

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES
Séance plénière du 27 juin 2007 à 9 h 30
« Niveau de vie, veuvage et divorce »

Document N° 06
<i>Document de travail, n'engage pas le Conseil</i>

La notion de famille dans les différentes branches juridiques

Secrétariat général du Conseil d'orientation des retraites

La notion de famille dans les différentes branches juridiques

La présente note a un caractère exploratoire et n'a pas la prétention à l'exhaustivité compte tenu de l'étendue du sujet et de sa complexité. Elle constitue une première approche des modèles de représentation de vie familiale et conjugale qui seraient sous-jacents dans les différentes branches juridiques à travers leurs évolutions. Les analyses mériteraient un approfondissement en s'appuyant sur un examen systématique des dispositions juridiques.

Le droit dit de la famille est une branche du droit civil. Son champ ne se limite pas aux aspects uniquement personnels (mariage, filiation, nom, autorité parentale...), il prend en compte aussi les éléments patrimoniaux (régimes matrimoniaux, successions...). Ce droit de la famille est sans doute une des branches du droit civil dont les articles au sein du Code civil ont été le plus modifiés depuis 1804. Si le droit civil cherche de manière générale à organiser la vie en société et les relations entre les individus, le droit de la famille a cette particularité de constituer, sans doute davantage que les autres branches, une intrusion manifeste dans la sphère la plus privée, la vie conjugale et familiale, sur le fondement de principes moraux ou animé par le souci d'assurer le bonheur de chacun des membres qui composent ce qui est appelé « la famille ».

L'approche ne saurait se borner, néanmoins, à l'étude du seul droit de la famille au sens circonscrit de sa dimension purement civiliste. La compréhension de la notion de famille tel qu'elle est interprétée par notre droit positif passe par une appréhension plus large, englobant les aspects conjugaux ou familiaux du droit social, du droit fiscal, voire du droit pénal¹. A cet égard, il peut être intéressant d'examiner les éléments de distinction dans les modèles de représentation de la vie conjugale et familiale présents dans les branches juridiques qui peuvent traduire des différences en termes de politique familiale ou de valeurs. Se préoccuper de l'ensemble des dispositifs existants et des éventuels modèles de représentation sous-jacents, c'est rechercher une éventuelle cohérence globale des droits de la famille, c'est voir aussi dans quelle mesure le droit cherche à s'aligner sur les faits ou, au contraire, à promouvoir certains modes de vie familiale et conjugale.

Le droit de la famille, plus encore peut-être que d'autres branches du droit, est confronté effectivement à la question de la fonction du droit : le droit de la famille doit-il avoir pour finalité de proposer un modèle et de prescrire un certain type de comportements familiaux et sociaux ou doit-il partir au contraire du réel pour définir et aménager juridiquement la multiplicité des situations ? Dans cette dernière hypothèse où le droit de la famille propose aux individus des options, le droit se présente comme neutre car ne privilégiant et ne hiérarchisant *a priori* aucun comportement. En vérité, parce qu'il doit notamment concilier des intérêts parfois contradictoires, comme par exemple les droits du conjoint survivant et ceux des enfants, ou protéger certaines catégories de personnes, les enfants par exemple, le droit de la famille est représentatif de choix de société et de valeurs mettant tour à tour l'accent sur le mariage, le couple, l'enfant ou l'individu.

¹ Ainsi, par exemple, l'empreinte familiale peut constituer tantôt un facteur aggravant, à l'instar du parricide ou meurtre du père (article 221-4-2° du nouveau Code pénal), tantôt un obstacle à la répression : le vol est impuni s'il est commis entre ascendants et descendants, ou entre conjoints non séparés (article 311-12) ; de même, des parents ne peuvent être poursuivis pour avoir fourni cachette et moyen de subsistance au délinquant (article 434-6).

I- Le droit civil, du modèle prescriptif à l'adaptation à la diversité des situations

Le droit familial inscrit dans le Code civil de 1804 est un compromis entre la famille d'Ancien Régime et les principes révolutionnaires. Se juxtaposent l'autorité du mari et du père sur sa femme et ses enfants ainsi que les idées de laïcité et d'individualisme. Le Code civil de 1804 établit « *une transaction entre la famille de l'Ancien Régime et la famille du droit révolutionnaire (...). Dans son histoire, le droit de la famille a toujours évolué entre deux extrêmes, chacun entraînant dans son sillage un cortège de conséquences. Ou bien, une famille solide et hiérarchisée, fondée sur la loi et la légitimité, constituant une institution, reposant sur un mariage stable, une filiation légitime, une puissance maritale, une puissance paternelle, la réserve successorale, et une obligation alimentaire traduisant la force de la solidarité familiale. Ou bien, à l'opposé, une famille composée d'un agrégat d'individus, fondée sur la liberté, l'égalité et la nature, facilement éphémère, avec pour conséquences le divorce facile, l'union libre, la filiation selon la nature physique, l'éducation sans contrainte assurée par l'Etat et la Sécurité sociale, substituant la collectivité nationale à la solidarité familiale. Entre ces deux extrêmes, l'histoire du droit de la famille varie sans cesse ; elle est devenue une remise en cause presque permanente* »². Le Code civil de 1804 fait du mariage le fondement de la famille dont les enfants naturels³ sont exclus. En même temps, le Code civil maintient le divorce introduit par la loi du 20 septembre 1792, mais il en fait la sanction d'une faute. La Restauration supprime en 1814 le divorce qui est rétabli sous la III^{ème} République en 1884. Le modèle familial du Code civil de 1804 est celui d'une famille légitime et patriarcale. La famille n'a cependant pas de réalité juridique, ni personnalité morale, ni patrimoine familial. Cette conception s'est perpétuée, dans ses grands traits, tout au long du XIX^{ème} siècle et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle.

