



HAL
open science

Famille et droit

Éric Millard

► **To cite this version:**

| Éric Millard. Famille et droit. Informations sociales, 1999, 73/74, pp.64-73. <halshs-00126543>

HAL Id: halshs-00126543

<https://shs.hal.science/halshs-00126543v1>

Submitted on 25 Jan 2007

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

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



HAL Authorization

Famille et droit.

Retour sur un malentendu

Eric Millard - Professeur de droit public à l'Université de Perpignan, membre de l'Institut universitaire de France.

Dire que la famille n'existe pas dans le droit positif français peut surprendre. Si recourir au concept de famille n'est pas indispensable juridiquement, en revanche, s'y référer n'est pas neutre politiquement. La famille est juridiquement construite par l'activité publique, et se mesure à ses effets. Le droit procède à partir des individus, et non à partir du groupe familial ; il privilégie les fonctions individuelles sur la forme collective.

On attend beaucoup trop du droit ou, plus exactement, on attend de lui ce qu'il n'a vraisemblablement pas vocation à donner ; et inversement, on a tendance à négliger sa vraie dimension et ce qu'elle doit nous permettre de comprendre. Cela est particulièrement vrai à propos de la famille.

Le droit, par nature, ne décrit rien qui existe réellement : il peut *prescrire*, de façon plus ou moins souple, une conduite, comme par exemple lorsqu'il édicte les droits et devoirs des conjoints ; il peut aussi *rétribuer un*

comportement, comme lorsqu'il attache l'autorité parentale à la reconnaissance de l'enfant ; il peut encore *offrir un modèle*, comme le statut du mariage, en s'efforçant de le faire préférer éventuellement à d'autres situations comme le concubinage.

Si les juristes sont divisés pour savoir lequel de ces points rendrait le mieux compte de la norme, tous s'accordent à voir dans le droit une norme, une prescription, qui ne se rattache pas à ce qui *est* mais participe de ce qui *doit être*.

Saisir le droit renvoie alors à deux niveaux possibles de la connaissance, un niveau purement juridique et un niveau sociologique. Le niveau purement juridique est celui des juristes, essentiellement : c'est un niveau d'articulation des normes. La nature réelle de ce qu'est la famille n'importe en rien ici car le concept de famille y est purement utilitaire, vide de toute signification, donc indifférent à la logique d'un ordre normatif et à la validité des règles qui le composent¹. Au niveau sociologique, la connaissance du discours juridique sur la famille sert à éclairer une connaissance empirique des données sociales rendant compte des familles réelles.

L'objet que traite le droit est un objet construit, qui ne reproduit pas une situation socialement observée, mais qui prescrit une situation politiquement voulue. Il n'est pas sûr que le droit traite de la famille : là est sans doute une première source de malentendu ; s'il le fait, il en traitera comme d'un objet, et c'est une seconde source de malentendu. Car cet objet

est donc sinon totalement irréel ², du moins sans lien autre que politique, et notamment sans lien de concordance logique, avec le réel. La norme résulte seulement d'une manifestation politique de volonté de la part de l'autorité qui l'édicte (parlement, gouvernement, etc.), et traduit sa politique : une politique qui est tout sauf unilatérale parce qu'elle s'inscrit nécessairement dans un processus de réaction à un contexte social, évolutif, lui-même complexe, et parce qu'elle doit prendre en compte l'acceptation sociale de la norme dans ce contexte (effectivité de la norme, efficacité de la politique, qui ne sont pas exactement identiques) ; toutes choses qui limitent assez considérablement la marge de manoeuvre de l'autorité juridique, du moins sa prétention à prescrire librement.

Une absence d'objet explicite

Il y a donc nécessairement un écart entre la *famille* du droit (pour autant, répétons-le, que cet objet existe) et les famille réelles : celles que notamment les sociologues, historiens, économistes, observent et analysent dans le champ social et conceptualisent ensuite à nouveau comme *famille*, mais une autre *famille* que celle du droit, car sa validité scientifique dépendra de sa capacité à proposer un exact reflet des familles réelles. Cet écart fait, qu'au mieux, on trouve dans le droit un objet famille clairement identifié (du moins en apparence) au sein de l'ordre normatif, lorsque la politique semble claire, et le poids des contingences sociales qui la déterminent assez stable :

on a dit pendant longtemps que tel était le cas de la famille légitime, des prescriptions napoléoniennes aux réformes des années soixante. Cet écart fait plus fréquemment qu'on rencontre des normes éparses, émanant d'autorités multiples (et donc dotées de forces juridiques variables), dans les champs disciplinaires du droit les plus divers, au point qu'il semble (en apparence là encore) en résulter une absence d'objet : explicite (où est la famille ?), et implicite (quel est le sens politique de cet ensemble de prescriptions rattachables à la famille ?). Clarté ou obscurité sont ici également trompeuses. Il faut décoder ces dispositifs, les lire en tenant compte de l'écart entre la prescription et les données sociales, pour essayer de mettre en lumière le mouvement qui les coordonne, et qui est la politique juridique de la famille : un ensemble de prescriptions qui vise à apporter une réponse à une situation concrète issue des données familiales réelles³.

