



HAL
open science

La dimension politique du pluralisme familial

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. La dimension politique du pluralisme familial. Odile Roy. Réflexions sur le pluralisme familial, Presses universitaires de Paris Ouest, pp.229-240, 2011. halshs-00572579

HAL Id: halshs-00572579

<https://shs.hal.science/halshs-00572579v1>

Submitted on 1 Mar 2011

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.

La dimension politique du pluralisme familial

1- Stipulations

S'interroger sur la dimension politique du pluralisme familial suppose que soient préalablement résolues quelques questions ; notamment celle de la signification de l'expression, aussi répandue que relativement obscure, de "pluralisme familial".

Les définitions sont évidemment libres. Il n'est toutefois pas de mauvaise stratégie d'essayer d'utiliser les termes avec un sens tel qu'ils permettent à la fois de ne pas trop s'éloigner du sens commun et d'autoriser les distinctions conceptuelles. On rencontre dans la littérature plusieurs idées et plusieurs termes qui se superposent mais semblent désigner que des distinctions doivent être opérées. Je propose de rendre compte ici de ces distinctions en mobilisant les termes de *pluralisme*, de *pluralité* et de *diversité*, dans des rapports d'opposition avec ceux d'*unité*, *unicité* et *uniformité*. Je suppose ce faisant que le terme « pluralisme », qui semble être bien en vogue, est employé souvent indistinctement pour désigner l'un des facteurs des trois rapports ainsi mentionnés. Le pluriel est donc d'un côté, opposé au multiple, en divers sens.

Très souvent, on parlera d'un « pluralisme » des statuts, c'est à dire d'une *diversité* des règles de droit dans leur contenu, pour traiter une question apparemment unique ou unitaire. Il se peut que l'idée de choix soit présente, de telle manière que les destinataires de la règle décident, en partie, de leur statut ; il se peut aussi que des considérations fassent que, indépendamment du choix des destinataires, cette diversité provienne de l'autorité normative (laissant ouverte la question de l'égalité de traitement), ou au contraire soit exclue par elle. En toute hypothèse, cette diversité s'oppose à l'*uniformité* du statut: que l'on pense simplement en droit de la famille à la question des régimes matrimoniaux, ou des filiations (toutes questions sur lesquelles il a été beaucoup écrit, et qui n'appellent pas nécessairement d'être renouvelées) ; et elle ne porte que sur le contenu des règles, ne disant rien des règles elles mêmes.

Parfois aussi, et c'est sans doute le cas dans la problématique qui nous retient, on parlera de « pluralisme » pour désigner une *pluralité* des objets, ou plus exactement une pluralité des formes (constatées) ou modèles (prescrits) d'objets visés par la norme. Ainsi à la référence d'un modèle de famille saisi par le droit, la sociologie ou l'histoire comme *unique* (la famille légitime) aurait succédé, au cours du 20^{ème} siècle, l'apparition d'un prétendu « pluralisme familial » : la coexistence d'une pluralité de modèle ou de faits familiaux (famille monoparentale, famille recomposée, famille homosexuelle, famille polygamique, etc, etc.). La pluralité ne concerne plus ici le seul contenu des normes, mais les objets que les normes régissent ou éventuellement leurs destinataires ; mais la pluralité désigne aussi bien que ces faits existent de manière plurielle dans la société, ou que le droit les reconnaît ou les construit de manière plurielle, ce qui n'est ni lié, ni évident. Pourtant là encore, rien n'est dit sur les règles elles-mêmes.

Dans une troisième problématique, pour laquelle les théoriciens du droit réserve le terme *pluralisme*, le pluriel renvoie à la pluralité des normes elles mêmes, et une pluralité conçue dans un sens très spécifique : l'impossibilité de ramener cette pluralité à une seule *unité systématique*, à un seul ordre juridique ou système juridique. Le *pluralisme juridique* s'oppose ici à l'*unité juridique* dans le sens où il serait éventuellement possible d'identifier en même temps plusieurs systèmes juridiques, ou plus exactement également juridiques et concurrents ; ou si on veut le dire autrement, que se feraient concurrence plusieurs critères pour construire des ordres juridiques (plusieurs normes fondamentales, ou normes de