A partir des années 1960, le législateur adapte le droit de la famille à la rapidité de l'évolution des mœurs. Les réformes législatives se sont succédées, la plupart à l'instigation du doyen Jean Carbonnier, bouleversant en profondeur le droit de la famille : sur la tutelle et l'émancipation (loi du 14 décembre 1964), sur les régimes matrimoniaux (loi du 13 juillet 1965 retouchée par la loi du 23 décembre 1985), sur l'adoption (lois du 11 juillet 1966, du 22 décembre 1976, du 8 janvier 1993, du 5 juillet 1996 et du 6 février 2001), sur les incapables majeurs (loi du 3 janvier 1968), sur la filiation (lois du 3 janvier 1972, du 8 janvier 1993, du 29 juillet 1994 et du 3 décembre 2001), sur l'âge de la majorité (loi du 5 juillet 1974), sur le divorce (loi du 11 juillet 1975 modifiée par la loi du 26 mai 2004), sur le pacte civil de solidarité (loi du 15 novembre 1999), sur l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat (loi du 22 janvier 2002), sur le nom de famille et sur l'autorité parentale (lois du 4 mars 2002).

La notion de pluralisme du droit de la famille s'introduit en droit positif à la suite des réformes successives. Elle est fondée sur l'idée que le droit ne doit plus imposer de modèle familial mais laisser aux individus le choix des options selon la célèbre formule du doyen Jean Carbonnier « *à chacun sa famille, à chacun son droit* »⁴. Elle se traduit par une

² Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, éd. Defrénois, 2004, p. 10.

³ L'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a mis fin à la distinction juridique entre enfants légitimes (nés pendant le mariage) et enfants naturels (nés hors mariage).

⁴ Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 1979, p. 167.

contractualisation et une libéralisation⁵ accrues des rapports familiaux et conjugaux qui, elles-mêmes, passent par la reconnaissance et la promotion de l'égalité entre les individus :

- égalité entre les époux : sont reconnues à la femme mariée la pleine capacité juridique en 1938 et la possibilité de gérer ses biens propres en 1942 ; elle peut librement exercer une profession à partir de 1965 sans que le mari ne puisse juridiquement s'y opposer. La loi du 11 juillet 1975, constituant d'un certain point de vue un retour à l'idéal révolutionnaire de 1792 malgré des différences profondes, ouvre très largement le divorce avec notamment le divorce par consentement mutuel ;
- égalité entre les pères et les mères : depuis la loi du 4 juin 1970, il n'y a plus de chef de famille. Les époux dirigent en commun la vie familiale (article 213 du Code civil) et ils exercent à égalité leur autorité parentale ce qui leur confère des droits-devoirs (articles 371-1 et s.) ;
- égalité entre les enfants, quelle que soit la qualité de leur filiation : les enfants, dont la filiation est légalement établie, « *ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* » (article 310 du Code civil).

La contractualisation du droit de la famille apparaît nettement également à travers la création par la loi du 15 novembre 1999 du pacte civil de solidarité, qui permet à deux personnes physiques, de même sexe ou de sexe différent, d'organiser conventionnellement leur vie commune sans que les conditions tenant à la conclusion, au contenu ou aux modalités de rupture du contrat n'apparaissent très contraignantes.

Le droit de la famille s'aligne progressivement sur les faits et accorde une place croissante à l'autonomie de la volonté. Corrélativement, l'ordre public familial, qui peut se définir comme les règles auxquelles on ne peut pas déroger⁶, apparaît de moins en moins comme un ordre public de direction, mais davantage comme un ordre public de protection. Ainsi, par exemple, l'obligation de fidélité entre époux revêtait, à l'évidence, un caractère impératif d'ordre public de direction. Cette obligation a décliné comme le montre, notamment, l'évolution des « sanctions » de l'infidélité. La loi de 1975 a fait disparaître l'adultère comme cause péremptoire de divorce et a supprimé le délit pénal d'adultère. L'annulation juridictionnelle des conventions par lesquelles les parents renonceraient à l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants⁷ est une manifestation du maintien, en revanche, d'un ordre public de protection en matière familiale. « *D'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société présumé assurer celui de l'individu, on passe à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu présumé assurer celui de la société* »⁸.