Ce que le droit révèle

Le droit actuel semble ne plus parler avec autant d'évidence qu'antan de la famille, nous dit-on alors parfois, en s'en tenant à l'explicite de la norme : malentendu évident qui, paradoxalement, nous apprend peut-être davantage sur les familles, aussi bien du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif. Encore faut-il ici prendre les dispositifs juridiques dans leur globalité et leur complexité, pour chercher à saisir dans le droit, même lorsqu'il n'en parle pas *évidemment*, la politique de la famille. Et accepter le

paradoxe : pour comprendre, au sens d'une connaissance sociologique ⁴, ce que le droit révèle sur la famille, il faut commencer par relativiser, jusqu'à presque l'oublier, le concept juridique de *famille*.

Or la famille n'existe pas dans le droit positif français.

C'est d'abord un concept vide de sens. Vous pourriez prendre, comme l'a démontré à propos de la propriété, et théorisé de manière générale pour les concepts juridiques, le juriste danois Alf Ross ⁵, toutes les occurrences *famille* dans les énoncés juridiques et les remplacer par n'importe quel mot de votre choix, cela ne changerait rien à la logique de ces énoncés, à leur validité et à leurs effets. La référence au terme *famille* n'a que deux fonctions :

— L'une, purement technique, permet de conceptualiser, et donc d'expliquer clairement et rapidement dans le raisonnement juridique, non pas la réalité sociale familiale, mais simplement le fait que différentes situations de droit (par exemple divers liens de parenté que l'on unifierait sous le concept *famille*, ou aussi bien sous tout autre concept) se voient attribuer différentes conséquences de droit (transmission de biens, droit à allocation, autorité d'un individu sur un autre, responsabilité des actes d'un individu pesant sur un autre individu, etc.). On voit à cet égard qu'on pourrait très bien se passer du concept *famille* (et le droit le fait d'ailleurs souvent) pour dire par exemple que le fait d'être parent de l'enfant octroie l'autorité parentale, ou rend responsable des faits de l'enfant. Tout au plus le recours au concept permet de

gagner du temps dans l'expression ; mais c'est la notion même de concept qui est utile, et en rien le concept de *famille* strictement entendu.

— L'autre fonction attribuée au terme dans les énoncés juridiques, purement idéologique, consiste à donner une définition prescriptive de la famille : puisque recourir au concept de famille n'est pas indispensable juridiquement, il est clair alors qu'y recourir n'est pas neutre politiquement. Quand une autorité juridique (parlement, juge, etc.) décide de qualifier une situation juridique de *famille*, elle le fait pour signifier qu'à ses yeux (jusqu'à plus ample informé, aux yeux donc de ce que l'on nomme l'Etat) cette situation correspond à ce que doit être la famille. Peu importe alors que cette autorité croie, par ailleurs, qu'il s'agisse réellement de la situation sociale correspondant à la famille ou bien qu'elle ait conscience, ce faisant, de prescrire cette situation supposée inexistante ou insuffisamment existante.

Ce qui vient d'être dit de ces deux fonctions du recours au terme *famille* dans le processus normatif vaut également pour le discours dogmatico-doctrinal⁶. Avec son autorité propre, non plus normative mais scientifique (ce qui suppose, à la différence de l'énoncé normatif, une possibilité de critique intrinsèque du discours en terme de vérité), la doctrine juridique peut recourir au concept *famille* (qu'alors elle forge) pour rendre compte du droit positif. Comme en ce qui concerne l'autorité normative, elle le fait d'abord pour des raisons de clarté et de synthèse dans le silence du droit positif, sans que ce recours soit rien de plus que pratique : c'est le cas par exemple dans la constitution d'une matière académique comme le droit de la famille, envisagé

comme la présentation raisonnée des dispositifs de droit positif traitant de la famille ⁷. Mais il arrive aussi qu'elle le fasse pour des raisons idéologiques, formulant par là un étalon qui l'amène à porter un jugement sur le contenu de ce droit positif, et avec lui sur la politique qui l'inspire, selon qu'il s'accorde ou non avec cette vision *a priori* de la famille, réelle ou souhaitée par les auteurs. Et à cet égard, la démarche de la doctrine n'est pas moins politique que celle de l'autorité normative, alors même qu'elle ne peut prétendre en avoir pour autant la légitimité qui ne peut dans son cas dépendre que des exigences scientifiques.