reconnaissance, ou normes suprêmes pour faire bref) également valides, également efficaces et également légitimes. Les théoriciens du droit sont extrêmement critiques à l'égard de l'hypothèse d'un *pluralisme juridique*,¹ faisant notamment valoir que la question n'est pas celle de la coexistence de plusieurs ordres juridiques séparés (tels divers ordres nationaux), ou de plusieurs ordres normatifs (un ordre juridique et un ordre moral ou religieux par exemple), mais bien de l'égale validité juridique de deux ordres juridiques, en même temps et du même point de vue : la validité découlant de l'appartenance au *même* système juridique (*unité*), il ne peut y avoir de *pluralisme juridique*, mais simplement, lorsque cette unité est construite par un système juridique donné relativement à des règles dont l'origine première lui est extérieure (droit international privé, normes négociées en droit du travail, normes religieuses en droit marocain de la famille par exemple) : une *diversité* des statuts, une *pluralité* de destinataires, éventuellement – ce qui serait encore une autre distinction à faire – une *multiplicité* de sources, ne contrevenant jamais au principe d'unité de l'ordre juridique (du droit). A l'opposé, les véritables tenants du pluralisme juridique (fort peu nombreux au demeurant, car d'une part la plupart de ceux qui s'y réfèrent négligent cette question de l'unité construite, d'autre part ne semblent pas prêt à assumer toutes les conséquences de la posture) prétendent que l'hypothèse de l'unité n'est en rien une qualité constatable des prétendus ordres juridiques (une conséquence de la théorie étatique de la souveraineté) mais bel et bien d'abord une affirmation idéologique visant à réaliser l'unité, ensuite un moyen, en « étatisant » des règles, de s'opposer à un pluralisme qui serait lui constatable.² Le débat tient sans doute à des questions de vocabulaire et de point de vue : la position des théoriciens du droit est purement analytique (si on définit « droit » comme le font les juristes, il ne peut y avoir pluralisme), celle des tenants du pluralisme (parfois) empirique (bien que souvent aussi politique). Comme par ailleurs la validité, au sens juridique, dépend d'un point de vue interne (une norme est valide pour un système, mais rien n'est à dire de la validité du système), alors que l'idée de pluralisme juridique consiste à affirmer la validité de plusieurs systèmes en même temps, d'un point de vue externe à l'un quelconque d'entre eux, le décalage est patent. Il est possible que cette question se pose pour la problématique qui nous retient, *in fine*. Mais dans ce troisième sens, le *pluralisme* n'est pas familial, mais juridique.³ Ce qu'on appelle donc « pluralisme familial » relève prioritairement de ce que j'ai ici désigné comme *pluralité*. Distinguer n'est cependant pas segmenter et il est possible que la pluralité des modèles familiaux révèle aussi une politique vis à vis du pluralisme des ordres normatifs en action.

2 – Situation

La pluralité familiale est constatée et peu contestable. Dans un sens faible, cette pluralité renvoie à une donnée psycho-sociologique pour les individus : leur insertion dans une pluralité de réseaux familiaux, qui s'accroît en volume et se diversifie peut-être (les familles des recompositions familiales), mais qui a cependant toujours existé : famille dont on est issu et famille que l'on fonde, famille dont on est issu et famille à qui l'on s'allie, etc. etc.). Dans un sens fort, cette pluralité se réfère à la diversification et la multiplication, aussi

¹ Par exemple : Eric Millard, Pour une utilisation critique de l'Anthropologie du droit par les juristes... et les anthropologues du droit !, in S. Aubert (dir.) Anthropologie et Droit, Intersections et confrontations, Karthala, Collection Cahiers d'Anthropologie du Droit - Droit et Cultures, 2004, pp. 295-300.

² John Griffith, "What is legal pluralism ?", *Journal of legal pluralism*, 1986.

³ J'avais soutenu que la famille pouvait être aussi considérée, d'une certaine manière, comme un ordre juridique. Il y avait quelque intérêt à mobiliser cette hypothèse dans une démarche théorique, pour en montrer aussi ses limites (L'aporie des relations entre groupes), mais il ne s'agit que d'une hypothèse (d'ailleurs non épuisée). Eric Millard, Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique, LGDJ, collection Bibliothèque de droit public, Paris, 1995, 493 pp.

bien conceptuelle que sociale des modèles familiaux dans les sociétés européennes et nord américaines actuelles : diversification et multiplication tenant aussi bien à un brassage culturel lié aux phénomènes migratoires qu'à une évolution des mœurs.