Le droit civil de la famille tend alors à prendre deux visages, le droit du couple ou de la communauté de vie d'une part, le droit de l'enfant d'autre part. Le droit du couple ou de la communauté de vie tend à se substituer au droit de la famille. « *Ce n'est plus seulement le mariage qui fait la communauté de vie, c'est plutôt la communauté de vie qui fait la famille* :

⁵ Plusieurs facteurs peuvent être avancés pour expliquer cette libéralisation du droit de la famille : entres autres, l'exode rural, le développement du travail féminin, le déclin des valeurs religieuses, les mouvements féministes, l'individualisme, les revendications des minorités d'un droit à la différence, etc.

⁶ S'agissant des époux, cet ordre public est affirmé à travers les dispositions de 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* ».

⁷ Cass. civ., 2^{ème}, 2 mai 2001, Bull. 2001, II, n°80.

⁸ Jean Hauser, rapport français, in *L'ordre public*, travaux de l'association Henri Capitant, p. 484 et s.

le législateur prend acte de l'évolution des mœurs (...) »⁹. Le professeur Thierry Revet va même jusqu'à considérer que l'union matrimoniale « se ramène à une libre association sexuelle en vue d'une vie commune, nouée entre deux personnes entendant de moins en moins voir leur individualité altérée par la conjugalité »¹⁰. L'individualisation croissante des droits tendrait à rétrécir, voire à faire disparaître, l'entité famille. Par ailleurs, il faut mettre en évidence le souci du législateur de protéger la personne et les intérêts de l'enfant qui va de pair avec l'intervention croissante du juge dans la vie familiale. La loi du 8 janvier 1993 crée un juge aux affaires familiales (JAF) qui est compétent pour la quasi-totalité du contentieux familial (divorce, obligation alimentaire,...). Ainsi, en matière d'autorité parentale, la loi du 4 mars 2002 confère au juge aux affaires familiales « une compétence générale renforcée pour régler désormais toutes les questions relatives à la nouvelle autorité parentale ».

II- Le droit social ou l'importance prise par la notion de personne à charge par-delà les liens familiaux au sens du droit civil

1. Le droit de la sécurité sociale, « une famille de fait centrée sur la notion de personne à charge »¹¹

Les liens entre sécurité sociale et famille apparaissent dès les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale, premier article du Code de la sécurité sociale, qui énoncent notamment que l'organisation de la sécurité sociale « *garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s)* ».

Par-delà les liens conjugaux ou de filiation qui peuvent exister, le droit de la sécurité sociale accorde une place particulière à la notion de personne à charge. Bien souvent les droits familiaux sont accordés à l'individu par le truchement de la qualification de personne à charge. Comme l'écrit Jean-Jacques Dupeyroux, « *la famille prise en considération par le droit de la sécurité sociale se voit-elle conférer une autonomie et une spécificité conceptuelle marquée lorsque ce droit attache des effets juridiques à la notion de personne à charge* »¹². Cette qualification spécifique de personne à charge fait du droit de la sécurité sociale un droit relativement non directif par rapport aux choix individuels de configurations familiales. Il est d'ailleurs difficile de juger le rôle des diverses prestations de sécurité sociale (prestations familiales et prestations de maladie) au regard de la sphère familiale : elles peuvent être analysées soit comme substituant la solidarité nationale aux devoirs de solidarité intrafamiliaux, soit au contraire comme fournissant à la famille les moyens d'assurer ses fonctions.

Conformément à cette notion de personne à charge, les prestations familiales, si elles ne recouvrent qu'un seul aspect des politiques familiales, visent précisément à aider, selon

⁹ Laurent Griffon, *Droits de famille et communauté de vie*, Collection Doctorat et notariat, Imprimerie La Mouette, 2002, p. 11.

¹⁰ Thierry Revet, RTD civ. 2000, 173.

¹¹ Selon l'expression de Jean-Jacques Dupeyroux in *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2005, p. 132.

¹² Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2005, p. 132.

l'article L. 512-1 du Code la sécurité sociale, « *toute personne (...) ayant à sa charge un ou plusieurs enfants* ». L'article L. 511-1 en définit neuf : la prestation d'accueil du jeune enfant ; les allocations familiales ; le complément familial ; l'allocation de logement ; l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé ; l'allocation de soutien familial ; l'allocation de rentrée scolaire ; l'allocation de parent isolé et la prime forfaitaire instituée par l'article L. 524-5 ; l'allocation journalière de présence parentale.

En matière d'assurance maladie, la qualité d'ayant droit est attribuée non seulement à l'assuré lui-même mais également à l'ensemble des individus dont il a la charge. Cette catégorie de personnes est assez extensive et transcende les liens familiaux juridiques habituels au sens du Code civil. Par membre de famille, en effet, les dispositions de l'article L. 313-3 du Code la sécurité sociale comprennent : le conjoint non divorcé¹³, tous les enfants à charge de l'assuré ou de son conjoint sous réserve d'une limite d'âge ; l'ascendant, le descendant, le collatéral jusqu'au 3ème degré ou l'allié au même degré de l'assuré social, qui vit sous le toit de celui-ci et qui se consacre exclusivement aux travaux du ménage et à l'éducation d'enfants à la charge de l'assuré.

