifient des États nouveaux, notamment le royaume franc où se mêlent les usages germaniques et un droit romain très déformé. **La famille à l'époque franque (476-888)** est organisée à l'image du clan germanique perçu comme une association d'intérêts soudée autour du souvenir d'un aïeul commun. Le mariage est un mariage par rapt ou par achat. Le chef du clan exerce sur ses proches le *mundium* qu'il faut entendre comme un droit de correction, de discipline qui cesse pour les garçons à l'âge où

ils prennent les armes. Pour les filles, quand elles se marient, le *mundium* du mari se substitue au *mundium* du père.

À l'opposé du droit romain du Bas-Empire qui est un droit écrit, imposé par voie d'autorité, territorial dont les dispositions ne tiennent pas compte de la nationalité des individus, **le droit des barbares** repose sur des coutumes orales, changeantes dans le temps et variables avec les races (au sens de peuplade). Au contact des Romains, les Barbares comprennent la supériorité de la règle écrite. Aussi rédigent-ils leurs coutumes auxquelles ils donnent le nom romain de *leges*, mais ces règles juridiques n'émanent pas d'autorité législative et ne sont applicables qu'à un peuple. Ainsi la loi nationale des Francs ou loi salique ne régit que les Francs (système de la personnalité des lois) installés en Gaule. Les Gallo-Romains ont conservé le droit romain comme loi personnelle. Même modifié et très altéré, le droit romain du Bas-Empire n'a jamais été complètement oublié pendant le Haut Moyen Âge.

La famille à l'époque féodale (IX^e-XI^e siècle) : dans un monde soumis à l'insécurité permanente où l'on pense qu'un homme ne peut vivre seul et qu'il est avant tout défini par son appartenance à un groupe, l'individu recherche la protection, non pas celle de l'État trop faible, mais celle de ses parents et du groupe familial, ou l'appui d'un seigneur plus puissant que le roi. Se créent ainsi des solidarités nouvelles, soit par un resserrement des liens familiaux, soit par un développement des communautés familiales ou familles patriarcales. La liberté individuelle s'échange contre la sécurité.

Chez les nobles, se crée l'institution du lignage dont l'importance est fonction de la richesse foncière et du nombre de personnes qui le constitue. Dissocier les terres et disperser les hommes, c'est condamner le lignage à la déchéance, c'est faire disparaître la cohésion des parentèles. Pendant la féodalité, il n'existe plus d'ordre juridique unitaire en raison du morcellement du royaume en seigneuries. Le droit résulte de pratiques coutumières variées à l'intérieur de chaque seigneurie. La coutume, usage non écrit, répété (d'où l'adage « *une fois n'est pas coutume* »), reposant sur la mémoire des anciens, consacrée par le temps, règle le droit privé, notamment le statut des personnes, la condition des biens, la dévolution successorale.

La famille médiévale (XII^e-XV^e siècle) : à partir de 1150, l'Église, en imposant sa conception de la famille reposant sur le mariage, créateur d'une cellule sociale, fait apparaître une notion nouvelle, **la famille conjugale** ou **nucléaire**, qui peut se développer grâce à des conditions

économiques et techniques favorables (défrichement de terres, morcellement des exploitations rurales). Du coup, les familles larges éclatent en unités autonomes. Le ménage réduit l'emprise du lignage sauf dans l'aristocratie où l'ancienne organisation familiale (le lignage) persiste dans le but de maintenir son prestige et son rang. C'est pourquoi, le droit familial aristocratique, inégalitaire, repose sur deux règles essentielles, le droit d'aînesse et le privilège de masculinité, qui vont être adoptées plus tard par les roturiers paysans et bourgeois. À la fin du XV^e siècle, comme lors de la période romaine, la famille, de patriarcale, se mue en cellule conjugale. C'est la marche vers l'individualisme, c'est le début du rejet des contraintes familiales imposées par la famille élargie.

La famille de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle) : la famille conjugale ou **feu** est fondée à l'image de l'État sur le principe d'autorité. Est qualifié de **demi-feu** le foyer d'un célibataire ou celui d'un veuf. Le chef de famille impose son autorité car on pense qu'une forte constitution de la famille ne peut que renforcer l'autorité de l'État qui met à la disposition du chef de famille des moyens répressifs (lettre de cachet) pour mettre fin aux désordres des enfants (risque de mésalliance). Il existe encore des familles patriarcales ou **communautés taisibles** ou **frérèches** : il s'agit d'un groupe de ménages étroitement apparentés, commandé par un homme de la génération précédente, exploitant en commun les terres possédées en commun, vivant sous le même toit. Chaque personne, chaque couple peut quitter la communauté, mais en abandonnant tout.

Les sources du droit dans l'ancienne France : jusqu'en 1789, la loi n'est pas la même pour tous. Les ordonnances du roi ne concernent pas en principe le droit privé qui est essentiellement régi par les **coutumes** des différentes provinces. C'est pourquoi le droit familial reflète cette diversité juridique extrême du royaume, même si des tendances générales se dégagent. Par origine et par essence, la coutume se transmet par tradition orale. Mais, comme rien ne vaut la sécurité de l'écrit, des praticiens (essentiellement des baillis ou juges royaux) rédigent au cours du XIII^e siècle le texte des coutumes qui sont appliquées. Ces **coutumiers** réalisés sur initiative privée n'ont pas valeur officielle. Le pouvoir royal décide en 1454 la **rédaction officielle** des coutumes du royaume auxquelles il confère la force de ses propres lois. Cette première rédaction fut suivie d'une seconde dite de **réformation** au XVI^e siècle afin d'adapter au mieux le droit coutumier aux mutations de la société. Cependant, le mariage,

fondement de la famille, échappe aux coutumes. Il est régi par un droit universel, **le droit canonique** (décisions des conciles ou canons et celles des papes ou décrétales) qui va également régler les conséquences personnelles de l'union matrimoniale. À partir du XVI^e siècle, le pouvoir royal faisant une entorse au principe selon lequel le droit privé échappe aux interventions législatives, légifère en matière de discipline familiale (mariage, filiation) et même dans le domaine patrimonial de la famille notamment en ce qui concerne la transmission des patrimoines. Enfin, il convient de signaler la division entre le Nord de la France plus soumis aux usages germaniques après 476 et le Midi, plus romanisé dans l'Antiquité que les régions septentrionales de la Gaule, où le souvenir du droit romain est plus présent. La division entre ces deux catégories de région, selon une ligne très sinueuse allant de La Rochelle à Genève en passant au nord de l'Auvergne et de Lyon, s'explique par le degré général d'influence du droit romain écrit. L'opposition entre ces deux zones, pays de droit écrit, pays de coutumes, est fondamentale jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

III. La famille du Code civil de 1804

Rejetant l'organisation de la famille d'Ancien Régime considérée comme viciée par le despotisme religieux et patriarcal, **la Révolution de 1789 transforme** en profondeur **le droit de la famille**, lui appliquant les principes de laïcité, liberté, égalité, nature. Par ailleurs, la Révolution **réalise l'unité juridique de la France** en posant comme principe « *simple et incontestable* » que la loi « *doit être la même pour tous soit qu'elle protège soit qu'elle punisse* » (a.6 Déclaration des droits de l'homme). Tout le droit de la famille doit être réduit à l'unité (les autres sources, les coutumes et le droit canonique s'effacent) et « *il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume* ». Ce n'est qu'après quatre projets de Code civil qu'est promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII) le Code civil des Français devenu en 1807 Code Napoléon.

Les quatre rédacteurs du Code civil ont voulu donner force et cohésion à la famille. Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Malleville sont de grands bourgeois catholiques qui ont occupé des fonctions judiciaires et politiques sous l'Ancien Régime et la Révolution. Originaires de régions où le droit avant 1789 était différent, ils ont confronté les différentes règles et fait un amalgame entre les nouvelles

idées issues de la Révolution et la coutume de Paris (Tronchet), les coutumes de l'Ouest (Bigot), le droit romain tel qu'il était appliqué dans le Midi (Portalis d'Aix) et le droit romain influencé par les coutumes du Sud-Ouest (Malleville de Bordeaux).

Le droit familial inscrit dans le Code civil est un compromis entre le vieux modèle d'avant 1789 et le modèle révolutionnaire. À travers l'esprit du Code civil qui reflète les idées du moment, survivent les principes de 1789, tels la laïcité, l'individualisme (l'intérêt de l'individu l'emporte sur le groupe social qu'est la famille) qui côtoient des principes de l'Ancienne France, telle l'autorité du mari et du père sur sa femme et ses enfants, tel l'ordre dans les familles. Cette conviction, largement partagée au début du XIX^e siècle, des liens entre autorité domestique et stabilité politique explique pour beaucoup le maintien jusqu'aux années 1880 de la majorité des règles du droit familial édictées en 1804. D'autre part, certains traits du mariage tel qu'il se pratiquait dans l'ancien droit sont si profondément ancrés qu'ils persistent tout au long du XIX^e siècle. Négocier un mariage reste l'affaire de l'entourage des « *amis charnels* », ce qui peut créer des unions solides et heureuses comme dans toutes les civilisations où l'amour est considéré comme le résultat du mariage et non son prélude.

De cette évolution de l'institution familiale, il en ressort deux traits essentiels :

- la famille n'est plus un groupe compact et durable. La famille patriarcale a été éclipsée par la famille conjugale où l'individualisme s'accroît de plus en plus, perceptible notamment au XX^e siècle à travers la dévaluation du principe d'autorité du mari sur la femme et l'amoindrissement de l'autorité des parents sur les enfants ;
- la famille tend à devenir une institution de protection placée sous le contrôle de l'État : le juge est appelé à arbitrer dans les familles (juge des tutelles, juge aux affaires matrimoniales, le JAM devenu en 1993 le juge aux affaires de la famille, le JAF).

Chapitre préliminaire

L'identification des personnes

I. Le nom

Le nom est un moyen d'identification individuelle. En effet, il désigne l'homme dans ses relations sociales et le distingue des autres individus. Les éléments constitutifs du nom sont simples quand la société est peu développée, multiples quand le développement de la société exige des désignations plus complètes.

À Rome, le nom varie selon le sexe et la condition sociale (citoyen romain, homme libre, esclave, affranchi, étranger). Il est composé de trois éléments :

- le *praenomen* distingue les individus appartenant à une même famille. Son attribution donne lieu à une cérémonie particulière qui a lieu, pour les garçons, 9 jours après la naissance, pour les filles, 8 jours après ; c'est la cérémonie du *dies lustricus* (jour qui sert à purifier, à apaiser les dieux). Ensuite, on fait inscrire l'enfant sur les livres des actes publics gardés dans le temple de Saturne ;
- le *nomen*, généralement terminé en *ius*, distingue une famille d'une autre famille. La transmission du *nomen gentilium* s'opère par le seul fait de la filiation légitime et est, elle aussi, l'occasion d'une cérémonie. Le nouveau-né est déposé aux pieds du père, soit le *pater familias* détourne la tête, il désavoue l'enfant, soit le *pater familias* relève l'enfant (cf. p.77), il reconnaît l'enfant qui est dès lors investi de tous les droits et devoirs de la filiation, et l'état civil de l'enfant est aussitôt fixé. Le *nomen gentilium* du père devient celui de l'enfant ;

- le **cognomen**, tiré souvent des qualités ou défauts de la personne, est un surnom ou une désignation complémentaire.

L'**adopté** porte les **tria nomina** de l'adoptant, plus l'**agnomen** qui se termine en **anus**, rappel de sa famille d'origine. **Les femmes** portent un seul nom, celui de leur famille, le **nomen** avec une terminaison féminine en **ia**. **Les esclaves** n'ont qu'un prénom, celui du maître avec la terminaison **por**, abrégé de **puer** qui signifie esclave.

Tout homme libre peut changer de nom à son gré, sans autorisation de la puissance publique. Cependant, le goût de l'hérédité du nom est plus fort. Le nom se transmet soit par filiation, soit par testament pour empêcher l'extinction d'un patronyme.

En France, alors que **les Gaulois** ont l'habitude de porter plusieurs noms à l'instar des Romains, **les Francs** ne portent qu'un nom, pratique favorisée par l'Église qui donne à chaque Barbare baptisé un nom nouveau choisi parmi les noms portés par les saints.

À la fin du X^e siècle, on ressent le besoin d'une meilleure identification des personnes en raison des déplacements des marchands, des militaires et de l'usage de plus en plus fréquent des contrats commerciaux; aussi l'usage du surnom ou nom additionnel se répand-il. D'abord personnel, le surnom est transmissible aux enfants légitimes, et par le mariage à la femme, règle fixée au XIII^e siècle. Chez les nobles, le nom additionnel est le nom d'un lieu ou d'une terre possédée.

À la fin de l'Ancien Régime, le nom des Français se compose de deux ou trois éléments :

- le nom individuel, autrefois appelé nom de baptême ou nom propre ;
- le nom patronymique, commun à tous les membres de la famille, se transmettant par filiation légitime ;
- le surnom ou titre noblesse.

À propos du nom patronymique, le terme de *patronymique* est banni du Code civil par la loi du 4 mars 2002 et remplacé par l'expression de *nom de famille*. Désormais, à la naissance de leur premier enfant, les parents auront le choix de lui donner le nom de leur père, de leur mère ou des deux. Ce choix vaudra pour toute la fratrie à venir, afin que les frères et