Se pose évidemment la question, classique en droit, de l'acceptation ou du refus d'un tel fait. Le modèle constaté doit-il être le modèle prescrit ? Dans une démocratie, il n'y a pas de vérité préétablie à cette question,⁴ et c'est évidemment une question de choix politique. Or ce choix s'effectue, dans les démocraties se réclamant du libéralisme politique, en fonction de deux facteurs, qui créent une tension parce qu'ils révèlent une contradiction interne entre la liberté politique et les principes et droits fondamentaux encadrant l'exercice de cette liberté. C'est par cette tension que peut-être approchée la dimension politique de l'acceptation ou du refus, assumés ou imposés, de la pluralité familiale.

Le libéralisme politique affirme en premier lieu l'égale liberté de chacun sur des questions fondamentales liées à sa propre détermination : liberté de croyance, d'expression, de mouvement, d'installation, de mœurs, etc. Les limites à ces libertés entrent dans un cadre très précis, aussi bien procéduralement (la loi, l'autorité judiciaire, etc.) que substantiellement (les raisons permettant de justifier une limite aux libertés : l'exercice par autrui des mêmes libertés, la protection des droits reconnus d'autrui, la dangerosité des comportements, etc.). En ce sens, le libéralisme politique s'affirme comme éthiquement neutre puisque ce ne sont pas des croyances morales, seules, qui peuvent servir en tant que telles de base juridique à une limitation des libertés. Or dans le même temps, le libéralisme politique s'est déployé dans le cadre d'un système politique spécifique, qui lui donne toute sa substance, et qui est celui de la démocratie procédurale. La conséquence de la jonction de ces deux modèles, loin d'un compromis démo-libéral maintes fois critiqué, réside dans l'apparition et la circonscription d'une contradiction. Les deux modèles s'accordent pour ne pas tolérer de limites à l'action et à la décision publiques qui ne soient simplement justifiées par l'affirmation des libertés fondamentales et par l'organisation des procédures d'action et de décision : il n'y a ni légalité supra-constitutionnelle, ni valeurs autres que celles fondant le libéralisme et la démocratie procédurale qui s'imposent ; et encore ces dernières valeurs ne s'imposent qu'aux institutions, et non au pouvoir qui pourrait se vouloir, à nouveau, instituant.

La première caractéristique de la philosophie politique libérale et du système de démocratie procédurale est évidemment d'admettre le risque que fait peser sur leur propre consécration toute opposition (au libéralisme, à la démocratie), mais de se refuser à le condamner *a priori*, sauf à se contraindre à renier leurs propres valeurs. Ceci est bien connu, et du "pas de liberté pour les ennemis de la liberté" au conditionnement de telle liberté à l'acceptation ou à l'adhésion aux valeurs mêmes du libéralisme politique et de la démocratie (qui dès lors n'est plus procédurale !), les tentations du renoncement sont multiples.

Ce qui est moins explicitement relié à cela est l'autre versant du risque, parce qu'il est totalement interne à la conceptualisation même du libéralisme politique dans une démocratie procédurale, et parce qu'il paraît moins déboucher sur une remise en cause du système politico-juridique. Si le propre du libéralisme politique est de refuser de consacrer une valeur morale contre la liberté (et un modèle de vie, familiale ou autre, contre un autre), le propre de la démocratie procédurale est de faire décider les choix moraux du moment (et notamment les modèles de vie illégitimes). La contradiction naît de cette articulation (elle échappe au libéralisme politique non démocratique : que celui-ci soit imaginé dans des contextes pré démocratiques ou dans des contextes alterdémocratiques comme les projets libertaires ; elle échappe aussi aux démocraties non procédurales, i.e. non reliés au libéralisme politique), et du fait évidemment que ces choix moraux du moment, qui s'expriment dans les choix de la démocratie procédurale, peuvent être en contradiction avec les valeurs mêmes de liberté affirmées par le libéralisme politique. Deux espèces de valeurs sont en cause : certaines sont

⁴ Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur.* Dalloz 2004.

liées à la possibilité même de la démocratie procédurale (celles qui sont nécessaires au débat public : réunion, manifestation, expression, etc.) et l'on peut tenir que leur remise en cause empêche le maintien de la démocratie procédurale elle-même, et la détourne vers, au mieux, une démocratie substantielle ; d'autres sont liées aux libertés individuelles (notamment la question des choix de vie : par exemple le traitement juridique de l'homosexualité, le droit de la femme à avorter, etc. ; ou des questions liées à l'usage légitime de la violence : peines, etc. ; ou aux modèles familiaux eux-mêmes, etc.) et leur remise en cause traduit le recul du libéralisme politique autant qu'elle pose directement la question des limites de la démocratie procédurale. Il n'y a là rien d'autre qu'un conflit de valeurs, qui ne peut être tranché que par la décision ; la légitimité tiendra seulement à la voie procédurale adoptée. Si le libéralisme politique a autant besoin du constitutionnalisme (véritable : avec un réel droit au recours), c'est bien pour trouver une solution acceptable à ces conflits de valeur, sous la forme de hiérarchisation des normes. Les valeurs du libéralisme, constitutionnalisées, s'imposent à la démocratie procédurale *dans* le système (contrôle de constitutionnalité) sans pouvoir garantir pour autant le système, qu'un coup d'état ou une révision constitutionnelle peuvent faire disparaître.