L'extension de la notion d'ayant droit est manifeste à travers les dispositions de l'alinéa premier de l'article L. 161-14 qui assimilent le concubin¹⁴ ou la personne liée à un assuré social par un PACS¹⁵ au conjoint : « *la personne qui vit maritalement avec un assuré social, et qui se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité. Il en est de même de la personne liée à un assuré social par un pacte civil de solidarité, lorsqu'elle ne peut bénéficier de la qualité d'assuré social à un autre titre* ». Les dispositions du second alinéa du même article vont plus loin en prévoyant que « *la personne [une seule par assuré social] qui vit depuis une durée [d'au moins douze mois consécutifs] avec un assuré social, et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve (...), la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité* »¹⁶.

En matière de retraite, l'analyse des fondements historiques de la pension de réversion ou des majorations de durée d'assurance¹⁷ met également en évidence l'importance de cette notion de personne à charge. Les évolutions qui ont été à l'œuvre ces dernières décennies témoignent, toutefois, de profondes mutations en la matière¹⁸.

A l'origine, la pension de réversion pouvait s'analyser comme une protection de la femme au foyer « à charge » du mari qui en vertu de l'article 213 du Code civil était considéré comme le chef de famille. Elle trouvait son fondement dans la responsabilité du père à l'égard de sa famille.

¹³ Sauf si le conjoint de l'assuré bénéficie lui-même d'un régime obligatoire d'assurance maladie, exerce personnellement, pour le compte de l'assuré ou d'un tiers, une activité professionnelle ne motivant pas son affiliation à un tel régime, est inscrit au registre des métiers ou du commerce ou exerce une profession libérale.

¹⁴ Loi n°78-2 du 2 janvier 1978.

¹⁵ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999.

¹⁶ Loi n°93-121 du 27 janvier 1993.

¹⁷ Les majorations de durée d'assurance pour enfant, créées à partir des années 70 dans le régime général (elles étaient plus anciennes dans certains régimes du secteur public ou spéciaux), avaient pour objectif d'améliorer les droits à pension des femmes et de tenir compte de leurs charges familiales.

¹⁸ Voir le document n°16 de la séance plénière du 7 juin 2006 du Conseil d'orientation des retraites : « L'égalité entre hommes et femmes dans le domaine des retraites en France : les fondements de quelques dispositifs ».

Le conjoint devait être matériellement « à charge » de l'assuré défunt, ce qui supposait des conditions de ressources et que le conjoint ne puisse pas être bénéficiaire d'une retraite personnelle. En pratique, seules les femmes restées au foyer étaient susceptibles de bénéficier de la pension de réversion. Dans le régime de la fonction publique, le bénéfice de la pension de réversion était explicitement réservé aux seules veuves.

Par ailleurs, seul le conjoint pouvait bénéficier de cette pension. La pension de réversion ne pouvait pas être accordée aux concubines ou aux femmes divorcées, à quelques dérogations près. C'est l'institution familiale et, en son cœur, celle du mariage qui justifiait une pension de réversion permettant de garantir la famille du risque que pouvait entraîner le décès du mari. Le lien conjugal absent ou rompu, la pension de réversion perdait sa raison d'être.

Les évolutions législatives qui affectent dans les années 1970 à la fois le droit du divorce et le mécanisme de la pension de réversion peuvent être analysées comme modifiant les fondements du droit à pension de réversion qui n'est plus subordonné au respect des obligations nées du mariage, mais résulterait d'un lien de solidarité financière entre époux qui contribuent en commun à la constitution d'une pension.

La loi du 17 juillet 1978 marque à cet égard une étape fondamentale dans l'évolution des fondements de la pension de réversion. La loi reconnaît à la personne (femme ou homme) divorcée, quelle que soit la forme ou la cause du divorce, un droit automatique à tout ou partie de la pension. En assimilant le conjoint divorcé au conjoint survivant, elle suggère l'idée que le droit serait justifié par le fait que les deux époux contribuent en commun à la constitution de droits à la retraite.

Cette loi de 1978 peut s'analyser comme la conséquence logique et l'extension au domaine des pensions de la réforme du divorce du 11 juillet 1975. L'idée d'un comportement fautif n'est plus consubstantielle au divorce, même si le divorce pour faute n'a pas disparu du Code civil, et l'octroi d'une prestation sociale, la pension de réversion, ne dépend plus du respect des obligations nées du mariage et n'est pas affecté par une éventuelle faute commise dans le cadre du ménage.

Les époux en se mariant prennent solidairement en charge la cotisation de l'assurance vieillesse. La veuve a des droits sur la pension de l'assuré en tant qu'elle a indirectement contribué à leur constitution.

L'analyse du droit à réversion comme un droit « quasi-patrimonial » doit être, néanmoins, nuancée au moins au regard de deux considérations. Le montant de la pension de réversion n'est pas fonction de la durée du mariage, ce qui contredit l'idée d'une constitution commune de droits à pension durant le temps du mariage qui impliquerait une pension de réversion calculée *au prorata* de la durée du mariage. Surtout, dans le régime général (ce qui n'est pas le cas des autres régimes de retraite), l'existence d'une condition de ressources limite substantiellement la dimension quasi patrimoniale de la pension.

2. Le droit du travail, la prise en compte du salarié essentiellement comme parent

Le droit du travail prend aussi en compte la vie familiale du salarié. Les dispositions légales et conventionnelles assurent la protection des salariés afin de faciliter la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. La vie de famille constitue une charge de fait. Elle exige, en effet, du temps, un investissement qui pourrait être pris sur celui du travail. Comme a pu

l'écrire le professeur Alain Supiot, « *la vie de famille affecte nécessairement l'exécution du travail salarié, et d'un point de vue de pure productivité, le salarié idéal est celui qui n'a pas de famille* »¹⁹.

Pour l'essentiel, le droit du travail prend en compte la vie de famille du salarié en tant que parent. C'est en qualité de parent que le salarié peut prendre un congé postnatal²⁰, un congé parental d'éducation²¹, un congé enfant malade²², un congé de présence parentale²³. A bien des égards, ces dispositions peuvent apparaître comme le prolongement de l'obligation civile, relevant de l'autorité parentale prévue à l'article 371-1, du Code civil de protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». C'est également en tant que mère que la salariée bénéficie d'un aménagement de son emploi et d'une protection législative et réglementaire pendant sa grossesse²⁴, en particulier elle est protégée contre le licenciement²⁵.

La notion de personne à charge intervient dans la détermination des critères de l'ordre de licenciement. En cas de licenciement pour motif économique, à défaut de convention ou d'accord collectif applicable, les dispositions de l'article L. 321-1-1 du Code du travail prévoit que les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements doivent notamment prendre en compte les charges de famille et, en particulier, celles de parents isolés.

Des dispositions concernent également le couple ou le cercle familial. Il en est ainsi des congés pour événements familiaux légaux²⁶ (mariage du salarié, naissance ou adoption, décès d'un conjoint ou d'un enfant, mariage d'un enfant, décès de certains membres de famille) ou conventionnels²⁷. Le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie²⁸ s'adresse à tout salarié dans ses rapports à un ascendant, descendant ou personne partageant son domicile. Cette dernière disposition bénéficie aux concubins alors que, jusqu'alors, seuls les conjoints étaient visés par les dispositifs du Code du travail s'intéressant au couple. Avec la loi relative au pacte civil de solidarité, toutefois, un certain nombre de dispositions du Code du travail qui concernent les conjoints s'étendent aux partenaires liés par le pacte civil de solidarité²⁹.

Dans cette appréhension des situations de famille, l'ordre de départ en congés payés peut tenir compte de la « *situation familiale* » du salarié, notamment des possibilités de congé du conjoint ; les conjoints travaillant dans une même entreprise ayant droit à un congé simultané³⁰. S'agissant de la durée du travail, les salariés qui en font la demande peuvent

¹⁹ Alain Supiot, « Femme et famille en droit du travail » in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 385.

²⁰ Article L. 122-28 du Code du travail.

²¹ Article L. 122-28-1 du Code du travail.

²² Article L. 122-28-8 du Code du travail.

²³ Article L. 122-28-9 du Code du travail.

²⁴ Articles L. 122-25 et s. du Code du travail.

²⁵ Article L. 122-25-2 du Code du travail.

²⁶ Article L. 226-1 du Code du travail.

²⁷ Certaines conventions collectives accordent au salarié un congé « conjoint malade ».

²⁸ Article L. 225-15 et s. du Code du travail.

²⁹ Les dispositions suivantes sont applicables aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité : articles L. 223-7 al. 3 et 4 (ordre de départ en congé en fonction notamment des possibilités de congé du partenaire et congé simultané pour les partenaires travaillant dans la même entreprise), L. 226-1 al. 4 (deux jours de congé en cas de décès du partenaire) et L. 784-1 du Code du travail (application des dispositions du Code du travail pour le partenaire salarié du chef d'entreprise).

³⁰ Article L. 223-7 du Code du travail.

bénéficiaire d'une réduction de la durée du travail en raison des besoins de leur « *vie familiale* »³¹.

III- Le droit fiscal, entre réalisme et instrument de politique familiale

Il est habituel de considérer le droit fiscal comme plus attaché aux faits qu'aux définitions juridiques abstraites. Il serait, selon les expressions consacrées, « réaliste », c'est-à-dire s'intéressant à la réalité économique et sociale, et « autonome », c'est-à-dire non lié par les qualifications juridiques utilisées dans les autres branches juridiques³². L'autonomie du droit fiscal repose sur l'idée selon laquelle les principes et les règles qui doivent régir cette matière juridique ont un caractère spécial et indépendant des autres branches du droit : tant vis-à-vis des autres branches du droit public qu'au regard du droit privé, « *la loi fiscale possède une indépendance qui lui permet d'établir ses propres règles ; le droit fiscal, comme charbonnier, est maître chez lui* »³³.

A partir de cette compréhension des qualifications fiscales, le droit fiscal reconnaît-il la famille ? Y aurait-il un modèle familial sous-jacent à notre législation fiscale ou les dispositifs fiscaux seraient-ils parés d'une certaine neutralité au sens où ils ne prescriraient pas un certain type de comportements et de normes familiales ?

Le droit fiscal a à voir avec la famille : les revenus familiaux, le patrimoine familial, les transmissions sont soumis à des règles d'imposition. Chaque épisode familial, heureux ou malheureux, rencontre le droit fiscal, de la naissance au décès, du mariage à la rupture. Le droit fiscal de la famille est un droit de superposition qui s'applique à des situations régies par le droit patrimonial de la famille.

Tant qu'était assignée au prélèvement fiscal la seule fonction de couvrir les charges publiques, l'impôt était perçu comme neutre dans la vie de famille et ne devait pas dicter les comportements des contribuables. Le système fiscal mis en place après la Révolution de 1789 et pendant tout le XIX^{ème} siècle reposait essentiellement sur des impôts indirects. L'impôt direct ne représentait qu'une imposition de complément. Les contributions directes (contribution foncière sur les propriétés bâties et non-bâties, la patente, la personnelle mobilière et l'impôt sur les portes et les fenêtres) étaient établies à partir de taux proportionnels et non progressifs, surtout elles étaient construites à partir des signes extérieurs et non sur les revenus réels, protégeant ainsi les contribuables de toute ingérence du fisc dans leur vie professionnelle et privée.

C'est à partir du début du XX^{ème} siècle qu'apparaît l'interventionnisme fiscal et la famille constitue très tôt une de ses cibles privilégiées. A l'exemple du principe de taxation par foyer fiscal de l'impôt sur le revenu³⁴ par les lois du 15 juillet 1914 et du 31 juillet 1917, la famille ne devient pas seulement le support de l'imposition, mais un *sujet fiscal*. Cette notion de

³¹ Article L. 212-4-7 du Code du travail.

³² A partir des années 20, une vive controverse est née au sein de la doctrine tenant à l'émergence de la théorie dite de l'autonomie du droit fiscal. Pendant plusieurs années, un débat a alimenté les chroniques entre les tenants de l'autonomie du droit fiscal guidés par le doyen Trotabas et ceux contestant cette autonomie, certains d'entre eux préconisant davantage l'idée de particularisme du droit fiscal sous l'impulsion du doyen Gény.

³³ Louis Trotabas, *Essai sur le droit fiscal*, Revue de science et de législation financière, 1928, p. 225.

³⁴ Dans notre approche, on se limitera essentiellement à l'étude de l'impôt sur le revenu qui, s'il ne représente qu'une part minoritaire des prélèvements fiscaux et ne concerne environ qu'un foyer fiscal sur deux, n'en repose pas moins sur une conception très « familialiste ».

« foyer fiscal » exprime le choix d'une personnalisation, plutôt que d'une individualisation de l'impôt, et une reconnaissance explicite d'une entité, d'une cellule à laquelle on rattache un certain nombre de personnes physiques.

Le principe de l'imposition par foyer revient, en effet, à considérer le revenu imposable comme l'ensemble des revenus perçus par chacun des membres se rattachant au foyer fiscal, c'est-à-dire le contribuable lui-même ou les deux époux ainsi que les enfants à charge. L'imposition par foyer traduit la solidarité conjugale qui unit les couples mariés : les revenus sont cumulés sans distinction des apports respectifs des deux conjoints ; ces revenus sont eux-mêmes utilisés pour des dépenses et des charges domestiques communes à l'ensemble des membres composant le foyer.

La règle de l'imposition sur les revenus mondiaux des personnes fiscalement domiciliées en France, en l'absence de dérogations prévues par les conventions internationales relatives à la double imposition³⁵, tient compte du critère du foyer et de la situation familiale pour établir le domicile fiscal en France³⁶. Ainsi, notamment, une personne pourra être considérée comme domiciliée fiscalement en France alors même qu'elle exercerait son activité professionnelle à l'étranger si sa famille demeure en France.

L'introduction du mécanisme du quotient familial par la loi du 31 décembre 1945 vise à favoriser la natalité et constitue un élément fiscal de la politique familiale en limitant le jeu de la progressivité au profit des familles : il renforce la communauté familiale en diminuant la charge fiscale des familles en fonction du nombre d'enfants à charge. Le quotient familial consiste effectivement à diviser le revenu imposable par un nombre de parts variant en fonction de la composition du foyer fiscal. La visée nataliste est notamment traduite par l'augmentation d'une demi-part pour chacun des deux premiers enfants et d'une part entière à compter du troisième pour les couples mariés³⁷. Il est à remarquer qu'un contribuable veuf

³⁵ Les liens familiaux sont également un des critères fréquemment retenus dans les conventions fiscales pour déterminer le pays de résidence d'une personne physique qui serait considérée comme domiciliée dans chacun des Etats par application de chacune des législations internes.

