



HAL
open science

La protection par l'Etat du droit de l'individu à mener une vie familiale normale

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. La protection par l'Etat du droit de l'individu à mener une vie familiale normale. A. Fine, C. La terrasse & C. Zaouche-Gaudron. A Chacun sa famille, Approche pluridisciplinaire, 1, Editions Universitaires du Sud, pp.235-244, 1998. halshs-00125702

HAL Id: halshs-00125702

<https://shs.hal.science/halshs-00125702v1>

Submitted on 22 Jan 2007

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

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

Université de Toulouse Le Mirail - Institut d'Etudes
Doctorales

Séminaire thématique famille
« Famille, Institutions, enfants »
Octobre 1996

***La protection par l'Etat du droit de l'individu
à mener une vie familiale normale***

par Eric Millard

1 - Durant longtemps, le droit a semblé proposer un modèle normatif familial unique. Depuis les années soixante, des réformes législatives successives ont remis en cause cette unicité en même temps qu'elles modifiaient considérablement le droit privé, droit traditionnel de la famille (Carbonnier). Ce constat largement admis n'est pas faux ; il doit cependant être nuancé et précisé.

Le modèle auquel l'affirmation se réfère résultait pour l'essentiel des dispositions du droit de la famille issues du Code civil, c'est-à-dire du droit privé. Et ce modèle présentait la particularité essentielle d'être un modèle formel : une forme du groupe familial était envisagée juridiquement, et se voyait appliquées des règles spécifiques (le droit de la famille), la faisant bénéficier des faveurs publiques, comme l'appellation retenue de *famille légitime* en fait foi. Et il est vrai que de ce point de vue, tant en ce qui concerne le droit du mariage et du divorce que pour ce qui est du droit de la filiation, le modèle de la famille légitime n'est plus le modèle unique du droit de la famille, non plus qu'il ne dispose dans ce droit d'un statut privilégié.

Certains se sont félicités de l'abandon d'une conception législative figée et idéologiquement restrictive, qui permet de placer l'individu et sa liberté au centre du lien familial (divorce, régimes matrimoniaux), et qui tient compte du statut de l'enfant (égalité des filiations). D'autres y ont vu l'effet d'un relâchement des moeurs et valeurs sociales (Malaurie), ou ont craint cet effet.

L'abandon de la référence à l'unique famille légitime ne signifie pas pour autant que la problématique du modèle n'est plus pertinente au regard des dispositions juridiques sur la famille.

D'abord le modèle formel de la famille légitime n'est pas totalement abandonné. Epiphénomène révélateur, les récents avatars fiscaux qu'ont connus les couples de concubins avec enfant montrent une volonté du législateur actuel de revenir à une conception traditionnelle de la famille légitime (Loi de finance 1995), en supprimant les avantages fiscaux dont ceux-ci disposaient par rapport aux couples mariés (le droit fiscal ne tenant plus compte alors de la sociologie de la famille triangulaire pour n'enregistrer, en l'absence de mariage, qu'une famille monoparentale).

Ensuite et surtout, le droit applicable à la famille, ou plus exactement, pour reprendre la problématique centrale des juristes en la matière, le droit résultant des énoncés juridiques fixant le cadre susceptible d'inciter les individus à adopter tel ou tel modèle familial, n'est pas aussi simplement limité au droit civil que les analyses rapportées le supposent. Par exemple, les règles de droit social, telles que celles ayant trait aux allocations familiales, ou à l'assurance maladie, ont un effet certain (Pitrou). C'est ainsi en fonction de l'ensemble du droit pertinent que doit être reposée la question du modèle familial : en fonction de l'ensemble du droit positif.

2 - Or à ce niveau, apparaît une double constatation, en apparence contradictoire : il ne ressort pas une cohérence immédiatement évidente de l'ensemble des dispositions ayant trait ou susceptibles d'avoir trait à la famille, qui sont éparses et disparates ; mais il est impossible d'un point de vue théorique que le droit ne traduise pas une conception publique et officielle de la famille.