3 – Déclinaison

La démarche juridique consiste alors à identifier, *dans* le système, les contraintes (dans la construction des hiérarchies normatives, notamment des hiérarchies axiologiques mobiles entre valeurs et principes, ou dans la définition des modalités d'application et des exceptions aux principes défectibles) qui pèsent sur la liberté politique d'admettre ou de refuser tel ou tel modèle familial, ou qui en découlent.

Parmi les droits individuels, certains dépassent largement la sphère du seul individu puisqu'ils permettent la constitution de collectifs, que le libéralisme considère toujours comme suspect. C'est bien sûr le cas du droit à la famille ou vie familiale.

Par ailleurs, le choix éminemment libéral et démocrate de n'aborder la famille qu'à partir de l'individu (et non par le statut juridique du groupe), contraint à la fois à renoncer à un critère formel (ce qui veut aussi dire à ne pas reconnaître ni combattre formellement le pluralisme familial, jusqu'à un certain point), et à argumenter si l'on veut encadrer les droits des individus à construire et vivre en famille de manière plurale.

Le choix politique implique une démarche normative dans le système juridique. D'un côté, la pluralité est exclue quand son admission aboutirait à accepter que soient niés des droits individuels : famille inégalitaire en droit (l'évolution vers l'égalité des statuts des filiations l'illustre), comportements violents, etc ; l'existence factuelle de telles familles soulève bien sûr une question de pluralisme normatif, de concurrence entre le modèle juridique et d'autres modèles, et renvoie à la question théorique et pratique de la souveraineté étatique comme prétention au monopole de la violence légitime (définition et sanction : contrôle social, vocabulaire - révélateur - de l'*abandon* de famille, etc).

A l'inverse, évidemment, la pluralité est admise si les divers modèles ne portent pas atteinte aux droits individuels, et qu'au contraire ces derniers s'expriment dans de réels choix (supposant la diversité, par exemple sur les statuts offerts aux choix de vie des majeurs : mariage ou partenariats juridique de type Pacs ou concubinage, etc. ; mais cette pluralité concerne autant sinon davantage les couples que les familles).

Entre les deux, demeurent ou apparaissent des questions pour lesquelles une morale publique forte est affirmée et assumée publiquement : les empêchements à mariage ou à Pacs par exemple.

S'il n'y a plus alors uniformité du modèle (encore que le modèle traditionnel survit bien et demeure favorisé et valorisé – mais il n'implique plus d'interdire ou de défavoriser d'autres modèles), il y a un déplacement vers les fonctions remplies par les divers modèles, qui légitime le contrôle et l'évaluation (l'intérêt de l'enfant, l'égalité des droits). La référence à la normalité dans la norme reconnaissant à l'individu un droit à la famille (normale) est la déclinaison de cette approche. Mais entre la normalité recherchée et l'anormalité affirmée, il y a l'entre-deux, le point de tension que la morale publique peine à assumer comme admissible, mais que les droits fondamentaux ne peuvent autoriser à combattre trop explicitement. C'est ici sans doute que la pluralité familiale révèle la dimension politique la plus intéressante, et que se dévoilent certaines contradictions.

4 – Illustrations (1)

Une première illustration peut être recherchée dans la contradiction entre une conception de la famille fondée sur la nature et une conception de la famille fondée sur la culture.

D'un côté, en dépit du principe d'égalité, il reste un obstacle juridique majeur discriminant dans le droit au mariage les adultes selon qu'ils souhaitent se marier avec une personne du sexe opposé ou du même sexe : paradoxalement, c'est sur une question qui pourrait *a priori* être détachable de la question de la famille pour se situer sur celle de l'union entre majeurs que l'obstacle se constitue, alors même que sur des questions plus directement en lien avec la filiation (adoption, droit de garde, délégation d'autorité parentale, etc.) la discrimination recule, au moins partiellement, et permet la pluralité des modèles familiaux ; mais l'idée profondément religieuse ou traditionnellement morale du couple marié comme famille, au moins en devenir, reste prégnante, et c'est bien sur une distinction par nature que la discrimination est justifiée (l'impossibilité d'une procréation naturelle) ; alors même que la philosophie politique libérale combat toute naturalisation des traitements juridiques (interdiction des discriminations fondées sur des données physiques ou ethniques ou mobilisation de la personnalité juridique par exemple).