³⁶ Articles 4 A et 4 B du Code général des impôts.

³⁷ Aux termes de l'article 194 du Code général des impôts, « I. Le nombre de parts à prendre en considération pour la division du revenu imposable (...) est déterminé conformément aux dispositions suivantes : Célibataire, divorcé ou veuf sans enfant à charge = 1. Marié sans enfant à charge = 2. Célibataire ou divorcé ayant un enfant à charge = 1,5. Marié ou veuf ayant un enfant à charge = 2,5. Célibataire ou divorcé ayant deux enfants à charge = 2. Marié ou veuf ayant deux enfants à charge = 3. Célibataire ou divorcé ayant trois enfants à charge = 3. Marié ou veuf ayant trois enfants à charge = 4. Célibataire ou divorcé ayant quatre enfants à charge = 4. Marié ou veuf ayant quatre enfants à charge = 5. Célibataire ou divorcé ayant cinq enfants à charge = 5. Marié ou veuf ayant cinq enfants à charge = 6. Célibataire ou divorcé ayant six enfants à charge = 6. Et ainsi de suite, en augmentant d'une part par enfant à charge du contribuable.

Lorsque les époux font l'objet d'une imposition séparée en application du 4 de l'article 6, chacun d'eux est considéré comme un célibataire ayant à sa charge les enfants dont il assume à titre principal l'entretien. Dans cette situation, ainsi qu'en cas de divorce, de rupture du pacte civil de solidarité ou de toute séparation de fait de parents non mariés, l'enfant est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme étant à la charge du parent chez lequel il réside à titre principal.

En cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents et sauf disposition contraire dans la convention homologuée par le juge, la décision judiciaire ou, le cas échéant, l'accord entre les parents, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et de l'autre parent. Cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un d'entre eux assume la charge principale des enfants. Lorsque les enfants sont réputés être à la charge égale de chacun des parents, ils ouvrent droit à une majoration de : a) 0,25 part pour chacun des deux premiers et 0,5 part à compter du troisième, lorsque par ailleurs le contribuable n'assume la charge exclusive ou principale d'aucun enfant ; b) 0,25 part pour le premier et 0,5 part à compter du deuxième, lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'un enfant ; c) 0,5 part pour chacun des enfants, lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'au moins deux enfants.

ayant à sa charge des enfants, dont au moins un est issu du mariage avec son conjoint décédé, bénéficie du même quotient familial qu'un contribuable marié ayant à sa charge le même nombre de personnes (pour le conjoint survivant, le nombre de parts reste identique à ce qu'il était avant le décès). L'avantage procuré avec le quotient familial croît avec le niveau de revenu du foyer. Depuis 1980, cet avantage est néanmoins plafonné pour chacune des demi-parts « additionnelles »³⁸.

Le mécanisme du quotient familial apparaît indissociable du système progressif de l'impôt sur le revenu. D'un point de vue strictement économique, il semble logique en effet que l'impôt tienne compte de l'augmentation des charges de famille alors même que le niveau de vie diminuerait. Il apparaît juste aussi de considérer que l'unité familiale permet de réaliser des économies d'échelle sur certaines charges fixes telles que le logement, l'énergie, l'alimentation ou les transports. En dehors de cette question de la coïncidence du barème du nombre de parts avec l'échelle d'équivalence³⁹, le quotient familial a fait l'objet de nombreuses controverses parce qu'il joue notamment en faveur des contribuables bénéficiaires de revenus importants et pénaliseraient les couples mariés ou pacsés⁴⁰ par rapport au concubinage ou au divorce qui permet d'attribuer le bénéfice du quotient familial à celui des parents disposant des plus hauts revenus en prenant la charge des enfants. Ces conséquences, probablement contraires à la volonté initiale du législateur, démontrent les difficultés inhérentes aux politiques d'interventionnisme fiscal. En même temps, l'éventualité d'un régime fiscal identique aux couples mariés et aux concubins, outre les difficultés de mise en œuvre sur le plan civil et du droit de la preuve d'une situation de concubinage, accentuerait l'anomalie en ayant pour effet, de fait, de laisser la possibilité aux concubins de choisir le régime fiscal le plus favorable en fonction des circonstances et des revenus.

Par-delà l'aspect de politique familiale de la mesure fiscale, le quotient familial témoigne aussi d'une certaine conception de la justice fiscale dans la mesure où il participe à la personnalisation de l'impôt en tenant compte de la situation familiale comme correctif des facultés contributives du contribuable. Il faut souligner dans le même temps également que le consentement à l'impôt, sous sa forme psychologique et non institutionnelle, c'est-à-dire l'acceptation de l'impôt par le contribuable, suppose que le droit fiscal ne se dresse pas contre les évolutions familiales ou ne crée pas de situations ressenties comme iniques.

L'exonération de l'impôt sur le revenu de la quasi-totalité des prestations liées à la famille participe aussi de l'interventionnisme fiscal en matière familiale (les allocations familiales,

Le veuf qui a à sa charge un ou plusieurs enfants non issus de son mariage avec le conjoint décédé est traité comme un célibataire ayant à sa charge le même nombre d'enfants. (...).

II. Pour l'imposition des contribuables célibataires ou divorcés qui vivent seuls, le nombre de parts prévu au I est augmenté de 0,5 lorsqu'ils supportent à titre exclusif ou principal la charge d'au moins un enfant. Lorsqu'ils entretiennent uniquement des enfants dont la charge est réputée également partagée avec l'autre parent, la majoration est de 0,25 pour un seul enfant et de 0,5 si les enfants sont au moins deux. Ces dispositions s'appliquent nonobstant la perception éventuelle d'une pension alimentaire versée en vertu d'une décision de justice pour l'entretien desdits enfants ».

³⁸ Aux termes, de l'article 197 I-2 du Code général des impôts, « la réduction d'impôt résultant de l'application du quotient familial ne peut excéder 2 198 euros par demi-part (...) ». Des mesures spécifiques sont prévues, par ailleurs, pour certaines catégories de contribuables.

³⁹ Selon l'échelle utilisée par les économistes (Insee, Eurostat), un couple représenterait 1,5 unité de consommation, chaque enfant de moins de 14 ans 0,3 unité de consommation, chaque enfant de plus de 14 ans 0,5 unité de consommation ; un parent isolé et un enfant de moins de 14 ans correspondraient à 1,5 unité de consommation ; un parent isolé et un enfant de plus de 14 ans équivaldraient à 1,7 unité de consommation.

⁴⁰ Par exception au principe de l'imposition séparée des concubins, les partenaires liés par un PACS défini à l'article 515-1 du Code civil font l'objet d'une imposition commune à l'instar des personnes mariées.

l'allocation parentale d'éducation, la majoration de 10% du montant de pension pour les parents d'au moins 3 enfants⁴¹...). Toujours dans cette prise en compte des réalités familiales, les contribuables peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt à raison des dépenses qu'ils supportent pour la garde de leurs enfants de moins de six ans⁴² et d'une réduction de leur impôt sur le revenu lorsque les enfants qu'ils ont à leur charge poursuivent des études secondaires ou supérieures⁴³.

Les droits de succession, parce que les abattements et surtout les tarifs varient selon le lien unissant le défunt et l'ayant droit⁴⁴, correspondent à une volonté de favoriser ou de hiérarchiser les liens familiaux. En particulier, les abattements, tranches et taux applicables lors d'une succession entre partenaires d'un PACS, parce qu'ils sont différents⁴⁵, sont représentatifs d'une certaine échelle de valeurs.

A travers ces exemples, notamment celui du quotient familial, il apparaît distinctement que les règles fiscales tiennent compte des situations familiales. En ce sens, elles sont porteuses de préférences à l'égard de certains liens familiaux ou d'incitations à un certain type de configurations familiales, que cela corresponde à la volonté initiale du législateur ou que, les règles ne parvenant qu'imparfaitement à neutraliser économiquement les incidences des situations familiales sur les niveaux de vie et la progressivité de l'impôt sur le revenu, cela soit lié à des effets ou des stratégies fiscales des contribuables non voulus par le législateur.

Au total, la volonté de l'Etat de déterminer un modèle familial semble en régression. La famille paraît davantage perçue comme un espace purement privé dont l'Etat s'abstient de favoriser en principe un mode d'organisation. Ceci n'est peut-être que « *l'aveu implicite de l'impuissance du droit à diriger effectivement les conduites* »⁴⁶. Les branches juridiques doivent être néanmoins distinguées. Le droit civil tend à être moins interventionniste sauf à régler des conflits ou à protéger certains intérêts comme ceux de l'enfant. Le droit fiscal reconnaît explicitement l'existence de la famille, notamment à travers la prise en compte du foyer fiscal dans l'imposition sur le revenu, la famille étant considérée comme une unité économique et sociale, support et sujet du droit. Le droit social, libéral dans sa conception de la personne à charge qui embrasse une grande diversité de situations, semble peu directif par rapport aux choix individuels de configurations familiales.

⁴¹ Articles L. 351-12 et R. 351-30 du Code de la sécurité sociale pour le régime général ; article L. 18 du Code des pensions civiles et militaires pour les régimes de fonctionnaires.

⁴² Article 200 quater B du Code général des impôts.

⁴³ Article 199 quater F du Code général des impôts.

⁴⁴ Successions entre époux, en ligne directe, entre frères et sœurs, entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, entre parents au-delà du quatrième degré et entre personnes non parentes : voir l'article 777 du Code général des impôts.

⁴⁵ Successions entre partenaires d'un PACS : voir l'article 777 bis du Code général des impôts.

⁴⁶ A. Pitrou, *Les politiques familiales, approches sociologiques*, Ed. Syros, 1994, p. 62.