Un concept rarement utilisé

Concept vide de sens, la famille est par ailleurs un concept rarement utilisé par le droit positif : trop polysémique et complexe, trop difficile à construire dans un contexte social marqué à la fois par la diversité des formes familiales et par la multiplicité des niveaux de l'intervention normative. En l'absence d'une forme isolée qu'il désignerait comme famille — ce qui pourrait notamment, mais non exclusivement, résulter de la technique de personnalisation ⁸ et ce qui permettrait alors d'envisager techniquement une responsabilité familiale : la responsabilité de la personne juridique *famille* —, le droit procède davantage par accumulation d'interventions ciblées (la sphère civile, la sphère sociale, le domaine fiscal, etc.) et par décomposition des

relations constitutives, peut-être, de la famille. De ce point de vue, la *parenté* et la *conjugalité* fournissent des concepts bien plus opératoires que la *famille*. Le récent débat sur le PACS illustre d'ailleurs bien les difficultés politiques et juridiques qui peuvent résulter de la confusion, parfois sciemment entretenue, entre ces concepts, pour ne rien dire d'autres, notamment la fratrie, évoquée dans le débat. Le code civil, qui parle longuement et successivement du mariage et du divorce, de la filiation et de l'autorité parentale, est discret dans son utilisation du concept de *famille* (quelques éléments sur la direction morale et matérielle de la famille et sur la protection de la résidence de la famille ; quelques autres références indirectes, comme à l'abandon de famille ou au bien de famille : rien d'unitaire qui permette d'en faire un concept opératoire du droit, notamment parce que ces références ne sont jamais situées de manière univoque par rapport aux concepts centraux de conjugalité et de parenté). Mieux : s'il existe bien un code de la famille, il est totalement distinct du code civil, et ne contient aucune des dispositions visant les institutions revendiquées fondatrices de la famille : mariage, filiation. On pourrait développer à l'envie les exemples pour revenir toujours à ce constat : les énoncés de droit français ne s'articulent pas autour d'un concept juridique de la famille, qui ne leur est pas nécessaire.

Une interprétation politique de la famille

En revanche, une lecture constructive de ces énoncés, dans leur généralité et dans leur globalité, autorise une interprétation de la politique de la famille. Textes sur la fiscalité familiale, sur la représentation des intérêts familiaux, sur le contrôle administratif, sur l'adoption, sur l'organisation des services publics (enseignement, loisirs, accueil de la petite enfance, par exemple), etc., rapprochés des données plus classiquement prises en compte comme celles du code civil ou celles du régime des prestations familiales, ne donnent pas seulement un inventaire à la Prévert ; ils attestent d'une préoccupation forte, sinon toujours lisible au premier degré. Sans se risquer à l'exhaustivité, on peut décliner ces textes dans deux directions, qui sont deux manières d'approcher l'enseignement juridique sur la famille : les modalités de l'intervention publique, marquées par la complémentarité ; la hiérarchie des normes mobilisées, qui en dévoile la logique.

Traditionnellement, l'intervention publique repose d'abord sur une politique de réglementation : droit civil (conjugalité et parenté bien sûr, mais aussi régime des biens et des successions, des sûretés, ...), droit pénal (protection contre la maltraitance par exemple), droit commercial, rural et social (notamment les statuts de l'entreprise familiale, la protection de la maternité dans les relations de travail, ...), constituent ainsi un premier niveau de construction de la famille par le droit, dont on a suffisamment noté qu'il s'assouplit formellement depuis une trentaine d'années, au risque de perdre une immédiate visibilité, mais en gagnant sans doute en réalisme et en

efficacité. Une politique d'incitation précise ce premier niveau : le droit fiscal (foyer d'imposition, quotient familial, etc.) et le droit social à nouveau (ici au travers principalement des multiples prestations versées) encadrent et complètent la réglementation en favorisant certaines des situations de vie familiale. Enfin, une politique d'environnement parachève l'intervention publique : peu ou prou, toutes les activités publiques, prises directement en charge par les collectivités publiques, ou aidées par elles, ont des effets familiaux, qui sont plus ou moins ciblés (prise en compte des ressources, définition des bénéficiaires), et qui contribuent également à construire l'objet juridique familial (éducation, loisir, santé, etc.)⁹.