De la même manière, la question controversée de la vérification, par des tests ADN, dans le cadre des politiques migratoires, de la réalité biologique des filiations pour les candidats au regroupement familial recherche aussi cette justification par l'argument de nature.

Pourtant d'un autre côté, la polygamie est bien combattue non pas sur un plan naturel, mais bien culturel (la décision du Conseil constitutionnel de 1993 précisant explicitement qu'elle ne peut être protégée par le droit à la famille normale puisque « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil* »)⁵ ; de même que la filiation incestueuse, qui ne peut être doublement établie d'un point de vue juridique, alors que des tests ADN en révélerait éventuellement l'existence.

5 – Illustrations (2)

Une seconde contradiction pourrait être vue dans le refus de connaître et le désir de contrôler, ou dans le souci de protéger la vie privée et celui de fournir publiquement un statut juridique. Dès 1999, l'absurdité conceptuelle visant à faire produire un effet juridique (le concubinage) à ceux qui n'en recherchent aucun avait montré cette contradiction. Désormais, c'est dans la publicité du Pacte civil de solidarité qu'on peut la voir resurgir.

⁵ Conseil constitutionnel, 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

La loi du 23 juin 2006 a modifié le régime de publicité du Pacte civil de solidarité, en imposant l'inscription en marge de l'acte de naissance, et l'indication de l'identité du partenaire. Cette publicité minimale pose davantage de problèmes qu'elle n'en résout, du point de vue de la protection de la vie privée, en alignant ici le régime du pacte sur celui du mariage. Il est clair que cela répond à un besoin pratique et à une revendication symbolique, tant que l'on refuse les mariages homosexuels. Mais cela prive en même temps le pacte d'un de ses possibles intérêts : la mise en place d'un statut juridique minimal portant sur des questions strictement matérielles (alternative voulue alors par les partenaires au mariage) ; ce qui le place en porte à faux entre vie familiale et vie privée.

Certaines pratiques, notamment notariales, tendent à se développer désormais, visant à divulguer sans précautions dans des actes notariés, authentiques ou non, la conclusion ou la non conclusion d'un Pacte civil de solidarité, par une des personnes concernées à l'acte. Ces pratiques confondent les éléments de vie privée et les éléments de statut familial. Elles reposent techniquement sur l'assimilation du droit de communication, que l'officier ministériel a toujours pu exercer dans certaines conditions, pour certains actes établis sous sa responsabilité, à l'obligation d'inscrire l'existence du Pacte dans l'acte lui-même. De manière révélatrice d'ailleurs, cette pratique s'exerce le plus souvent incidemment : l'acte passé devant notaire indique qu'aucun pacte n'a été conclu, ce qui oblige les personnes concernées soit à révéler un élément de leur vie privée, soit à signer un acte dont elles savent pertinemment qu'il contient des éléments faux. L'habitude étant le plus souvent que le notaire lit l'acte en présence de toutes les personnes concernées, qui le découvrent, il en résulte parfois des situations qui peuvent générer de graves conséquences humaines.

La justification avancée à cette pratique réside dans la responsabilité éventuelle du notaire liée aux actes qu'il instrumente pour lesquels l'existence du Pacte peut avoir une importance, pour les tiers notamment. Initialement, le pouvoir réglementaire avait limité au besoins des règlements successoraux et à l'établissement des actes nécessitant une publicité au bureau des hypothèques ainsi qu'aux donations le droit de communication ouvert au notaire.⁶

L'inscription en marge de l'acte de naissance ne fonde cependant pas un droit ou une obligation de divulgation : en toute hypothèse, l'appareil législatif et réglementaire doit être interprété à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle et européenne ; dès 1999 le conseil constitutionnel indiquait notamment que s'il faut effectivement tenir compte de ce que les « règles d'enregistrement des pactes civils de solidarité [...] ont une double finalité ; [...] d'une part, elles visent à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste ; [...] d'autre part, elles tendent à conférer date certaine au pacte civil de solidarité pour le rendre opposable aux tiers, dont il appartient au législateur, comme cela a été dit précédemment, de sauvegarder les droits », il reste que « l'enregistrement n'a pas pour objet de révéler les préférences sexuelles des personnes liées par le pacte » et que « les conditions dans lesquelles seront traitées, conservées et rendues accessibles aux tiers les informations relatives au pacte civil de solidarité seront fixées par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; que s'appliqueront les garanties résultant de la législation relative à l'informatique et aux libertés ; que, sous ces réserves, le législateur n'a