A l'appui de cette deuxième constatation, on peut d'abord invoquer des arguments métajuridiques et se réclamer notamment des analyses sociologiques, philosophiques, historiques, économiques ou psychanalytiques qui toutes montrent la place de la famille dans la société, et nécessairement la prise en compte par cette société d'une politique publique de la famille (De Singly). Il faut ensuite s'attacher à bâtir une grille d'analyse juridique rendant compte du droit comme moyen de cette politique, avec ses ambiguïtés et ses phénomènes d'interaction : l'analyse institutionnelle notamment s'y emploie (Millard 1995).

Et à l'encontre de la première constatation, on doit désormais s'appuyer sur une tentative juridique d'unification des énoncés épars par le Conseil constitutionnel, à la suite d'autres juridictions, au travers

de la constitutionnalisation du *droit de l'individu à mener une vie familiale normale*.

Ainsi, aussi bien du point de vue politico-théorique, que du point de vue technico-dogmatique, la problématique du modèle reste centrale, même et surtout si le modèle prôné par le droit n'est plus un modèle ayant trait aux formes familiales mais, plus subtilement, un modèle se rapportant aux fonctions familiales : les fonctions sociales que la famille doit remplir.

3 - La consécration en 1993 par le Conseil constitutionnel d'une protection du *droit de l'individu à mener une vie familiale normale* a explicitement confirmé pareille lecture du droit. Il serait cependant faux de croire qu'elle a pour autant modifié des énoncés épars dont elle n'a fait que rendre plus lisible la cohérence cachée. Il serait tout aussi abusif de croire que le Conseil constitutionnel a totalement innové en la matière. Mais c'est au travers de ce droit constitutionnellement protégé à la vie familiale normale que l'on peut et doit lire désormais les modalités modernes de la politique juridique de la famille.

Nombreux sont d'abord les textes internationaux et nationaux qui visent la protection de la famille et le droit de l'individu au mariage, à la vie familiale, etc. Leur effectivité et leur fragmentation avaient cependant pu légitimement poser problème.

Le Conseil d'Etat avait ensuite contribué à préciser la portée et la structure de cette protection et de ce droit en considérant que le *droit à une vie familiale normale* constituait un principe général du droit, c'est-à-dire un principe que le juge dégage d'un ensemble de données (valeurs morales et idéologiques, textes divers) et qui s'impose à l'administration notamment, même lorsque aucun texte ne s'y réfère explicitement (CE 1978). C'était un premier effort de synthèse.

Parmi les sources qui ont pu inspirer le Conseil d'Etat, on doit enfin s'arrêter sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui garantit l'individu contre les atteintes arbitraires à sa vie familiale. L'admission tardive par le Conseil d'Etat de l'applicabilité de ce texte en droit français a conduit d'ailleurs la juridiction administrative à se référer désormais à ce texte sans faire le détour d'une justification par le principe général du droit précédemment formulé, même si dans la pratique, la référence à la même norme ne signifie pas toujours identité de point de vue avec la cour européenne des droits de l'Homme sur son application (Millard 1996).

On pouvait discuter de la valeur juridique des positions des jurisprudences administratives et européennes. On a pu tout autant voir dans l'alignement apparent du Conseil d'Etat un début de

renonciation à la souveraineté nationale. Pour peu fondées qu'elles soient (Millard 1995), ces critiques n'ont plus lieu d'être. Le Conseil constitutionnel a en effet repris les principes dégagés par le Conseil d'Etat pour considérer que font partie « des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire » notamment « le droit de mener une vie familiale normale ».

En raison de la solennité de son affirmation, et de la valeur hiérarchique qu'elle lui confère, le droit pour l'individu de mener une vie familiale normale devient le *critérium* de toute disposition juridique ayant trait à la famille, et c'est à la lueur de sa structure, complexe et évolutive, que la question du modèle doit être envisagée.

4 - Le modèle protégé, le modèle familial officiel, est le modèle normal. Quand on a dit cela, on a tout dit, mais on n'a rien dit : la notion de « normalité » permet ici d'établir, par un standard évolutif, un critère normatif de protection, au croisement d'enjeux culturels sinon toujours opposés, du moins parfois divergents.

On pourra reprocher à ce modèle d'être en apparence peu explicite. C'est là le prix de la liberté (*droit à*) contre une conception traditionnellement formaliste (famille légitime) ; cela ne signifie ni équipollence des formes, ni rejet d'une politique reposant sur une modélisation familiale.

En effet, toute société, aussi libérale qu'elle puisse ou souhaite être, ne peut éviter de définir sa propre normalité, pour discriminer les comportements qu'elle favorise ou admet de ceux qu'elle combat. C'est normalement au législateur de traduire cette normalité en droit, éventuellement au juge. Et c'est ce qui se passe, même si ce n'est pas de manière explicite et solennelle, en matière de famille. En cela, la protection constitutionnelle est avant tout un acte politique, qui vise à protéger et à construire le modèle familial national, particulièrement dans un contexte d'immigration : le conseil constitutionnel l'a affirmé (*les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France*) et il n'est pas neutre à cet égard que l'une des rares concrétisations de la normalité par le Conseil constitutionnel ait consisté à déclarer anormale la polygamie.

Mais ensuite, ce type de protection n'est rien de moins que la délégation aux autorités publiques, et en premier lieu au juge, du soin - mais aussi du pouvoir - de définir dans le cadre d'une politique juridique nationale qui le contraint ce qu'est, dans un cas de figure donné, la famille normale. La normalité est ainsi la clé de cette politique, à la fois le résultat recherché et le *critérium* de protection.

L'enjeu de la politique désormais suivie ne s'arrête donc plus sur le modèle familial formel pour rechercher la protection de fonctions familiales normales dans le cadre d'une relation complémentaire entre les fonctions sociales publiques et les fonctions sociales privées. La famille normale est aux yeux de l'Etat celle qui remplit des fonctions utiles à la socialisation de l'individu dans un cadre juridique et politique donné : le modèle des sociétés démocratiques européennes. On peut ainsi constater que pour le droit européen des droits de l'Homme, ce modèle démocratique est présenté comme la garantie des droits de l'homme, dont celui à la vie familiale, et qu'en ce qui concerne ce dernier, une des limites à l'intervention de l'Etat est que la mesure publique soit normale dans une société démocratique.

Parce que ce modèle démocratique est de l'essence même de l'Etat actuel, il se reflète dans les conséquences juridiques à en tirer : le droit à une vie familiale normale, entendu donc comme le droit à une vie familiale dans des conditions de fonctionnalité utiles et complémentaires à la socialisation politique, est construit comme un droit constitutionnel ou fondamental, c'est-à-dire constitutif du système politique, au fondement de celui-ci ; l'individu a donc un droit à assurer ces fonctions familiales, opposable à l'Etat ou aux individus ou groupes qui voudraient l'en empêcher ou s'y immiscer ; dans la logique libérale, l'individu est ainsi présumé apte à définir personnellement et rationnellement son comportement familial et les limites à celui-ci, donc à avoir un comportement normal ; mais il a aussi un droit à voir ces fonctions assurées, ce qui éventuellement poserait d'abord la question, pour l'instant résolue dans un sens négatif, de la créance des familles sur l'Etat pour qu'elles puissent remplir leurs fonctions (droit aux prestations familiales), et ensuite traduit la contrepartie de ce droit comme un devoir pesant sur les individus, en premier lieu les parents, qui peuvent être contrôlés et sanctionnés par l'Etat sur cette base dès lors qu'ils ne correspondent pas au modèle normal.

Mais parce que ce modèle est aussi un modèle évolutif, le droit n'exprime *a priori* qu'un standard, c'est-à-dire une délégation de pouvoir du constituant aux autorités inférieures par le biais de l'énoncé constitutionnel d'un critère abstrait d'appréciation, le normal, qu'il appartiendra à ces autorités de concrétiser en fonction d'une part de l'évolution sociale, d'autre part de leur subjectivité propre.

La normalité acquiert ainsi des fonctions multiples. Elle investit l'autorité de jugement ou de protection d'un pouvoir qui n'est pas seulement un pouvoir d'application. Elle traduit donc une normativité qui oscille entre une normalité objectivement constatée et une normalité subjectivement ou politiquement recherchée.

5 - On pourra critiquer l'absence de précision du critère. On devra aussi constater qu'elle s'inscrit dans la logique prospective d'une recherche concrète de la notion de justice. La standardisation du droit permet en effet ici la mise en oeuvre d'une définition constructive et évolutive de ce qui est normal aux yeux du droit et de la société, en s'appuyant sur l'induction (construire le normal à partir de...), sur la dialectique (construire le normal au grand jour, dans le débat du procès) et sur l'évolution (construire le normal sans le figer). On rejoint ici le débat mondial sur l'éthique du juste, et les préoccupations essentielles d'un Rawls (1987), d'un Habermas (1987) ou d'un Dworkin (1995).

Les solutions retenues par les juges appelés à intervenir (administratif, judiciaire, constitutionnel, communautaire, européen des droits de l'homme) en font foi. La place manque pour en faire la théorie et même pour en dresser un catalogue (Millard 1995). Mais on peut rappeler quelques exemples parlant.

Relèvent expressément d'une vie familiale normale et sont ainsi protégés, sauf exigences particulières liées au respect de l'ordre public : le droit de vivre avec sa famille et particulièrement pour l'étranger en situation régulière ; le droit d'avoir des relations avec les membres de sa famille, notamment en cas de placement d'enfant ; le droit aux choix éducatifs essentiels ; le droit d'opposer sa vie familiale aux tiers et à l'Etat impliquant la reconnaissance et l'égalité de traitement entre famille légitime, naturelle et, au moins s'agissant des droits de l'enfant et des parents avec l'enfant, adultérine.

A l'inverse, demeurent considérés comme anormaux, et sont donc combattus par l'Etat les comportements polygames, les comportements éducatifs prosélytes (notamment en matière religieuse et sectaire), les comportements démissionnaires (abandon de famille, etc.), les comportements incestueux.

Reste toute une série de situations qui semblent être indifférentes, en tant qu'elles ne sont pas favorisées par l'Etat qui ne les déclare pas normales, sans pour autant être combattues comme anormales : famille homosexuelle ou transsexuelle par exemple. La frontière de la normalité évolue avec le temps au sein de ces dernières situations, sans être très exactement prévisible.

Reste surtout que les autorités ayant le pouvoir de déclarer un comportement normal, et donc de définir une sphère de protection, n'ont pas toujours des conceptions semblables. C'est vrai pour définir la famille normale : on le voit par exemple en matière d'adoption, où les services sociaux ont une vision très restrictive de l'agrément par rapport au juge administratif, et s'en tiennent à une image classique du parent (âge, préférence sexuelle, etc.) que le juge dénonce parfois ; on

l'a vu également en matière de procréation médicalement assistée avec la loi de 1994 qui a entendu n'ouvrir la possibilité de recours à cette voie de création artificielle de la famille qu'à des couples hétérosexuels stables, alors même que n'est pas contesté le droit à la procréation naturelle des couples non stables. C'est vrai aussi pour définir le droit normal du groupe par rapport à l'intervention publique : lorsqu'il s'agit notamment de déterminer les droits respectifs de la famille et de l'Etat, et les exigences de l'ordre public face au droit de l'individu, particulièrement en matière de police des étrangers, on constate maints écarts entre le juge national et le juge européen (Millard 1996)

6 - Malgré ces imprécisions, le critère de la normalité présente l'avantage de la souplesse et de la pluralité formelle, dévoilant l'essentiel de l'objet de l'intervention publique : à la protection d'un modèle longtemps prédominant ou voulu tel (la famille légitime du code civil), se substitue (sans toutefois parvenir à la faire totalement disparaître) la protection des fonctions familiales de solidarité (matérielle, éducatives, etc.).

La souplesse permet l'adaptation de la protection (et ainsi des fonctions) aux multiples formes vécues du groupe familial. C'est sans doute une idéologie familiale qui recule ainsi : celle qui, inspirée de fondements religieux, ne concevait la famille que sur un modèle strictement catholique (famille légitime) ; la politique publique saisit désormais davantage l'essence du groupe familial, au-delà de ces médiations idéologiques formelles. Mais surtout, en privilégiant les fonctions sur les formes, c'est le réalisme qui s'impose : la forme légitime étant de moins en moins hégémonique, limiter la protection que l'Etat reconnaît à la famille aux seuls groupes ainsi formellement constitués ferait échapper au contrôle public une part importante des individus, et sans doute une part considérable de ceux qui ont besoin d'une socialisation forte, parce que le groupe familial n'est peut-être pas stable, ou complet (familles monoparentales, etc.).

La normalité familiale définit ainsi une sphère minimale de fonctions qui doivent être assurées pour que l'Etat puisse se développer en tant qu'idée de souveraineté : fonctions de socialisation et de solidarité. Ces fonctions sont à la fois la condition minimale d'un modèle familial (éléments de sa définition) et d'un modèle de l'Etat (ce qui est à son fondement et qui en permet l'existence).

La protection de cette normalité apparaît dès lors de manière conforme au modèle démocratique par la reconnaissance d'une liberté individuelle, susceptible elle-même en tant qu'elle est normale d'un usage anormal (par exemple, abus de la liberté éducative des parents)

et devant s'incliner face aux exigences supérieures normalement admissibles de l'Etat (par exemple les limites apportées aux libertés familiales de l'individu prisonnier, pour raison d'ordre public) ou des autres individus (par exemple l'intervention publique dans la famille pour protéger les droits de l'individu bafoués au sein du groupe : femme battue, etc.). Il s'agit donc de la protection d'un droit conditionnel, conditionné par l'usage normal qui en est fait et susceptible de limites normales.

7 - Cette complexité dans la protection de la famille en relation avec le développement de critères multiples de normalité est surtout en fin de compte la prescription de cette normalité, particulièrement en ce qui concerne les fonctions qu'elle présume, dans un double contexte d'éclatement : l'éclatement du collectif familial qui se décline de plus en plus difficilement sur l'ancien modèle formel de la famille légitime ; et l'éclatement géographique dans le contexte de l'immigration et de la demande légitime de regroupement familial.

La prescription de la normalité est une réponse au phénomène des familles décomposées, qui admet à l'encontre de l'ancien modèle que ces familles puissent remplir les fonctions normales de la famille, mais qui refuse de renoncer à juger de la manière dont elles le font, en proposant une grille juridique d'analyse et de discrimination.

C'est une réponse à l'éclatement qui permet de conserver une ou plusieurs dimensions familiales entre individus à qui sont reconnus des droits familiaux effectifs et personnels (droit aux relations, droit à la reconnaissance des filiations, etc.), notamment face aux recompositions, là où le modèle formel ne voyait qu'un groupe statique d'une part (la famille légitime figée), et d'autre part des individus isolés. Et c'est une réponse considérée comme politiquement essentielle, au point d'être opposable aux familles étrangères qui ne sauraient utilement invoquer leur réalité familiale face à la normalité que l'Etat définit constitutionnellement.

C'est ainsi une réponse politique et prescriptive : ce qui est normal n'est pas ce qui est constaté mais ce qui est politiquement voulu par l'Etat. La protection de la vie familiale normale par le droit est, dans l'essence du droit, normative : elle ne décrit pas la normalité vécue des familles, elle prescrit la normalité recherchée de la démocratie (Bourdieu 1994).

Bibliographie

Bourdieu Pierre, *A propos de la famille comme catégorie réalisée*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 100, 1993, p. 100 et s;

Carbonnier Jean, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

Dworkin Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

Habermas Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987.

Malaurie Philippe, *Droit civil : la famille*, Cujas, 1992.

Millard Eric

Famille et droit public (recherches sur la construction d'un objet juridique), LGDJ, 1995.

La protection du droit à la vie familiale : de quelques dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, Les petites affiches 1996 n° 95.

Pitrou Agnès, *Les politiques familiales, approche sociologique*, Syros, 1994.

Rawls John, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987.

De Singly François (Dir.), *La famille : l'état des savoirs*, La découverte, 1992.