A cette première approche, très existentialiste, il manque une direction, une synthèse, puisqu'aussi bien, — et les analystes n'ont pas manqué, un peu rapidement sans doute, de le souligner — ces différents niveaux peuvent paraître parfois se contredire. Plus que dans l'improbable succès des exercices imposés que constituent pour tout gouvernement les conférences sur la famille, ou l'adoption de lois relatives à la famille, c'est, très logiquement pour l'analyse juridique, dans l'idée d'une hiérarchie des normes qu'il convient de la comprendre¹⁰. Il est à cet égard révélateur que les textes de droit dotés de la plus forte autorité juridique (droit constitutionnel, droit international et principalement droit européen des droits de l'homme), que doivent respecter les textes subordonnés (recours à l'appui), sont peu diserts sur la famille ; alors qu'au contraire, ces derniers textes (législation,

réglementation) sont légion en la matière. C'est donc dans les normes hiérarchiquement les plus élevées qu'il faut rechercher la mise en ordre de la construction juridique de la famille. Et principalement dans un énoncé, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et dans une interprétation juridique, celle, implicite mais solide, du Conseil Constitutionnel ¹¹. Sans revenir sur les arcanes du raisonnement juridique, et sur son contexte ¹², il faut indiquer la teneur de la construction : il existe au profit de l'individu un droit à mener une vie familiale normale, susceptible d'être, dans des conditions normales dans un Etat démocratique, limité pour permettre aux autres individus de bénéficier de ce droit ou pour sauvegarder un autre droit ou un objectif public pareillement reconnu. C'est cette idée qui guide l'interprétation des énoncés inférieurs. Et c'est de cette interprétation générale que se déduit la famille dont traite le droit positif français actuel dans sa multiplicité apparente : une famille saisie à partir des individus et non pas comme groupe *a priori* ; une famille donc dans laquelle la forme n'est plus un élément essentiel (d'où une perte apparente de lisibilité), mais qui apparaît dans la définition d'un certain nombre de fonctions que les individus remplissent en son sein les uns envers les autres d'une part (éducation, solidarité, etc.), envers la société d'autre part (à cet égard, toute orientation nataliste n'a pas disparu).

Pour un juriste, parler dès lors de responsabilité familiale suppose de se situer dans ce contexte intellectuel, et d'envisager comment concilier la

dimension collective que commande un tel concept avec l'orientation prioritairement individualiste que se donne le droit.

¹ V. par exemple E. Millard, LES SOLIDARITÉS FAMILIALES : APPROCHES THÉORIQUES DU DROIT, à paraître CNAF.

² Puisque là encore les choses sont suffisamment complexes : pour partie, la prescription tend à faire se réaliser des situations inexistantes ou plus généralement jugées par l'autorité politique insuffisamment existantes (ce que visent par exemple les dispositifs natalistes), pour partie elle tend aussi à maintenir une situation existante mais estimée par cette même autorité, à des degrés divers, menacée de délitescence (tel le mariage)

³ E. Millard, FAMILLE ET DROIT PUBLIC, RECHERCHES SUR LA CONSTRUCTION D'UN OBJET JURIDIQUE, LGDJ, 1995.

⁴ Cette connaissance, telle que présentée plus haut, est la seule qui nous importe ici : c'est celle que les non-juristes, pré-pourvus de leur propre objet d'analyse *famille*, et ne pouvant se satisfaire du déni de réponse auquel conduit l'analyse juridique proprement dite, demandent au droit, ou plus exactement aux juristes

⁵ Alf Ross, TÛ-TÛ, *Scandinavian Studies in Law*, 1957, vol I, 137-153.

⁶ Les écrits par lesquels on peut rendre compte du droit positif et qui devraient être appréciés avec une exigence de validité scientifique (connaissance empirique de l'objet normatif).

⁷ Ce que scientifiquement cette manière ne peut être si elle prétend s'inscrire dans les matières de pur droit privé : la famille mobilise autant les dispositifs de droit privé que de droit public.

⁸ E. Millard, LE DÉBAT SUR LA PERSONNALISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE, à paraître CEDIAS.

⁹ Plus généralement sur cette analyse du service public, V. D. Espagno, ESSAI DE REFONDATION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS, Thèse Toulouse 1997.

¹⁰ Sur cette notion fondamentale de l'analyse juridique, on verra bien sûr les ouvrages classiques de la théorie normativiste comme ceux de H. Kelsen : THÉORIE PURE DU DROIT (Dalloz), THÉORIE GÉNÉRALE DES NORMES, (PUF), THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET DE L'ÉTAT, (LGDJ). On consultera aussi avec profit deux réflexions récentes révélatrices des débats qui animent la théorie française du droit : D. de Béchillon, HIÉRARCHIE DES NORMES ET HIÉRARCHIE DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ÉTAT (Economica 1995) et V. Larrosa, RECHERCHES SUR LA NOTION DE HIÉRARCHIE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS (Thèse Toulouse 1997).

¹¹ Déc. du 13/8/1993.

¹² E. Millard, LA PROTECTION DU DROIT A LA VIE FAMILIALE, DIALECTIQUES JURISPRUDENTIELLES AUTOUR DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Les Petites Affiches*, 1996 N° 95 ; *id.*, LA PROTECTION PAR L'ÉTAT DU DROIT DE L'INDIVIDU À MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE in A. Fine, C. Laterrasse & C. Zaouche-Gaudron (Dir.) *A Chacun sa famille, Approche pluridisciplinaire*, Editions Universitaires du Sud, 1998.