⁶ Décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999 relatif aux conditions dans lesquelles sont traitées et conservées les informations relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité et autorisant la création à cet effet d'un traitement automatisé des registres mis en oeuvre par les greffes des tribunaux d'instance, par le greffe du tribunal de grande instance de Paris et par les agents diplomatiques et consulaires français, art. 5-1, abrogé par le décret n° 2006-1807 du 23 décembre 2006 relatif à l'enregistrement, à la conservation et au traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité – les dispositions de l'ancien décret reste toutefois applicables jusqu'au 30 juin 2008 aux pactes conclus avant 2007.

pas porté atteinte au principe du respect de la vie privée »⁷. Même accessibles, les informations relatives à la vie privée ou familiale n'ont à être mentionnées dans un acte public, ou révélées par un officier public, que lorsque cette mention ou révélation est imposée par le droit ou nécessitée par un besoin légitime et constaté. Il en va de l'existence d'un pacte civil comme de toute autre information sur la vie privée et familiale. On peut conclure un pacte pour régler des questions matérielles sans vouloir révéler à ses proches que l'on vit avec quelqu'un et avec qui l'on vit ; on peut tenir compte des intérêts légitimes des tiers sans contraindre ou être contraint à un "outing" généralisé.

Or le contenu des conventions, initiale ou modificative, qui seul fait question dans la pratique notariale, est largement laissé à l'appréciation des partenaires. Le notaire ne peut déduire en rien de l'existence d'un pacte l'effet patrimonial que celui-ci aura, s'il en a, sur l'acte envisagé. Cet effet dépend seulement du contenu du Pacte, auquel le notaire n'a pas accès, puisque la convention n'est ni conservée, ni bien sûr communiquée⁸. La divulgation *automatique* dans l'acte de l'existence d'une convention ne protège ainsi d'éventuels intérêts légitimes des tiers qu'en portant *systématiquement* atteinte aux droits des partenaires. Cette atteinte n'est de ce fait pas toujours nécessaire, et pas toujours justifiée. Voilà la tension.

La protection de la vie privée commande ici que, sauf à être expressément imposée par la loi, la divulgation de l'existence d'un Pacte civil de solidarité, et des personnes concernées par ce pacte, présentes ou tiers à l'acte, ne peut résulter que d'un choix ou d'une autorisation préalable et explicite de ces personnes seules. Le notaire devrait toujours se rapprocher préalablement, et en s'entourant de garanties de protection de la vie privée, des personnes concernées, pour les informer loyalement de toutes les questions et enjeux liés à l'existence d'un pacte préalablement conclu, pour prendre connaissance s'il y a lieu et si les partenaires l'y autorisent du contenu de la convention, pour les éclairer sur les incidences de ce pacte sur les intérêts légitimes des tiers, et sur les raisons pour lesquelles il entendrait, si cela est justifié, en mentionner l'existence dans l'acte. Il devrait cependant toujours s'assurer de leur accord avant d'envisager d'en faire la publicité dans l'acte, sauf à risquer d'engager sa responsabilité du fait du non respect de la vie privée.

Il reste que cette procédure est peu confortable et potentiellement dangereuse elle aussi (notamment parce qu'elle pourrait déboucher sur des investigations injustifiées, voire sur un refus systématique d'instrumenter en cas de non réponse). Un encadrement législatif clair et général de cette question est attendu, pour ne pas laisser s'affronter indéfiniment une logique de publicité dangereuse par sa systématisme pour les partenaires et une logique de protection de la vie privée éventuellement problématique pour les intérêts des tiers par son automaticité.

Pour surmonter, provisoirement, la contradiction : ce n'est pas le point le moins intéressant de constater que le retrait de l'intervention publique morale, qui conduit à admettre la pluralité familiale, ne signifie en rien une limitation de l'intervention publique, mais appelle simplement sa redéfinition.

Eric MILLARD
Professeur de droit Public
Université Paris X
Centre de Théorie et Analyse du Droit

⁷ Conseil constitutionnel, déc 99-419 DC 9 novembre 1999.

⁸ Art. 1, 2 et 7 du Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité